



Editora Fundação Fênix



# Diferentes questões jurídicas a partir da Crítica Hermenêutica do Direito

LUÍSA GIULIANI BERNSTS  
LARISSA DE OLIVEIRA ELSNER  
BRUNA BASTOS  
ORGS.





"Por isso, diante desse brevíssimo introito, é que Diferentes questões jurídicas a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, frente à exitosa análise a que se propõe, oferece oportuna leitura a todos aqueles preocupados com as contemporâneas e complexas questões envolvendo o Direito em nossa República, desveladas, aqui, a partir de uma bem-vinda perspectiva hermenêutica. "

Lenio Streck



**Diferentes questões jurídicas a partir da crítica  
hermenêutica do direito**



## **Série Direito**

### **Conselho Editorial**

---

#### **Editor**

Ingo Wolfgang Sarlet

#### **Conselho Científico – PPG Direito PUCRS**

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

#### **Conselho Editorial Nacional**

Adalberto de Souza Pasqualotto -PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero - UFRGS

Denise Pires Fincato - PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS

Eugênio Facchini Neto - PUCRS

Fabio Siebeneichler de Andrade - PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet - PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna - PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho - PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Laura Schertel Mendes

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luis Alberto Reichelt – PUCRS

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,  
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC  
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP  
Patryck de Araújo Ayala – UFMT  
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil  
Phillip Gil França - UNIVEL – PR  
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP  
Thadeu Weber – PUCRS

### **Conselho Editorial Internacional**

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra  
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha  
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa  
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa  
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia  
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru  
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru  
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa  
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha  
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência  
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão  
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca  
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa  
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa  
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha  
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto  
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra  
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontificia Universidad Católica del Peru  
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

Luísa Giuliani  
Larissa Elsner  
Bruna Bastos  
Organizadoras

**Diferentes questões jurídicas a partir da crítica  
hermenêutica do direito**



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2022

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet  
Diagramação: Editora Fundação Fênix  
Concepção da Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –  
[http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)

Obra editada com apoio CAPES AUXPE/PROEX 0737/2020



*Série Direito* – 60

#### Catálogo na Fonte

D569 Diferentes questões a partir da crítica hermenêutica do direito [recurso eletrônico] / Luísa Giuliani, Larissa Elsner, Bruna Bastos Organizadoras. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2022. 186 p. (Série Direito ; 60)

Disponível em: <<http://www.fundarfenix.com.br>>

ISBN 978-65-5460-005-7

DOI <https://doi.org/10.36592/9786554600057>

1. Direito. 2. Inteligência artificial. 3. Hermenêutica (Direito).  
4. Política. I. Giuliani, Luísa (org.). II. Elsner, Larissa (org.). III.  
Bastos, Bruna (org.).

CDD: 340

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721



## SUMÁRIO

### **PREFÁCIO**

*Lenio Luiz Streck* .....11

### **1. O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM PROCESSOS JUDICIAIS À LUZ DOS ALGORITMOS E DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

*Bruna Bastos* .....13

### **2. RONALD DWORKIN E AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA ANÁLISE PELAS LENTES DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO**

*Larissa de Oliveira Elsner* .....31

### **3. O FUNDAMENTO POLÍTICO DO DIREITO: A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO E A QUESTÃO DO ABORTO EM DWORKIN**

*Luísa Giuliani Bernsts* .....55

### **4. ENTRE AUTODESCRIÇÕES, PARADOXOS E FECHAMENTO OPERACIONAL: UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA-SISTÊMICA DAS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E HERBERT HART**

*João Paulo Salles Pinto* .....69

### **5. A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO NORMATIVISTA KELSENIANO NA DECISÃO JUDICIAL: COMO AINDA ESTAMOS SUJEITOS A UM "ATO DE VONTADE"**

*Raul Marques Linhares* .....91

### **6. DIREITO E REGRAS DO JOGO: UMA ANÁLISE A PARTIR DE HERBERT L. A. HART E LENIO STRECK**

*Thales Borges Delapieve* .....111

### **7. O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO: APORTES NA TEORIA DISCURSIVA E DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY**

*Rodrigo da Silva Vernes-Pinto* .....133

### **8. A (IN)ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA DECISÃO QUE VEDOU A CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE**

*Rafael Selicani Teixeira* .....161



## PREFÁCIO

Com alegria recebi o convite para prefaciar a obra *Diferentes questões jurídicas a partir da Crítica Hermenêutica do Direito* – contribuição acadêmica de meus alunos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), em nível de doutoramento –, organizada por Luísa Giuliani, Larissa Elsner e Bruna Bastos. Formatada como coletânea, seu conteúdo desvela o Direito como o fenômeno complexo que ele realmente é – e aí está sua importância: seus textos projetam sobre ele sofisticadas e igualmente complexas abordagens, dialogando não apenas com significativo catálogo de paradigmas filosóficos a lhe imprimir sentido como, de resto, também observa de perto a prática cotidiana de seu exercício nos tribunais.

Justamente nesse contexto, seus autores põem em justa evidência não apenas a importância de boas teorias do Direito, notadamente, preocupadas com a decisão judicial, mas, mais que isso, clareiam a relevância do pensamento acadêmico que – mesmo frente a tempos de tantas simplificações, reduções e facilitações colocadas à margem da dimensão em que se insere o Direito – ainda sobrevive.

Não tenho dúvidas de que essas são – no fôlego da obra aqui disposta – as contribuições mais relevantes que o leitor interessado no tema tem em mãos: *i)* o aprofundamento de complexas problematizações jurídicas – como é mesmo o coração desta organização – e, *ii)* a partir desse mesmo enredo, a clara evidência de que a (séria) discussão acadêmica importa, sim, para a boa prática jurídica. Ou seja, correndo paralelamente ao imaginário dualista que ora opõe perigosamente Direito e realidade social – e ora afasta teoria e *práxis* –, há significativos pressupostos argumentativos com a bem definida função de não apenas impor limites à interpretação – fazendo do Direito a efetiva linguagem pública que opta pela civilização em detrimento da barbárie – mas, para além disso, também velar pela sua autonomia através de um bem-vindo constrangimento epistemológico que, não raras as vezes, é projetado a partir dessa mesma academia.

Em miúdos, como de há muito já venho referindo, decisões discricionárias e teleologicamente demarcadas – tão presentes na prática cotidiana dos tribunais – dialogam sempre com a subjetividade de quem interpreta. E é frente a esse ponto de partida, projetado a partir do revolvimento da historicidade que nos molda, que os textos que compõem esta

obra procuram não estabelecer as condições de possibilidade para decisões em sintonia com a Constituição, mas, na verdade, clarear essas mesmas condições.

Esse é o ponto fulcral do que aqui se pretende assentar. A (boa) academia, preocupada com o impacto de seus aportes, projeta os alicerces teóricos para decisões capazes de dialogar com a intersubjetividade e a linguagem pública que caracterizam esses tempos atuais (quero dizer, de 1988 para cá), evidentemente refratários a atos de vontade e posicionamentos pessoalizados em claros espaços públicos, fazendo do Direito algo próximo a uma espécie de política judiciária.

É assim que, para além da necessária crítica que desnaturaliza a prática, que considero fundamental, é preciso romper com esse estado de coisas, em alguma medida – como já se disse – também bem refletido em um certo dualismo e em posicionamentos discricionários engessantes. Eis o mérito dos textos aqui reunidos: diante de um relevante esforço acadêmico, suas projeções não se limitam à crítica de certas práticas pouco republicanas no dia a dia de nossos tribunais, mas, mais que isso, propõem o alicerce argumentativo para apontar novos e distintos rumos, com base em minha *Crítica Hermenêutica do Direito*.

Por isso, diante desse brevíssimo introito, é que *Diferentes questões jurídicas a partir da Crítica Hermenêutica do Direito*, frente à exitosa análise a que se propõe, oferece oportuna leitura a todos aqueles preocupados com as contemporâneas e complexas questões envolvendo o Direito em nossa República, desveladas, aqui, a partir de uma bem-vinda perspectiva hermenêutica.

Com votos de boa leitura.

*Lenio Luiz Streck*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Membro da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e do Observatório da Jurisdição Constitucional Instituto Brasiliense de Direito Público (do IDP). Idealizador do programa Direito e Literatura, da TV Justiça. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ). Ex-Procurador de Justiça. Criador da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Coordenador do Núcleo de Estudos Hermenêuticos (DASEIN).

# 1. O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM PROCESSOS JUDICIAIS À LUZ DOS ALGORITMOS E DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO



<https://doi.org/10.36592/9786554600057-01>

*Bruna Bastos<sup>1</sup>*

## Resumo

A contemporaneidade é marcada, dentre outros fenômenos, pela ascensão da internet enquanto ferramenta capaz de conectar pessoas e máquinas, de modo que a sua expansão, além de dominar a vida em sociedade, levou ao surgimento de novas tecnologias digitais, como os dispositivos de Inteligência Artificial (IA). Em razão da suposta inevitabilidade dessas tecnologias, a sua adaptação aos diversos nichos sociais levou a IA ao Poder Judiciário, como é o caso do VICTOR, implementado no STF, e de outros dispositivos que já auxiliam Tribunais por todo o Brasil. Entretanto, é necessário compreender os riscos que esse uso pode trazer, de modo que o objetivo do presente trabalho é visualizar os pontos negativos e positivos através de dois vieses: o dos estudos sobre os algoritmos que permeiam essas tecnologias e o da Crítica Hermenêutica do Direito, que propõe respostas constitucionalmente corretas para a interpretação jurídica. Através do método dialético, o trabalho encontra-se dividido em dois capítulos, que seguem o objetivo da pesquisa. Após os debates, é possível concluir que o uso da Inteligência Artificial nas tomadas de decisão de processos judiciais é inconcebível tanto sob a ótica dos algoritmos quanto da Crítica Hermenêutica do Direito, uma vez que a proteção aos direitos fundamentais, aos preceitos constitucionais e à correta interpretação jurídica resta abalada pelas características inerentes à Inteligência Artificial.

Palavras-chave: Algoritmos. Inteligência artificial. *Machine learning*. Resposta correta. Teoria Hermenêutica do Direito.

## Introdução

O desenvolvimento das tecnologias de informação e de comunicação, a partir do surgimento e da popularização da internet enquanto ferramenta de conexão, possibilitou o diálogo máquina-pessoa (M2P) e, mais recentemente, máquina-máquina (M2M). Essa evolução viabilizou o surgimento de novas tecnologias digitais

---

<sup>1</sup> Professora de Direito e Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, com bolsa CAPES. Especialista em Direitos Humanos pela PUC/PR e em Educação Transformadora pela PUC/RS. Líder e pesquisadora do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (CEPEDI) da Universidade Federal de Santa Maria. Pesquisadora do grupo Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade, da IMED. Pesquisadora do grupo Jurisgenesis, da Unisinos.

conectadas na internet, como é o caso dos dispositivos que se utilizam de Inteligência Artificial (IA) para o seu funcionamento, ou seja, máquinas que conseguem simular as capacidades humanas através de ferramentas operacionalizadas por algoritmos.

É claro que essas novidades foram disseminadas muito rapidamente em função da aparente inevitabilidade e das facilidades que o uso de dispositivos de IA pode trazer para a vida em sociedade. Entretanto, é interessante que se pense nos aspectos negativos dessa utilização, especialmente considerando que a IA está sendo paulatinamente implementada no Poder Judiciário brasileiro para auxiliar em atividades burocráticas e na tomada de decisão de juízes, desembargadores e ministros em processos judiciais. A utilização desse tipo de tecnologia digital em Tribunais suscita dúvidas sobre o seu funcionamento.

Diante desse contexto e das incertezas relacionadas à implementação de tecnologias digitais que simulam capacidades humanas de forma limitada, os estudos sobre algoritmos e a Crítica Hermenêutica do Direito são necessários para compreender os riscos que podem advir da adoção desse tipo de dispositivo, uma vez que analisam o seu funcionamento e as consequências práticas na busca por decisões judiciais constitucionalmente adequadas. Desse modo, questiona-se: quais os limites e as possibilidades do uso de Inteligência Artificial em decisões judiciais à luz dos algoritmos e da Crítica Hermenêutica do Direito?

Para responder ao problema de pesquisa proposto, utiliza-se o método de abordagem dialético, uma vez que se busca analisar o uso de Inteligência Artificial para a tomada de decisões judiciais a partir da sua contradição interna e da interação com outros fenômenos, demonstrando que esse processo possui uma diversidade de possibilidades e de que forma suas características interagem com outros assuntos correlatos. O método de procedimento é o funcionalista, por ser relevante para compreender a dinâmica de fenômenos complexos, através das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Nesse sentido, o presente trabalho encontra-se dividido em dois capítulos, sendo que o primeiro é responsável por analisar a Inteligência Artificial sob o viés do conhecimento já existente sobre os algoritmos (ferramentas matemáticas



responsáveis por fazer funcionar os dispositivos inteligentes), buscando verificar a (in)existência de riscos em relação à implementação das tecnologias de IA no Poder Judiciário. Dialeticamente, o segundo capítulo traz a visão da Crítica Hermenêutica do Direito sobre o uso da IA em decisões judiciais, comparando as percepções sobre o uso desse tipo de tecnologia e as consequências práticas da adoção dessas ferramentas no Supremo Tribunal Federal e em outros Tribunais brasileiros. A conclusão, por fim, faz o sopesamento dessas visões.

## 1 Os riscos da Inteligência Artificial no Poder Judiciário frente ao conhecimento algorítmico existente

Os algoritmos entraram como um dos assuntos mais abordados nos anos recentes em razão da percepção de que, ao navegar na internet, aquilo que é mostrado aos usuários é fruto dessas instruções que são programadas por meio de códigos de computador para fazer com que máquinas realizem demandas pré-determinadas. Assim, os algoritmos são as ferramentas responsáveis por organizar a navegação da internet para cada usuário, uma vez que são modelos matemáticos criados através de perguntas realizadas pelos programadores, as quais levam a uma sequência lógica de passos a ser seguida pelo algoritmo para prever resultados, o que necessariamente implica coletar o maior número possível de informações para garantir a utilidade do modelo e antecipar corretamente as situações.<sup>2</sup>

Não é novidade que as plataformas digitais coletam dados pessoais de seus usuários e existem pesquisas que demonstram que essas informações são extraídas dos usuários desde os primórdios do Facebook, por exemplo, ainda em 2004<sup>3</sup>, apesar de as dimensões dessa coleta só terem sido verdadeiramente explicadas nos anos mais recentes em função dos casos de manipulação de eleitores. Isso significa que as informações disponibilizadas pelos cidadãos ao frequentar sítios eletrônicos e plataformas digitais são coletadas, compiladas e tratadas pelos gigantes da

---

<sup>2</sup> O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction**: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown Publishers, 2016. [livro eletrônico]

<sup>3</sup> FRENKEL, Sheera; KANG, Cecilia. **Uma verdade incômoda**: os bastidores do Facebook e sua batalha pela hegemonia; tradução Cássio de Arantes Leite, Claudio Alves Marcondes e Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

tecnologia digital, constituindo o que alguns autores, como Frank Pasquale<sup>4</sup> e Shoshana Zuboff<sup>5</sup>, chamam de *Big Data*. Esse termo significa que as grandes empresas que comandam plataformas on-line possuem grandes bancos de dados, responsáveis por armazenar e cruzar as informações dos usuários, convertendo-as em superávit comportamental.<sup>6</sup>

O papel dos algoritmos, portanto, é utilizar esses dados pessoais (sensíveis ou não) para identificar cada usuário e tudo o que puderem saber a seu respeito, como os interesses, as características, os gostos, as opiniões, os sentimentos, as preferências de compra, a localização, os padrões de renda e a personalidade, de modo a poder determinar os anúncios e os conteúdos que serão disponibilizados àquela pessoa. Em outras palavras, tudo o que é visto pelos indivíduos no mundo virtual é filtrado e programado de forma especial para cada pessoa, reduzindo o bombardeio de informações e tornando a navegação on-line teoricamente mais rápida e eficiente. Essas condutas são feitas pelos algoritmos que, ao fim e ao cabo, ditam o que cada usuário vai acessar todos os dias nas plataformas digitais.<sup>7</sup>

Entretanto, o estado da arte da atuação dos algoritmos não é dos melhores, haja vista os perigos advindos da sua utilização desenfreada. Alguns dos problemas que podem ser citados são a opacidade da atuação dos algoritmos, impedindo que o usuário tenha conhecimento da forma como eles estão se comportando e os motivos pelos quais as pessoas têm acesso a conteúdo e anúncios diferentes, e a impossibilidade de saber quais informações pessoais estão sendo coletadas e de que forma elas são tratadas e utilizadas, além da criação de filtros-bolha<sup>8</sup>. Isso significa, na prática, graves riscos para a privacidade dos usuários e para a qualidade

---

<sup>4</sup> PASQUALE, Frank. **The Black Box Society**: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

<sup>5</sup> ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder; tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

<sup>6</sup> ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder; tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

<sup>7</sup> PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a Internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. [livro eletrônico]

<sup>8</sup> O termo cunhado por Eli Pariser significa que, através da filtragem de conteúdo realizada pelos algoritmos, cada usuário fica preso em sua própria bolha de informações e de pessoas que pensam semelhante, o que gera uma distorção da realidade e, entre vários outros problemas, a redução do debate público, haja vista a intolerância que se cria com aquilo que é diferente. As opiniões são reforçadas e abre-se pouco ou nenhum espaço para o debate democrático. PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a Internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. [livro eletrônico]

do conteúdo que está presente nas redes sociais, especialmente considerando que grande parte da receita de empresas como a Google e o Facebook advém de anúncios publicitários – que são justamente personalizados e direcionados por meio do uso de dados pessoais pelos algoritmos, buscando atingir consumidores em potencial e/ou pessoas cujas opiniões são semelhantes.<sup>9</sup>

De toda sorte, apesar do extenso aspecto negativo da utilização desenfreada dos algoritmos e dos dados pessoais dos usuários das plataformas on-line, a verdade é que o capitalismo de vigilância forçou sua entrada no século XXI, fazendo com que grande parte da população acredite na inevitabilidade do uso dessas tecnologias. Isso significa dizer que esse tipo de inovação tomou conta do cenário político e econômico e abraçou a vida em sociedade, fazendo parte do cotidiano daqueles que têm condições suficientes para ter acesso a dispositivos eletrônicos conectados à internet.<sup>10</sup> E, com os avanços dessas ferramentas, dispositivos de Inteligência Artificial puderam ser desenvolvidos, viabilizando a conexão máquina-máquina (*machine-to-machine* – M2M).<sup>11</sup>

Esse contexto resultou em espécies de robôs capazes de auxiliar os seres humanos em tarefas básicas do cotidiano, como a Alexa da Amazon, a Siri da Apple e a Cortana da Microsoft. Através dos dados que são coletados por esses dispositivos, a Inteligência Artificial por trás deles, operacionalizada pelos algoritmos, é capaz de imitar capacidades humanas sob o pretexto de tornar a vida daquela pessoa mais fácil e menos complicada<sup>12</sup>. A Inteligência Artificial, já que utiliza algoritmos, tornou-se capaz de aprender (o que ficou conhecido como *machine learning*) através dos *feedbacks* dados pelos usuários – consciente ou inconscientemente, fazendo com que ela se adapte cada vez mais à rotina as pessoas.

Essas percepções representaram um *boom* de objetos dotados de IA, sem que a população se questionasse sobre as informações que estavam sendo coletadas.

---

<sup>9</sup> SCHNEIER, Bruce. **Data and Goliath: the hidden battles to collect your data and control your world.** New York: W. W. Norton, 2015. [livro eletrônico]

<sup>10</sup> ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder;** tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

<sup>11</sup> MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas.** Rio de Janeiro: FGV, 2018.

<sup>12</sup> MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas.** Rio de Janeiro: FGV, 2018.

Com o tempo, os robôs aspiradores passaram a coletar informações sobre a planta baixa de cada residência; a Alexa passou a aprender preferências de compras e horários do cotidiano de seus usuários; a Siri sabe o exato momento do dia em que cada pessoa vai e volta do trabalho ou realiza atividades simples do cotidiano. Ainda, essa realidade representou reflexos em vários outros setores, como é o caso do Poder Judiciário.

No Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, a ferramenta de inteligência artificial desenvolvida em 2017 e implementada em 2018 foi batizada de VICTOR e, na fase inicial do projeto, tinha como objetivo identificar os recursos extraordinários que estivessem vinculados a temas de repercussão geral, facilitando o trâmite processual e alcançando níveis suficientes de efetividade da máquina para auxiliar os servidores do STF no processamento dos recursos. Apesar de parecer simples, essa tarefa envolve muita complexidade naquilo que é chamado de *machine learning*, uma vez que é preciso ler e, principalmente, interpretar os recursos interpostos.<sup>13</sup>

Também é possível citar o caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), que “está desenvolvendo um sistema para indexação automática de processos, a fim de identificar com maior facilidade a existência de demandas repetitivas”<sup>14</sup>. As iniciativas nesse sentido foram tantas que o Conselho Nacional de Justiça se viu obrigado a regulamentar o uso de inteligência artificial no Poder Judiciário por meio da Portaria CNJ nº 271/2020<sup>15</sup> e criando uma plataforma virtual,

---

<sup>13</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/584499448/inteligencia-artificial-vai-agilizar-a-tramitacao-de-processos-no-stf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

<sup>14</sup> STAATS, Sabrina D.; MORAIS, Fausto Santos de. A sustentabilidade da utilização de inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro. In: FERRARO, Angelo Vigliani; HARTMANN, Gabriel Henrique; PIAIA, Thami Covatti (Orgs.). **Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania**. Cruz Alta: Ilustração, 2020. p. 53.

<sup>15</sup> A portaria prevê, dentre as várias medidas, “a atribuição do CNJ de coordenar o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário; [...] a necessidade de regulamentação da inteligência artificial quando empregada no âmbito do Poder Judiciário com a finalidade de evitar litígios e de melhor definir a incidência de cautelas complementares às usualmente empregadas em projetos de tecnologia da informação; [...] a necessidade de uniformizar o processo de criação, armazenamento e disponibilização de modelos de inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário; [...] a necessidade de definir as funcionalidades que efetivamente constituem inteligência artificial no âmbito do Poder Judiciário; [...] o dispêndio de recursos financeiros que decorre da manutenção de diversos sistemas para a mesma finalidade entre os órgãos do Poder Judiciário, e a conveniência de otimizar recursos humanos e financeiros aplicados em projetos de tecnologia da informação; [...] a publicação da Resolução CNJ nº 332/2020, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário [...]” CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Portaria

denominada Sinapses, para controlar e centralizar as iniciativas tecnológicas nesse sentido<sup>16</sup>. Assim,

[...] a Inteligência Artificial está desafiando uma especialização que contribui em serviços jurídicos por meio de pesquisa de dados jurídicos, tecnologia preditiva, interfaces inteligentes, serviços de triagem e *bots* legais. A pesquisa de dados jurídicos compreende o sistema preditivo, onde a inteligência artificial legal prediz o resultado de um caso baseado em um tema específico, junto com a ação judicial, inclinando-se com base na conclusão [...].<sup>17</sup>

Entretanto, conforme as incertezas denunciadas por Lenio Streck, “o problema é: quem é o dono do robô? Quem o alimenta? Cabem embargos de declaração da decisão de um robô? Quem decidirá?”<sup>18</sup>. Essas importantes questões se somam aos riscos presentes nos próprios algoritmos e salientados por Cathy O’Neil<sup>19</sup> e Safiya Noble<sup>20</sup> em suas obras, uma vez que a atuação dessas ferramentas não é imparcial. Em outras palavras, “o algoritmo reflete os objetivos específicos para os quais foi criado e é dotado do viés que possuem seus desenvolvedores”, além de serem incapazes de representar todas as pessoas que utilizam a *internet* e os dispositivos de IA, de modo que os algoritmos apresentam limitações e podem reproduzir, inclusive, preconceitos, processos discriminatórios e relações abusivas de poder.<sup>21</sup>

n. 271 de 04 de dezembro de 2020. Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. In: **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>. Acesso em: 30 mar. 2022.

<sup>16</sup> RODRIGUES, Alex. CNJ regulamenta uso de inteligência artificial no Judiciário. **CNJ**, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-regulamenta-uso-de-inteligencia-artificial-no-judiciario/>. Acesso em: 23 jul. 2021.

<sup>17</sup> STAATS, Sabrina D.; MORAIS, Fausto Santos de. A sustentabilidade da utilização de inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro. In: FERRARO, Angelo Vigliani; HARTMANN, Gabriel Henrique; PIAIA, Thami Covatti (Orgs.). **Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania**. Cruz Alta: Ilustração, 2020. p. 56.

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. Um robô pode julgar: Quem programa o robô? **Conjur**, 03 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum- robo-julgar-quem-programa- robo>. Acesso em: 15 jul. 2021. s.p.

<sup>19</sup> O’NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown Publishers, 2016. [livro eletrônico]

<sup>20</sup> NOBLE, Safiya Umoja. **Algorithms of oppression: how search engines reinforce racism**. New York: Now York University Press, 2018. [livro eletrônico]

<sup>21</sup> VON ENDE, Luiza Berger; OLIVEIRA, Rafael Santos de. A atuação de algoritmos no direcionamento de conteúdo na *internet*: oportunidades de violação à democracia e a direitos fundamentais? In: FERRARO, Angelo Vigliani; HARTMANN, Gabriel Henrique; PIAIA, Thami Covatti (Orgs.). **Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania**. Cruz Alta: Ilustração, 2020. p. 111.

Esses aspectos conturbados derivam do fato de que o algoritmo é incapaz de conter preceitos éticos que a humanidade possui e de refletir o contexto completo e complexo de relações sociais nas quais ele estará inserido, o que torna possível que, através do próprio *machine learning*, ele aprenda a ser preconceituoso. Isso significa dizer que é ilusório pensar que os dados de uma pessoa negra, por exemplo, serão tratados da mesma forma que as informações de uma pessoa branca, e isso é cabível para qualquer comparação análoga.<sup>22</sup> Caso o algoritmo não seja programado com muito cuidado e vise atender a diversas variáveis, a forma como ele atua é plena e potencialmente capaz de violar direitos fundamentais, principalmente quando o assunto já for alvo de “opiniões” contraditórias no mundo off-line.<sup>23</sup>

Acredita-se que os dados que alimentam “os robôs” sejam oriundos do próprio Poder Judiciário que, como se sabe muito bem, decide sem seguir critérios íntegros e coerentes. Justamente sobre isso versou um caso nos Estados Unidos em que a defesa do condenado arguiu que o sistema de pontos que determinava a periculosidade e ao qual o réu foi submetido, era racista e, por isso, contaminava a decisão do juiz. Esse desvio é coerente com o Estado Democrático de Direito? “Normalizaremos” questões de minorias – se é que isso é possível – para que não integrem o rol de infelizes “erros” de máquinas que repercutem em vidas reais?<sup>24</sup>

Desse modo, além das constantes e opacas violações ao direito à privacidade e à intimidade em razão da coleta (muitas vezes indevida), do tratamento e da comercialização de dados pessoais pelas empresas de tecnologia digital que comandam plataformas de conteúdo, outros direitos podem ser colocados em xeque quando o assunto é o papel desempenhado pelos algoritmos. Esses riscos reais e

---

<sup>22</sup> NOBLE, Safiya Umoja. **Algorithms of oppression**: how search engines reinforce racism. New York: Now York University Press, 2018. [livro eletrônico]

<sup>23</sup> VON ENDE, Luiza Berger; OLIVEIRA, Rafael Santos de. A atuação de algoritmos no direcionamento de conteúdo na *internet*: oportunidades de violação à democracia e a direitos fundamentais? In: FERRARO, Angelo Vigliani; HARTMANN, Gabriel Henrique; PIAIA, Thami Covatti (Orgs.). **Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania**. Cruz Alta: Ilustração, 2020.

<sup>24</sup> BERNST, Luísa Giuliani; GOMES, Jefferson de Carvalho. Se vocês defendem os princípios, como conseguem defender as máquinas? **Conjur**, 24 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-24/diario-classe-voces-defendem-principios-defender-maquinas>. Acesso em: 31 jul. 2021. s.p.



comuns de acontecerem acabam sendo compartilhados com os dispositivos de Inteligência Artificial, uma vez que essa tecnologia se utiliza da atuação algorítmica para funcionar e que aprende com os feedbacks gerados por ela mesma. Conforme denunciado por Cathy O'Neil<sup>25</sup>, são inúmeros os casos de atuação parcial dos algoritmos em razão da forma como seus modelos foram criados, reforçando estereótipos e impedindo que as pessoas atingidas possam questionar as decisões tomadas com base na Inteligência Artificial.

Assim, do ponto de vista do conhecimento que vem sendo desenvolvido sobre os algoritmos, é crucial que se tenha em mente a capacidade escalável dessa tecnologia de causar danos às pessoas - especialmente aquelas que já são discriminadas por razões históricas e sociais - não sendo, sob nenhuma ótica, neutra. De fato, um algoritmo tem a capacidade de ser, no máximo, tão neutro quanto a pessoa que o programou e que o alimentou com dados de entrada e de aprendizado. Por isso, enquanto, por um lado, programas que utilizam Inteligências Artificiais trazem benefícios quando se trata da celeridade com que completam tarefas, por outro, oferecem risco inestimável a realizar correlações discriminatórias e violar direitos, como a privacidade e a igualdade, requerendo cautela ao serem implementados, especialmente nas tarefas de um dos poderes estatais que impactam de forma direta nos direitos e nas garantias fundamentais dos cidadãos.

## **2 O debate entre o uso de Inteligência Artificial em decisões judiciais e a Crítica Hermenêutica do Direito**

Conforme estudado e percebido no capítulo anterior, o assunto mais recente que vem causando debates no meio jurídico é a possibilidade do uso de algoritmos, através da Inteligência Artificial, para auxiliar juízes, desembargadores, ministros e demais servidores na prestação jurisdicional, incluindo a tomada de decisões e a pretensa facilitação dos processos burocráticos nos Tribunais, como a identificação de temas de repercussão geral e demais filtros iniciais "através de parâmetros previamente estabelecidos por programadores e algoritmos". Existe uma crença

---

<sup>25</sup> O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction**: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown Publishers, 2016. [livro eletrônico]

levemente generalizada de que a tecnologia é a resposta para todos os problemas, de modo que a defesa da sua implementação no Poder Judiciário era apenas questão de tempo, especialmente considerando a preocupação com a imensa quantidade de demandas judiciais – que gera uma demora para o resultado útil do processo que vem sendo questionada com insistência pelo público geral.<sup>26</sup>

A verdade é que estudiosos da temática do Direito permeado pelas novas tecnologias se dividem sobre a necessidade/pertinência do uso de IA no Poder Judiciário e, principalmente, sobre as consequências para a teoria do Direito e para assegurar direitos fundamentais e o correto cumprimento do texto constitucional. Alexandre Morais da Rosa<sup>27</sup>, por exemplo, defende que a “crítica quanto à substituição pelo julgamento exclusivo por máquinas é, portanto, infundada”, propondo “a automatização das atividades repetitivas e burocráticas que podem ser automatizadas”, a construção democrática dos dispositivos de IA e a mitigação de erros realizados pela capacidade de predição das máquinas. Apesar de ser um ponto de vista interessante, gera preocupação justamente tendo como base o que foi exposto no capítulo anterior sobre os perigos da predição dos algoritmos.

O professor e jurista Lenio Streck, por sua vez, comenta que, apesar de ser a discricionariedade um problema comum com os doutrinadores que defendem a presença da Inteligência Artificial no Direito, essa não é a melhor solução para os problemas constitucionais e de decisionismo que assolam o Poder Judiciário brasileiro. Isso porque o Direito permeado por esse tipo de tecnologia digital seria reduzido a fazer predições (característica da IA), ou seja, previsões para um Direito visto como mera questão de fato. Assim, “a aposta nos algoritmos depende da pretensão cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação

---

<sup>26</sup> BERNST, Luísa Giuliani; GOMES, Jefferson de Carvalho. Se vocês defendem os princípios, como conseguem defender as máquinas? **Conjur**, 24 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-24/diario-classe-voces-defendem-principios-defender-maquinas>. Acesso em: 31 jul. 2021.

<sup>27</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Inteligência artificial e Direito: ensinando um robô a julgar. **Conjur**, 04 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinando-robo-julgar>. Acesso em: 23 jul. 2021. s.p.

a um determinado caso concreto – depende, pois, de inadequadas contraposições fundadas no (metafísico) esquema sujeito-objeto".<sup>28</sup>

Nesse ponto, a pergunta feita por Lenio Streck nesse debate merece destaque no presente trabalho: "como controlar a discricionariedade para estruturar o algoritmo que vai resolver o problema da discricionariedade?". Aqui, é possível perceber dois problemas principais, quais sejam a discricionariedade em si (especialmente no tocante à suposta distinção entre *hard cases* e *easy cases*, que, em tese, poderia ser feita pelo algoritmo), combatida pela Crítica Hermenêutica do Direito, e os vieses embutidos nos algoritmos, mencionados no capítulo anterior e cuja solução ainda não foi proposta pelos estudiosos do tema.<sup>29</sup>

Ainda que se admita que máquinas e juízes possam decidir juntos, a máquina nunca terá a capacidade de compreender o fenômeno complexo que se desenvolve a partir de um processo, pois interpretar é por si ato por hermenêutico complexo, que depende da atividade humana, vinculada à capacidade de compreender a historicidade e desvelar a tradição.<sup>30</sup>

Parece que a adoção de dispositivos de Inteligência Artificial, além de trazerem os problemas ainda sem solução da sua operacionalização por meio de algoritmos, ainda manifestam um certo desprezo pelo Direito em si na medida em que negligenciam a dimensão interpretativa que o jurídico manifesta na tentativa de construir as bases sólidas para uma resposta constitucionalmente adequada aos casos concretos. Dessa forma, a Crítica Hermenêutica do Direito é capaz de identificar incertezas quanto à atuação dos algoritmos em processos judiciais,

---

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. Um robô pode julgar: Quem programa o robô? **Conjur**, 03 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum- robo-julgar-quem-programa- robo>. Acesso em: 15 jul. 2021. s.p.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. Um robô pode julgar: Quem programa o robô? **Conjur**, 03 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum- robo-julgar-quem-programa- robo>. Acesso em: 15 jul. 2021. s.p.

<sup>30</sup> BERNST, Luísa Giuliani; GOMES, Jefferson de Carvalho. Se vocês defendem os princípios, como conseguem defender as máquinas? **Conjur**, 24 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-24/diario-classe-voces-defendem-principios-defender- maquinas>. Acesso em: 31 jul. 2021.

especialmente no tocante à mecanização dessas decisões e à dificuldade de aplicar diversos institutos jurídicos nas ordens proferidas pelos robôs.<sup>31</sup>

Mesmo buscando outras teorias do direito que não a hermenêutica, sendo possível mencionar a terceira via de Waldron<sup>32</sup>, por exemplo, o autor comenta sobre a importância de compreender os sistemas jurídicos a partir da argumentação nas cortes, ampliando a ideia de existência e conhecimento de regras. Dessa forma, seguindo a teoria do Direito proposta por Waldron, se estaria garantindo as bases de uma compreensão mais rica dos valores pressupostos no ideal de *rule of law*<sup>33</sup>, o que fica prejudicado quando se tem uma decisão proferida por uma inteligência artificial – especialmente uma que é baseada na atuação de algoritmos que, por operarem na base de predições, podem ignorar mudanças de comportamento em razão da ausência do tipo de *feedback* utilizado pelos métodos científicos para entender a assertividade ou não de um modelo.

Isso tudo é válido sem ser necessário mencionar que, diante da notória existência de algumas interpretações sem correlação com a Constituição Federal, a Inteligência Artificial muito provavelmente seguiria apenas repetindo essas decisões em razão de serem precedentes. Um exemplo recente é a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal à (im)possibilidade de prisão do réu para cumprimento da pena arbitrada após condenação em segunda instância, ainda que não se tenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em 2009, o entendimento era de que o cumprimento da pena só era possível, de fato, após o trânsito em julgado; entretanto, em fevereiro de 2016, o STF decidiu que o réu condenado em segunda instância já poderia iniciar o cumprimento da pena mesmo sem o trânsito em julgado.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. Um robô pode julgar: Quem programa o robô? **Conjur**, 03 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo>. Acesso em: 15 jul. 2021. s.p.

<sup>32</sup> WALDRON, Jeremy. **Can There Be a Democratic Jurisprudence?** NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-35, 8 out. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1280923](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923). Acesso em: 10 ago. 2021.

<sup>33</sup> WALDRON, Jeremy. **Can There Be a Democratic Jurisprudence?** NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-35, 8 out. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1280923](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923). Acesso em: 10 ago. 2021.

<sup>34</sup> STF publica acórdãos do julgamento sobre prisão em segunda instância. **Conjur**, 16 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/stf-publica-acordaos-julgamento-prisao-segunda-instancia>. Acesso em: 10 ago. 2021.

De toda sorte, em 2019, o Supremo retornou ao entendimento anterior para defender a correta interpretação ao inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, que refere que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo impossível cumprir pena enquanto couber recurso<sup>35</sup>. Entretanto, caso a Inteligência Artificial tivesse sido programada antes do julgamento de 2019, não existiriam novas possibilidades de se discutir a matéria, de modo que inúmeros casos seriam apenas carimbados com a interpretação de que é possível o cumprimento da pena ainda que existam recursos tramitando nos Tribunais Superiores. Pode-se pensar, inclusive, na ausência de revisão dessa tese, uma vez que acabaria sedimentada pelos julgamentos mecanizados de quem não possui preceitos éticos incluídos na sua programação<sup>36</sup>. Nesse sentido:

Na verdade, ao construírem teses, pautas gerais, conceitos lexicográficos, verbetes doutrinários e jurisprudenciais, ou súmulas com nítida pretensão de resolver casos futuros, os juristas sacrificam a singularidade do caso concreto em favor dessas espécies de pautas gerais [...]. A rejeição de qualquer possibilidade de subsunções ou deduções aponta para o próprio cerne de uma hermenêutica jurídica inserida nos quadros do pensamento pós-metafísico. Trata-se de superar a problemática dos métodos, considerados pelo pensamento exegético-positivista como portos seguros para a atribuição dos sentidos. Compreender não é um produto de um procedimento (método) e não é um modo de conhecer. Compreender é, sim, um modo de ser, porque a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão.<sup>37</sup>

Assim, a utilização de Inteligência Artificial para a tomada de decisões judiciais também incorre no risco de gerar simplificações, as quais não são problemáticas apenas com a virada tecnológica, mas vêm sendo alvo de debates há muitos anos. Ainda, é importante lembrar que existe uma forma correta de

---

<sup>35</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 ago. 2021.

<sup>36</sup> O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown Publishers, 2016. [livro eletrônico]

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 133.

interpretar, qual seja a hermenêutica-fenomenológica, uma vez que "todas as decisões deveriam partir de argumentos de princípio, que por sua vez são incoerentes com os pragmatismos e utilitarismos que fundamentam posturas que defendem a Inteligência Artificial". Isso significa dizer que os argumentos de celeridade, eficiência e isenção do julgador não são válidos para justificar o uso de Inteligência Artificial na tomada de decisões judiciais porque, ao operarem sob a ótica do resultado, ferem toda a dimensão principiológica do Direito.<sup>38</sup>

Frente ao exposto, torna-se cristalina a compreensão de que, sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, o uso de Inteligência Artificial para auxiliar o Poder Judiciário no trâmite célere de processos e na tomada de decisões não apresenta sentido. Isso ocorre tendo em vista a incapacidade de uma máquina, ainda que conectada à *internet* e com possibilidade de aprendizagem, interpretar um caso jurídico da forma constitucionalmente correta, uma vez que interpretar é um fenômeno complexo e essencialmente humano que demanda, inclusive, a capacidade de desvelar o sentido do texto e de combater a discricionariedade, evitando-se a violação de preceitos constitucionais e de direitos fundamentais. Assim, percebe-se que defender o julgamento por máquinas é contrário ao próprio conceito de Direito.

### Conclusão

Através do método dialético, buscou-se estudar o fenômeno da presença da Inteligência Artificial no Poder Judiciário através de duas frentes. A primeira dizia respeito ao conhecimento que foi desenvolvido nos últimos anos sobre os algoritmos, ferramentas que tornam as máquinas capazes de imitar a inteligência humana para realizar tarefas cotidianas e interagir com outras máquinas. A segunda, por sua vez, é a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, que entende a necessidade de uma interpretação jurídica hermenêutica-fenomenológica que resulte em

---

<sup>38</sup> BERNST, Luísa Giuliani; GOMES, Jefferson de Carvalho. Se vocês defendem os princípios, como conseguem defender as máquinas? **Conjur**, 24 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-24/diario-classe-voces-defendem-principios-defender-maquinas>. Acesso em: 31 jul. 2021.



respostas constitucionalmente adequadas para os casos concretos judicializados.

Ao confrontar essas visões a partir da contradição interna do desenvolvimento desse tipo de tecnologia digital e da interação com outros fenômenos, foi possível perceber que as duas abordagens se manifestam contrárias à presença da Inteligência Artificial no Direito, especialmente quando envolver tomada de decisões judiciais. Isso ocorreu porque os algoritmos não são ferramentas neutras e/ou imparciais, uma vez que dotados de vieses que refletem as limitações e os preconceitos historicamente presentes na sociedade justamente porque são desenhados por pessoas que não representam a totalidade das formas de vida possíveis e que deixam de fora dos modelos matemáticos informações que pareçam não tão importantes.

Assim, do ponto de vista algorítmico, tornou-se notório que as suas limitações violam direitos fundamentais e humanos para além daqueles relacionados à privacidade no tocante à coleta, ao tratamento e à comercialização de dados pessoais de forma opaca e autoritária. Nesse ponto, a ausência de preceitos éticos nos algoritmos faz com que eles reproduzam processos discriminatórios e incorram em violações graves, especialmente quando utilizados para decidir a vida dos cidadãos, como no caso da atuação junto ao Poder Judiciário. Não faltam, nesse sentido, casos de racismo perpetuados por algoritmos. Assim, o uso de IA nas tomadas de decisão e na condução de processos judiciais não é seguro para a defesa da Constituição e dos diversos direitos nela previstos.

Ainda, sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, além de reafirmar o que já foi percebido através do estudo dos algoritmos e da sua arquitetura, a preocupação girou em torno de duas questões principais: os riscos para a interpretação jurídica correta e os danos que podem ser causados pela característica da predição, encontrada nos algoritmos e, conseqüentemente, na Inteligência Artificial. Dessa forma, além de prejudicar a interpretação jurídica que, sob a visão hermenêutica, deve ser feita por seres humanos com capacidade de pré-compreensão e de sopesamento de princípios para atender ao viés constitucional, a capacidade de predição sacrifica a singularidade de cada caso concreto e insere processos em caixas pré-determinadas e gerais que não solucionam o problema dos

cidadãos e não resultam em respostas constitucionalmente adequadas aos direitos em questão.

Assim, apesar de ter sido percebido que existem doutrinadores que defendem a utilização da Inteligência Artificial em nome da celeridade e da facilidade, concluiu-se que a tomada de decisão realizada por máquinas traz muitas incertezas que não são contornáveis nem pelo Direito nem pela ciência algorítmica, colocando em xeque a manutenção da Constituição Federal e dos direitos nela assegurados.

## Referências

BERNSTS, Luísa Giuliani; GOMES, Jefferson de Carvalho. Se vocês defendem os princípios, como conseguem defender as máquinas? **Conjur**, 24 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-24/diario-classe-voces-defendem-principios-defender-maquinas>. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 ago. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Portaria n. 271 de 04 de dezembro de 2020. Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. In: **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FRENKEL, Sheera; KANG, Cecilia. **Uma verdade incômoda**: os bastidores do Facebook e sua batalha pela hegemonia; tradução Cássio de Arantes Leite, Claudio Alves Marcondes e Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas**. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

NOBLE, Safiya Umoja. **Algorithms of oppression**: how search engines reinforce racism. New York: Now York University Press, 2018. [livro eletrônico]

O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction**: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown Publishers, 2016. [livro eletrônico]

PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a Internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. [livro eletrônico]

PASQUALE, Frank. **The Black Box Society**: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

RODRIGUES, Alex. CNJ regulamenta uso de inteligência artificial no Judiciário. **CNJ**, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-regulamenta-uso-de-inteligencia-artificial-no-judiciario/>. Acesso em: 23 jul. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. Inteligência artificial e Direito: ensinando um robô a julgar. **Conjur**, 04 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/limite-penal-inteligencia-artificial-direito-ensinando-robo-julgar>. Acesso em: 23 jul. 2021.

SCHNEIER, Bruce. **Data and Goliath: the hidden battles to collect your data and control your world**. New York: W. W. Norton, 2015. [livro eletrônico]

STAATS, Sabrina D.; MORAIS, Fausto Santos de. A sustentabilidade da utilização de inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro. *In*: FERRARO, Angelo Viglianisi; HARTMANN, Gabriel Henrique; PIAIA, Thami Covatti (Orgs.). **Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania**. Cruz Alta: Ilustração, 2020. p. 53-71.

STF publica acórdãos do julgamento sobre prisão em segunda instância. **Conjur**, 16 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-16/stf-publica-acordaos-julgamento-prisao-segunda-instancia>. Acesso em: 10 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Um robô pode julgar: Quem programa o robô? **Conjur**, 03 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/senso-incomum-robo-julgar-quem-programa-robo>. Acesso em: 15 jul. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/584499448/inteligencia-artificial-vai-agilizar-a-tramitacao-de-processos-no-stf>. Acesso em: 23 ago. 2021.

VON ENDE, Luiza Berger; OLIVEIRA, Rafael Santos de. A atuação de algoritmos no direcionamento de conteúdo na *internet*: oportunidades de violação à democracia e a direitos fundamentais? *In*: FERRARO, Angelo Viglianisi; HARTMANN, Gabriel Henrique; PIAIA, Thami Covatti (Orgs.). **Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania**. Cruz Alta: Ilustração, 2020. p. 105-120.

WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence? **NYU School of Law**, Public Law Research Paper No. 08-35, 8 out. 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1280923](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1280923). Acesso em: 10 jul. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder; tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020

## 2. RONALD DWORKIN E AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA ANÁLISE PELAS LENTES DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO



<https://doi.org/10.36592/9786554600057-02>

*Larissa de Oliveira Elsner<sup>1</sup>*

### Resumo

O estudo tem o objetivo de investigar a Teoria do Direito de Ronald Dworkin pela perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Luis Streck como fundamento para analisar os elementos jurídicos que solidificaram o debate sobre as ações afirmativas a partir das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. O trabalho será estruturado em dois momentos: na primeira parte serão estudados alguns pontos da teoria de Dworkin pela perspectiva da CHD que servirá como base para o estudo do tema das ações afirmativas na concepção do jurista norte-americano. A metodologia empregada é do tipo qualitativa e os métodos aplicados são o da revisão bibliográfica e estudo de caso.

Palavras-chave: Ações Afirmativas. Caso Bakkes. Caso Weber. Crítica Hermenêutica do Direito. Lenio Luis Streck. Ronald Dworkin.

### Introdução

“Direito não tem relação com dilemas morais”<sup>2</sup>. Inicia-se por essa afirmação porque ela conduz a trajetória deste estudo. Pensar que o direito e a moral são distintos e por isso “[...] designam conjuntos de normas muito diferentes”<sup>3</sup>, não afasta aos teóricos do direito analisarem fatos que permeiam o imaginário moral social, mas que podem ser estritamente solucionáveis pelas normas jurídicas. É o caso das ações afirmativas – tema ao qual se dedica esta pesquisa – que mesmo

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS (Bolsista PROEX/CAPES). Mestra em Direito Público pela UNISINOS (Bolsista PROEX/CAPES). Especialista em Direito do Trabalho pela UFRGS. Graduada em Direito pela PUCRS. Membro dos Grupos de pesquisa Trabalho e Capital da UFRGS, Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH) e Grupo Jurisgêneses da UNISINOS. Docente do curso de Graduação em Direito na UniRitter. Advogada e pesquisadora. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9215715351032855>. E-mail: [larissaelsner@hotmail.com](mailto:larissaelsner@hotmail.com).

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 9.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 612.

podendo ser objeto de discussões de cunho moral, foram e ainda são estudadas pelo conjunto de regras e princípios do direito.

O direito norte-americano foi pioneiro na legitimação das ações afirmativas promovendo uma projeção mundial do debate acerca dessas medidas <sup>4</sup>, influenciando por consequência o entendimento do direito brasileiro referente ao tema. Por essa razão, justifica-se a escolha de investigar a jurisprudência norte-americana precursora acerca das ações afirmativas, a partir da leitura do jurista norte-americano, Ronald Dworkin. Esse debate que teve início nos Estados Unidos da América (EUA) ainda hoje é referenciado como fonte para consolidar o próprio conceito de ação afirmativa. Logo, o que se busca absorver neste estudo são os argumentos jurídicos que se estabeleceram a partir dos casos práticos julgados.

Objetiva-se, então, estudar a concepção de Dworkin acerca das ações afirmativas a fim de se extrair os elementos que a teoria do direito pode oferecer quando se analisa a constitucionalidade das ações afirmativas. Não se pretende realizar um estudo comparativo entre os diferentes ordenamentos jurídicos, mas sim, dar-se-á ênfase a estruturação teórica precursora de Dworkin referente ao tema, como ferramenta à compreensão das ações afirmativas pela perspectiva da teoria do direito.

E para se conhecer com mais profundidade a teoria de Dworkin, escolhe-se investigá-la pelas lentes da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) desenvolvida pelo jurista Lenio Luis Streck, que dialoga com Dworkin acerca de pontos centrais. Assim, da soma dessas teorias, crer-se obter contribuições essenciais ao presente estudo, ainda que cada um desses juristas aborde o direito partindo das particularidades típicas do ordenamento jurídico ao qual pertencem.

A estrutura do trabalho divide-se em duas etapas: primeiro, opta-se por estudar os conceitos que estruturam a teoria de Dworkin pelas lentes da CHD, com o intuito de se identificar as influências e convergências dessas teorias. Na sequência, delimitar-se-á o estudo da concepção de Dworkin das ações afirmativas mediante a análise descritiva dos primeiros casos analisados pela Suprema Corte dos EUA

---

<sup>4</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 156.

referente ao tema.

A organização da pesquisa foi estruturada a partir de uma metodologia do tipo qualitativa e por meio de uma análise descritiva pelos métodos da revisão bibliográfica e estudo de caso, pretende-se identificar como se estruturou juridicamente a legitimidade das ações afirmativas.

## 1 Conhecendo Ronald Dworkin pelas lentes da Crítica Hermenêutica do Direito

Ronald Dworkin foi um jusfilósofo norte-americano que desenvolveu uma vasta produção para a Teoria do Direito, influenciando à compreensão dos mais variados temas e construções teóricas, como é o caso, da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) elaborada pelo jurista Lenio Luiz Streck. Na tentativa de apresentar alguns elementos da teoria de Dworkin, opta-se por fazê-lo a partir das lentes da CDH. O objetivo dessa apresentação é pontuar alguns aspectos de como Dworkin estruturou sua teoria para servir de base à segunda parte do trabalho, em que será analisada a concepção desse estudioso acerca do tema das ações afirmativas.

O ponto de partida para se compreender a teoria de Dworkin é ter claro que ele era “[...] avesso a discricionariedade e desenvolveu toda uma produção acadêmica sob esta perspectiva”<sup>5</sup>. A discricionariedade foi o ponto central do debate estabelecido entre Dworkin e Hebert Hart<sup>6</sup>. Hart foi professor de Dworkin na Universidade de Oxford e exerceu importante papel na sua trajetória, visto que foi um dos estudiosos aos quais teve a teoria estudada profundamente por Dworkin. O debate Dworkin *versus* Hart marca a fase crítica ao positivismo jurídico de Dworkin, presente nas obras “Levando os direitos à sério”<sup>7</sup>, “Uma questão de princípios”<sup>8</sup> e “Império do direito”<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v.4, n. 7, p. 343-367, 2013. p.343. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>. Acesso em: 31 jul. 2021.

<sup>6</sup> *Ibid.* p.358.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019.

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Na obra “Levando os direitos à sério”, Dworkin escolhe fundamentar suas críticas ao positivismo a partir da teoria de Hart, por entender que ele é um jusfilósofo moral que compreende a necessidade de se abordar questões morais como inerentes ao Direito, como por exemplo, quando se averigua se os juízes seguem as regras ou se é próprio a um homem impor a outro uma obrigação<sup>10</sup>. Sendo assim, ele dedica algumas páginas em suas obras para criticar o positivismo jurídico, em especial, no que concerne o conceito de direito e sua aplicação.

O positivismo jurídico estrutura o direito como um conjunto de regras especiais que são utilizadas direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público<sup>11</sup>. Essas regras são classificadas como regras especiais, que foram submetidas a um teste de *pedigree* e, portanto, são válidas e jurídicas<sup>12</sup>. Nesse conjunto, também existem as regras jurídicas espúrias – que não são válidas – e as regras morais sociais. Logo, “[...] dizer que alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa”<sup>13</sup>.

Nesse conceito de Dworkin, observa-se uma construção que parte do modelo trabalhado por Hart, mas é importante reforçar que o “positivismo jurídico é um fenômeno complexo”<sup>14</sup> que foi se construindo desde o século XIX, e tem como matriz as teorias filosóficas<sup>15</sup>. Por se estruturar no positivismo científico, a base do positivismo jurídico são os fatos. Os fatos sociais são uma construção humana, e o papel do jurista seria descrever tais fatos<sup>16</sup>. Essa descrição é uma característica que se observa na atuação de juízes, os quais ficam atrelados as leis, conceitos e precedentes postos. Assim, a dinâmica do positivismo jurídico se estabelece da seguinte forma:

---

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid. p. 28.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017. p.159.

<sup>15</sup> Ibid. p.159.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017. p.160.



O juiz conhece o Direito positivado pela autoridade e faz. Uma dedução ao caso concreto, como uma adequação da coisa ao intelecto, uma verdade correspondencial. Essa questão é fundamental para entendermos a relação do positivismo com os dois paradigmas filosóficos (clássico e moderno): põe-se o Direito (fato social); na sequência, a partir de um olhar externo, este Direito é descrito/aplicado. Uma perfeita mixagem das metafísicas clássica e moderna<sup>17</sup>.

Essa dinâmica está presente na teoria juspositivista de Hart, em que os juízes são obrigados a aplicar as regras válidas e no caso de inexistência de direito, a autoridade tem o poder de criar o direito ou complementá-lo, ou seja, o poder da discricionariedade. A discricionariedade é justificada por Hart como algo inerente à vagueza da linguagem jurídica, e nos casos difíceis – *hard cases* – em que não se dispõem de uma regra objetiva ao caso concreto, a solução oferecida por esse jurista é a de que os juízes estariam aptos a decidir discricionariamente, escolhendo a interpretação que julgassem mais apropriada e, assim, estariam criando o direito<sup>18</sup>. A discricionariedade é “a principal característica do positivismo jurídico, aparecendo mais explicitamente no contexto da ‘descoberta’ da indeterminação do Direito”<sup>19</sup>.

Como já referido, Dworkin foi um crítico ao positivismo jurídico, especialmente sobre a discricionariedade judicial e a sua possibilidade de garantir espaço para arbitrariedades<sup>20</sup>. O conceito de poder discricionário para Dworkin se estabelece em apenas um contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. Logo, esse é um conceito relativo que está vinculado a padrões e a uma autoridade. Partindo dessa definição, Dworkin classifica a discricionariedade em três formas: limitada, fraca e forte.

A discricionariedade limitada está relacionada ao poder de escolha da autoridade que detém o poder discricionário, e escolhe entre uma coisa ou outra,

---

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017. p.160.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017. p.53.

<sup>20</sup> *Ibid.* p.56.

muito parecido com a ideia de discricionariedade administrativa<sup>21</sup>. No sentido fraco, o poder discricionário seria quando uma autoridade pública necessita aplicar padrões que não podem ser aplicados mecanicamente, exigem uma decisão. E a discricionariedade em sentido forte - que interessa mais a análise de Dworkin, pois é a partir desta ideia que ele baseia sua crítica ao positivismo de Hart - se define pela sua incontornabilidade, ou seja, não é possível se prever antecipadamente uma decisão originária de uma discricionariedade no sentido forte<sup>22</sup>. As consequências advindas da discricionariedade forte são, nas palavras de Streck:

Nesse caso, alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente. Não se pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento porque este está legitimado pela ideia de discricionariedade judicial<sup>23</sup>.

E é a partir dessa ideia de discricionariedade forte, em que aquele que detém o poder discricionário não pode ser considerado desobediente por sua decisão, pois não há como considerar um erro em seu julgamento, que Dworkin propõe examinar a doutrina positivista - em especial a teoria de Hart - e testá-la a sua análise com relação aos princípios. Partindo da ideia de que o poder discricionário será empregado toda vez que inexistir uma regra para decidir o caso, Dworkin afirma que nestes casos o juiz "não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a esses"<sup>24</sup>. E aqui está o maior problema do poder discricionário, porque "em síntese, é uma autorização para o juiz atuar como 'legislador intersticial'"<sup>25</sup>.

O entendimento de Dworkin sobre o poder discricionário é contrário ao de Hart, porque se fundamenta na máxima de que "as partes num processo possuem o direito

---

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017. p.57.

<sup>22</sup> Ibid. p.57.

<sup>23</sup> Ibid. p.57.

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 55.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017. p.61.

de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido"<sup>26</sup>, que serviria a todos os tipos de casos e impossibilitaria a discricionariedade judicial, bem como o poder de criação aos julgadores<sup>27</sup>. Com base nesse conteúdo, cumpre também pontuar os esclarecimentos oferecidos pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) sobre compreensões equivocadas e injustas acerca da teoria de Dworkin, principalmente no que se refere a metáfora do juiz Hércules. Ao contrário de interpretações errôneas que apontam para a figura do juiz Hércules como solipsista, Streck esclarece que esta metáfora foi criada por Dworkin para "demonstrar a superação do paradigma representacional (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto"<sup>28</sup>. Então, mais uma vez, pode-se afirmar que a construção teórica de Dworkin afasta qualquer possibilidade de poder discricionário judicial.

A composição do direito para Dworkin também se diferencia daquela formulada pelos positivistas como Hart, visto que o ordenamento jurídico não se limita a um conjunto de regras, ele também é composto por princípios. Considerando essa definição de direito, a estratégia de análise de Dworkin é a de que para solucionar casos difíceis – aqueles que não possuem uma previsão expressa no Direito de regras jurídicas válidas – os juristas recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrão.

Dworkin apresenta suas definições acerca de princípio e política, sendo que o termo princípio é utilizado tanto de maneira genérica, para indicar o conjunto de padrões que não são regras, como também distinto do termo política. Por política, ele define que é um tipo de padrão com um objetivo a ser alcançado, muitas vezes relacionado a alguma melhoria para um aspecto econômico, político ou social da comunidade que pode ter um cunho negativo, no sentido de evitar e proteger a

---

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v.4, n. 7, p. 343-367, 2013. p.358. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>. Acesso em: 31 jul. 2021.

<sup>27</sup> Ibid. p.358.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 434.

modificação de um estado atual<sup>29</sup>.

O conceito de princípio é atribuído por um padrão que deve ser seguido como uma exigência de justiça ou outra dimensão da moralidade<sup>30</sup>. Um exemplo para deixar claro essa diferença é o seguinte: um “padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política, e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio”<sup>31</sup>. Ainda, sob a pretensão de esclarecer a diferença entre esses conceitos, recorre-se a uma comparação objetiva apresentada por Dworkin, em que classifica:

Argumentos de princípio são argumentos que intentam estabelecer um direito individual; argumentos de políticas são argumentos que intentam estabelecer um objetivo coletivo. Princípios são proposições que descrevem direitos; políticas são proposições que descrevem objetivos<sup>32</sup>. (Tradução nossa).

Para esclarecer ainda mais a distinção de princípios – em seu sentido genérico – de regras, Dworkin analisa o caso *Riggs versus Palmer* de 1889, julgado pelo Tribunal de Nova York. Em resumo, neste caso o Tribunal julgou se seria legítimo um herdeiro nomeado no testamento de seu avô herdar o que estava disposto naquele testamento, ainda que ele tivesse assassinado o seu avô com esse objetivo. Na época, inexistia uma regra jurídica válida que abordasse este caso específico, e pelas regras existentes, o assassino teria direito a herança. Contudo, o Tribunal entendeu que todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro, sendo que a ninguém seria permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos. Com base nessa justificação, o assassino não recebeu sua herança<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 36.

<sup>30</sup> *Ibid.* p. 36.

<sup>31</sup> *Ibid.* p. 36.

<sup>32</sup> “Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal, principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals”. DWORKIN, R. Hard Cases. **Harvard Law Review**, [s. l.], v. 88, n. 6, p. 1057, 1975. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=8751820&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 10 ago. 2021.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

A partir do exemplo referido, Dworkin apresenta as seguintes conclusões sobre a diferença entre princípios e regras: a) a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica, sendo que cada um deles nos promove orientações diferentes; b) as regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada, ou uma regra é válida e oferece a resposta que deve ser aceita, ou não é válida e nesse caso em nada contribui para a decisão<sup>34</sup>.

Essa estrutura de regras e princípios servem ao direito para que a partir dele seja possível a fundamentação de respostas aos casos, pois como já referido, Dworkin afirma que as partes buscam uma resposta correta e adequada ao direito para suas demandas levadas ao judiciário. Em síntese, essa busca representa a tese da resposta correta de Dworkin, que é esclarecida por Streck da seguinte forma:

Assim, a questão não é existência de uma única solução jurídica, mas que, mesmo havendo, mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dito de outro modo: o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada<sup>35</sup>.

O último ponto que se pretende estudar da teoria de Dworkin é a natureza interpretativa que ele confere ao conceito do direito. No último tópico da obra "Império do direito", de título "Epílogo: o que é o direito?", Dworkin é objetivo em retomar as principais formulações desenvolvidas nessa obra, constatando que: "O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito"<sup>36</sup>, ou seja, a prática jurídica se executa a partir da interpretação. E isso se confirma pela estrutura primária de qualquer ação judicial, em que aos juízes são oferecidas as interpretações alternativas do que é o direito definida pelas partes para aquele

---

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v.4, n. 7, p. 343-367, 2013. p.359. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>. Acesso em: 31 jul. 2021.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 488.

determinado caso<sup>37</sup>. “Assim, a interpretação, para além de um caráter meramente instrumental, é imprescindível, indissociável do fazer jurídico”<sup>38</sup>.

O agir interpretativo do direito de Dworkin também não abre brechas à discricionariedade e rejeita o convencionalismo. Dessa forma, não se reconhece como melhor a interpretação “[...] que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros”<sup>39</sup>. Ao contrário, a interpretação deve ser guiada pelo princípio do direito como integridade.

Pensar o direito a partir do princípio da integridade é constituir um limite à interpretação judicial a partir da responsabilização política dos julgadores. O direito como integridade para Dworkin compreende tanto a doutrina como a jurisdição e tem o potencial de fazer com que o “[...] conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar”<sup>40</sup>.

A integridade é o princípio que reforça o direito e o direito sem o princípio da integridade fica suscetível ao voluntarismo. Nesse sentido, a “[...] integridade é antitética ao voluntarismo, ao ativismo e à discricionariedade”<sup>41</sup>. Porém, a integridade não se impõe de forma isolada, é necessário que um julgamento estruturado por diferentes perspectivas de interpretação exista para que esse princípio seja aplicado. O direito como integridade é reconhecido quando mesmo que um julgador esteja em desacordo com uma solução legislativa e sobre a interpretação decorrente dela, mesmo assim mantém a integridade da resposta adequada, sem inovar ou tentar introduzir uma interpretação voluntariosa que mais lhe agrade. Em síntese, a faceta prática desse princípio é:

---

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v.4, n. 7, p. 343-367, 2013. p.359-360. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>. Acesso em: 31 jul. 2021.

<sup>38</sup> Ibid. p.360.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 488-489.

<sup>40</sup> Ibid. p. 489.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017. p. 101.

A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas<sup>42</sup>.

Um exemplo que esclarece o direito como integridade é o do romance e cadeia, em que Dworkin se utiliza de um gênero literário para fundamentar seus argumentos. Pois bem, o romance em cadeia é um projeto literário em que cada parte envolvida – romancista – se responsabiliza por escrever uma parte do romance. Cada participante terá a oportunidade de interpretar o capítulo que recebeu para escrever um novo capítulo e, assim, sucessivamente. “Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance e elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”<sup>43</sup>.

Observa-se que para que o romance em cadeia se encerre com êxito, cada um dos romancistas deve respeitar a continuidade do romance, interpretando e criando a partir daquilo que já foi escrito, mas sem fugir da unicidade proposta no romance. Afinal, não se trata de um novo romance a cada novo participante, mas sim, espera-se que o conjunto de romancistas sejam capazes de criar um único romance. O mesmo se reflete ao direito como integridade, em que julgadores receberam demandas as quais se dedicarão a apresentar soluções adequadas e fundamentadas com base em um direito já existente, que merece ser interpretado em sua unicidade e coerência.

Ainda sobre a ideia de integridade, cabe referir que essa supera o conceito de coerência, porque a integridade relaciona-se aos princípios da moralidade política e não está obrigada a preservar as mesmas decisões judiciais anteriores. No direito norte-americano, objeto de análise de Dworkin, os juízes não julgam o caso em si, mas o conteúdo abstrato dele, que são os princípios jurídicos que sustentam o direito invocado na demanda judicial. Então, a integridade não impõe que toda decisão seja

---

<sup>42</sup> STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017. p. 101.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 276.

produzida a partir de uma já existente, mas sim que toda decisão mantenha a coerência de que quando direcionada a análise dos mesmos fatos e princípios de ações anteriores, preserve o direito pré-existente, ou melhor, pela descrição da CHD:

Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos: mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer "jogo limpo"<sup>44</sup>

Os apontamentos trazidos acerca das obras de Dworkin pela perspectiva da CHD foram descritos com o objetivo de apresentar uma base teórica para que a partir dela possa se avançar a análise de um tema específico, o das ações afirmativas, que também foi objeto de estudo de Dworkin. Assim, na segunda etapa do trabalho, dedicar-se-á a uma pesquisa descritiva da concepção de Dworkin acerca das ações afirmativas que se estrutura pelo estudo de casos do direito norte-americano.

### **2 Análise dos casos Bakkes e Weber sobre as ações afirmativas**

Neste tópico, pretende-se expor a concepção de Ronald Dworkin acerca das ações afirmativas, objetivo que se busca alcançar pelo método da revisão bibliográfica das produções teóricas desse estudioso acerca do tema. Intenta-se apresentar uma leitura descritiva de alguns textos selecionados e a partir da análise de dois casos emblemáticos da jurisprudência norte-americana, verificar como se consolidou o entendimento de Dworkin sobre a constitucionalidade das ações afirmativas.

---

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017. p. 101.



O primeiro texto selecionado é “O caso de Bakke: as cotas são injustas?”<sup>45</sup>, publicado em 1977, no *The New York Review of Books*. Nesse estudo, Dworkin analisa os fatos em torno do caso Universidade da Califórnia versus Allan Bakke, bem como os argumentos apresentados pela defesa de Bakke, a fim de avaliar se esses eram suficientes para se considerar inconstitucional o programa de ação afirmativa da Escola de Medicina de Davis. Esse escrito foi publicado anteriormente ao julgamento da Suprema Corte dos EUA, que ocorreu em 1978. Portanto, os apontamentos de Dworkin se estruturaram a partir dos fundamentos apresentados pelas partes e pela sua leitura do texto constitucional, para demonstrar de forma técnica a constitucionalidade ou não do programa de ações afirmativas.

Em síntese, o caso Bakke foi uma ação judicial na qual se postulava a inconstitucionalidade do programa de ações afirmativas da Escola de Medicina de Davis, que tinha como finalidade promover a admissão de mais estudantes negros e de grupos minoritários, mediante a reserva de dezesseis vagas para que apenas concorressem os considerados membros de minorias em desvantagem educacional e econômica<sup>46</sup>.

Allan Bakke não teve êxito em ingressar em uma das oitenta e quatro vagas restantes, mas pelo fato de ter obtido boas notas durante a seleção, entendia que teria seu direito constitucional violado pelo programa, pois caso pudesse concorrer também as dezesseis vagas reservadas, teria condições de ingressar na Universidade<sup>47</sup>. O Tribunal da Califórnia concordou com os argumentos de Bakke e determinou que a escola de medicina o admitisse. Decisão essa que a universidade recorreu à Suprema Corte dos EUA.

A discussão constitucional acerca da educação de nível superior nos EUA proposta nesse caso mobilizou tanto o senso comum social – visto que essa foi uma ação judicial altamente discutida pela imprensa nacional e internacional antes mesmo de existir uma decisão da Suprema Corte dos EUA – como também reuniu um grande número de universidades e escolas a participarem como *amicus curiae*, requerendo a reforma da decisão do Tribunal da Califórnia, pelo argumento de que

---

<sup>45</sup> Texto incluído no livro: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019. p.437.

<sup>47</sup> Ibid. p.437.

se fosse negada a liberdade delas utilizarem critérios raciais explícitos em seus programas de admissão, não conseguiriam cumprir com aquilo que entendiam enquanto suas responsabilidades com a nação<sup>48</sup>.

Entre os argumentos de Dworkin sobre o caso, destaca-se a afirmação de que seria incorreto pensar que as ações afirmativas teriam como objetivo alcançar “[...] uma sociedade racialmente consciente, dividida em grupos raciais e étnicos, cada um deles, como grupo, com direito a uma parcela proporcional de recursos, carreiras ou oportunidades”<sup>49</sup>, uma vez que a sociedade norte-americana já era, em 1977, uma sociedade racialmente consciente, e que essa consciência seria derivada da “[...] consequência inevitável e evidente de uma história de escravidão, repressão e preconceito”<sup>50</sup>.

Logo, o intuito maior das ações afirmativas não seria promover a consciência racial para a sociedade, mas sim utilizar de “[...] critérios racialmente explícitos porque seu objetivo imediato é aumentar o número de membros de certas raças [...]”<sup>51</sup> e, com esse resultado imediato, ter como meta a longo prazo “[...] reduzir o grau em que a sociedade norte-americana, como um todo, é racialmente consciente”<sup>52</sup>. Os programas de ações afirmativas teriam o compromisso de promover a inclusão de um maior número de estudantes negros e pertencentes a grupos minoritários, o que resultaria, a longo prazo, na redução das divisões raciais na sociedade norte-americana<sup>53</sup>.

Na perspectiva da teoria social, essa redução significaria que pessoas sistematicamente excluídas da elite profissional e social passariam a ter oportunidades para exercer profissões reservadas historicamente a um grupo específico de pessoas, de modo geral, homens brancos. Essa dinâmica se estrutura também por um cálculo de estratégia, o qual prevê que quanto maior o número de profissionais negros em todas as áreas profissionais, maior será a igualdade de oportunidade que esses indivíduos terão em alcançar sucesso individual e,

---

<sup>48</sup> Ibid. p.437- 438.

<sup>49</sup> Ibid. p.438.

<sup>50</sup> Ibid. p.438.

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019. p.439.

<sup>52</sup> Ibid. p.439.

<sup>53</sup> Ibid. p.439.

consequentemente, oportunizará uma maior abertura para que o grupo como um todo experienciem essas oportunidades<sup>54</sup>. Como conclusão dessa construção sobre os preceitos que sustentam os programas de ações afirmativa, Dworkin refere que:

Portanto, é a pior incompreensão possível supor que os programas de ação afirmativa têm como intuito produzir uma América balcanizada, dividida em subnações raciais e éticas. Elas usam medidas vigorosas porque as mais suaves fracassarão, mas seu objetivo final é diminuir, não aumentar a importância da raça na vida social e profissional norte-americana<sup>55</sup>.

A expectativa de se oferecer mais “[...] ‘modelos de papéis’ para futuros médicos negros”<sup>56</sup> é mais um desígnio que se espera deste tipo de programa de ações afirmativas na concepção de Dworkin. Para ele, a existência de mais médicos negros ultrapassaria a representatividade que eles teriam para meninas e meninos negros, pois significaria também um rompimento com o paradigma histórico que imputou uma inferioridade aos indivíduos negros em relação aos indivíduos brancos. Assim, os programas de ações afirmativas aplicados com consciência racial seriam eficientes à promessa estratégica de redução de desigualdades sociais.

Direcionando sua avaliação aos argumentos jurídicos que permeiam o caso, Dworkin é direto ao informar que “Não há nenhum texto na Constituição cujo significado claro proíba a ação afirmativa”<sup>57</sup>. Logo, uma resposta técnica ao caso não pode ser fundamentada em um artigo constitucional específico, carecendo da Suprema Corte dos EUA uma análise mais complexa acerca dos direitos invocados por Bakke.

Na tentativa de compreender quais os caminhos possíveis para se identificar o direito que garantiria ou não a constitucionalidade do programa de Davis, Dworkin direciona sua investigação para os argumentos populares lançados ao caso de que “[...] Bakke tem direito de ser avaliado segundo seu mérito. Ou que tem direito de ser

---

<sup>54</sup> Ibid. p.439.

<sup>55</sup> Ibid. p.439.

<sup>56</sup> Ibid. p.440.

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019. p.445.

avaliado como indivíduo, não como membro de um grupo social”<sup>58</sup>. De plano, Dworkin se posiciona acerca desses argumentos e os classifica como expressões capciosas as quais configurariam uma confusão intelectual, porque o caso Bakke não representava um “[...] conflito entre um objetivo social desejável e direitos individuais importantes [...]”<sup>59</sup>, mas sim, teria como único princípio genuíno a se considerar o “[...] de que ninguém deve sofrer com o preconceito ou o desprezo dos outros”<sup>60</sup>.

Esses argumentos também compuseram a defesa de Bakke que arguiu que a violação do direito constitucional se daria pelo fato de ele ter sido excluído da escola de medicina devido a sua raça. Dworkin entende que essa colocação seria absurda na situação de Bakke, pois sua raça branca historicamente jamais teria sido alvo de preconceito ou desprezo. Da mesma forma, Dworkin reforça seu argumento demonstrando os fatos dessa ação que comprovam ser verdade que Bakke teria acesso a vaga na escola de medicina se fosse negro, bem como também teria sido aceito se fosse mais inteligente ou se causasse melhor impressão na entrevista ou se tivesse optado por estudar medicina quando mais jovem – visto que a sua idade foi um dos fatores que o fizeram ser rejeitados em outras escolas de medicina – ou seja, a raça de Bakke não é um elemento diferente dos outros fatores pontuados<sup>61</sup>. Não foi o motivo raça que o fez ser excluído da escola de medicina de Davis, ao contrário, “[...] o programa pressupõe que sua raça ainda é amplamente considerada superior às outras, ainda que isso seja um equívoco”<sup>62</sup>.

Em defesa das políticas de admissão consciente da raça, Dworkin encerra seu texto concluindo que programas de ações afirmativas como o da escola de medicina de Davis são a única esperança substancial para que sejam formados mais médicos negros e de outras minorias, e que uma decisão que negasse a constitucionalidade desses programas representaria uma renúncia a uma chance de combater uma injustiça real<sup>63</sup>. Afirma também que o princípio constitucional de que ninguém deve sofrer desvantagem por causa de sua raça constitui o espírito fundamental a que a

---

<sup>58</sup> Ibid. p.445.

<sup>59</sup> Ibid. p.445.

<sup>60</sup> Ibid. p.449.

<sup>61</sup> Ibid. p.449.

<sup>62</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019. p.449.

<sup>63</sup> Ibid. p.450-451.

ação afirmativa pretende servir. Portanto, mesmo não sendo culpa de Bakke que a justiça racial deve ser tratada como uma necessidade especial, também não é direito dele impedir que sejam usadas as medidas mais eficazes para assegurar essa justiça<sup>64</sup>.

No texto "O que Bakke realmente decidiu?", publicado em 1983, Dworkin analisa a decisão da Suprema Corte dos EUA para o caso da Universidade da Califórnia *versus* Allan Bakke, a qual ratificou a ordem do Tribunal da Califórnia para que Bakke fosse admitido na escola de medicina, "[...] mas revogou a proibição daquele tribunal quanto a levar em consideração a raça sob qualquer circunstância"<sup>65</sup>.

Com essa decisão, consagrou-se tanto uma vitória individual de Bakke, como a confirmação da Suprema Corte dos EUA acerca dos programas de ações afirmativas que poderiam se utilizar de critérios raciais explícitos para fins de reserva de vagas para o ensino superior. Contudo, essa não foi uma decisão precisa a ponto de garantir, na opinião de Dworkin, um consenso nacional sobre as ações afirmativas na educação de nível superior. Para se compreender melhor o alcance dessa decisão, Dworkin detalha os fundamentos apresentados pelos julgadores na tentativa de traçar uma previsão de como essa decisão influenciaria a regulação das ações afirmativas.

A defesa de Bakke invocou duas violações de direitos para que os juízes da Suprema Corte dos EUA avaliassem: a primeira, no sentido da ilegalidade do programa de ações afirmativas, pois esse infringiria a Lei de Direitos Civis de 1964 que impediria qualquer discriminação em razão de raça para programas que recebam verba federal. E a segunda, requeria a inconstitucionalidade do programa de Davis por violar o direito de igual proteção garantido na Décima Quarta Emenda da Constituição. A maioria dos julgadores – cinco de nove juízes – entendeu que não haveria uma violação à Lei de Direitos Civis de 1964 e que tampouco essa legislação condenaria o programa de Davis. Portanto, o caso Bakke só poderia ser julgado a luz da Constituição. Pela perspectiva constitucional, quatro juízes entenderam que

---

<sup>64</sup> *Ibdi.* p.451.

<sup>65</sup> *Ibid.* p.453.

Bakke não havia comprovado uma violação constitucional e apenas um, entendeu o contrário. Da soma dos votos, o resultado da decisão foi:

Portanto, uma maioria dos que consideraram a questão votaram contra Bakke em ambos os argumentos; não obstante, Bakke venceu porque cinco juízes acharam que ele deveria vencer algum fundamento, embora discordassem quanto a qual deles<sup>66</sup>.

Por cinco votos a quatro, a Suprema Corte dos EUA decidiu que a Lei de Direitos Civis de 1964 não impedia programas de ação afirmativa, mesmo aqueles similares a de Davis que utilizam de cotas explícitas. E por cinco votos a zero, decidiu que a Constituição autorizava programas de ação afirmativa que considere a raça do indivíduo como finalidade a obter um corpo estudantil diversificado.

O resultado do julgamento foi no sentido de que o “[...] sistema de ingresso adotado pela Instituição, assentado em cotas rígidas, era ilegal, mas, entretanto, definiu como legítimo o critério racial como meio de seleção de alunos, contando que esse critério fosse combinado com outro”<sup>67</sup>. Assim, o uso da raça foi entendido enquanto um fator positivo pela Suprema Corte, uma vez que era importante para remediar os efeitos da discriminação social do passado<sup>68</sup>.

Pelo relatado, verifica-se a relevância da decisão do caso Bakke que se tornou “[...] referência na elucidação do que era ou não permitido nos programas de ações afirmativas instituídos pelas universidades de Ensino Superior”<sup>69</sup>. Contudo, a resposta oferecida pela Suprema Corte dos EUA no caso Bakke, não encerrou por completo o debate acerca da constitucionalidade das ações afirmativas, tendo sido

---

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019. p.455.

<sup>67</sup> LOPES, Rosaly Bacha; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. O pensamento de Ronald Dworkin sobre as ações afirmativas. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, ano 8, n. 15, p. 153-176, jan./jun., 2020. p.156. Disponível: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitos-humanosedemocracia/article/view/7689>. Acesso em: 10 ago. 2021.

<sup>68</sup> WILLIAMS, Kenneth. Affirmative Action in the United States. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, Salvador, v.1, n. 1, p.43-50, jul./dez., 2017.p. 48. Disponível em: <https://periodicos.ucs.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/view/427/346>. Acesso em: 9 ago. 2021.

<sup>69</sup> LOPES, Rosaly Bacha; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. O pensamento de Ronald Dworkin sobre as ações afirmativas. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, ano 8, n. 15, p. 153-176, jan./jun., 2020. p.156. Disponível: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitos-humanosedemocracia/article/view/7689>. Acesso em: 10 ago. 2021.

levadas a julgamento uma série de outras ações nas quais as partes reivindicavam novos posicionamentos da Corte.

Algumas dessas ações também foram objeto de análise de Dworkin, como por exemplo, o caso Weber. Diferente da ação de Bakke em que a discussão foi ambientada no ensino superior, no caso *United Steelworkers of America v. Weber* questionava-se a legalidade de programas que cediam vantagens as pessoas negras para terem acesso a treinamentos para a indústria, que teriam como objetivo exercer um impacto mais rápido sobre a desigualdade racial e econômica<sup>70</sup>.

O programa instituído pela fábrica da Kaiser Aluminum Company da região de Gramercy, estado da Louisiana, foi derivado de um acordo com seu sindicato que visava estabelecer treinamentos para funções qualificadas na empresa, ao qual obedeceria dois requisitos básicos: o primeiro era relacionado ao tempo do contrato de trabalho, tendo preferência a serem admitidos os que trabalhassem a mais tempo na fábrica; e o segundo, referia-se a meta de se promover um equilíbrio na força de trabalho da fábrica, sendo que para isso acertou-se que a cada empregado branco admitido, fosse também contratado um empregado negro, até que a proporção de empregados negros no total de trabalhadores qualificados fosse igual à proporção de trabalhadores negros na força total de trabalho da região de Gramercy<sup>71</sup>. Contudo, o “[...] critério de antiguidade adotado nesse programa causou inconformismo”<sup>72</sup>.

Weber, trabalhador branco da fábrica, candidatou-se ao programa sem obter sucesso, pelo fato de que não possuía o tempo de trabalho exigido para obter uma vaga destinada aos empregados brancos, embora tivesse um contratualidade maior de candidatos que foram contemplados com as vagas destinadas aos empregados negros<sup>73</sup>. Por essa razão, Weber ajuizou uma ação alegando que o programa da fábrica Kaiser era ilegal segundo a Lei de Direitos Civis de 1964.

A demanda foi levada a apreciação da Suprema Corte dos EUA que por uma decisão majoritária, “[...] validou o plano voluntário de contratação preferencial de

---

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019. p.469.

<sup>71</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019. p.469.

<sup>72</sup> LOPES, Rosaly Bacha; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. O pensamento de Ronald Dworkin sobre as ações afirmativas. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, ano 8, n. 15, p. 153-176, jan./jun., 2020. p.160. Disponível: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitos-humanosedemocracia/article/view/7689>. Acesso em: 10 ago. 2021.

<sup>73</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019. p.470.

trabalhadores negros até chegar-se à representação da força de trabalho racialmente compatível com a população local"<sup>74</sup>, entendendo que o programa não violava a Lei de Direitos Civis de 1964, e que estariam presentes os "[...] objetivos de remediar os efeitos presentes da discriminação passada e da melhoria das condições econômicas da população negra, através da utilização de cotas numéricas [...]"<sup>75</sup>.

A decisão por maioria do caso Weber não foi sinônimo de que a Suprema Corte não encontrou dificuldades para analisar a ação, ao contrário, "Weber não foi um caso de decisão simples"<sup>76</sup>. Isto porque, o caso de Weber não se limitava a definir se a Lei de Direitos Civil tornava ilegal o programa da Kaiser, existiam algumas particularidades do caso que tornavam ainda mais complexa a decisão da Corte. Uma delas, era o fato da Kaiser ser um empresa privada, o que serviu ao entendimento da Corte de que o caso Weber não se trataria de uma ação estadual e, tampouco, representaria uma questão constitucional. Esse argumento se justificava pela própria cláusula de igualdade da Constituição que exige aos estados tratarem as pessoas como iguais, mas nada impõem as instituições privadas, a menos que a ação estadual esteja envolvida, o que não se concretizava no caso Weber<sup>77</sup>.

O caso Weber julgado em 1979, assim como o caso Bakker, são jurisprudências pioneiras na temática das ações afirmativas no direito norte-americano. Como se pode perceber, ainda que essas decisões da Suprema Corte dos EUA careçam de uma precisão mais enfática, se caracterizando muitas vezes pela "[...] indefinição de abordagens, pela variedade das questões examinadas e pela profunda divisão no interior do tribunal"<sup>78</sup>, ambas afastaram a inconstitucionalidade das ações afirmativas e consideraram, ainda que com ressalvas e aplicação de forma específica, a legitimidade tanto de programas no âmbito do ensino superior como no ambiente laboral. Ainda sobre a jurisprudencia relacionada as relações de trabalho, cumpre apontar:

---

<sup>74</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 169.

<sup>75</sup> Ibid. p. 169.

<sup>76</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3 ed. São Paulo: Martins fontes, 2019. p.471.

<sup>77</sup> Ibid. p.470.

<sup>78</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 174.



Os precedentes da Suprema Corte dos EUA, em questões laborais, têm posição favorável à discriminação inversa. Esse entendimento foi confirmado quando do julgamento do famoso caso emblemático Weber, no qual ficou assentada a constitucionalidade de um programa de ação afirmativa instituído por uma empresa privada em ambiente laboral<sup>79</sup>.

Os exemplos referidos foram amplamente estudados por Dworkin a fim de justificar sua concepção acerca das ações afirmativas, a qual foi apresentada de forma esclarecedora em sua obra "A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade", publicada no ano de 2000, mais especificamente, nos capítulos "A ação afirmativa: funciona?" e "Ação afirmativa: é justa?". Nesses dois momentos do livro, Dworkin retoma sua análise aos exemplos aqui referidos e complementa seu argumento com base em estudos científicos produzidos após esses julgados. Ao analisar a efetividade das ações afirmativas, Dworkin já adianta seu entendimento sobre o fato de serem ou não justas tais medidas, argumentando que:

Assim, segundo as melhores provas até este momento disponíveis, a ação afirmativa não é contraproducente. Pelo contrário, parece muito bem-sucedida. Nem é injusta: não transgride os direitos individuais nem compromete nenhum princípio moral<sup>80</sup>.

A concepção de Dworkin referente a relevância das ações afirmativas como ferramenta para redução de desigualdades sociais é apresentada ao final do capítulo onze, em que ele se posiciona como um advogado de defesa perante a Suprema Corte dos EUA e elenca os argumentos que invocaria ao caso, sendo eles: a) a promoção da diversidade entre estudantes e aqui acrescenta-se também no ambiente laboral entre trabalhadores ; b) correção de desigualdades históricas em relação a presença de pessoas negras nos principais cargos do governo, da política,

---

<sup>79</sup> LOPES, Rosaly Bacha; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. O pensamento de Ronald Dworkin sobre as ações afirmativas. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, ano 8, n. 15, p. 153-176, jan./jun., 2020. p.161. Disponível: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitos-humanosedemocracia/article/view/7689>. Acesso em: 10 ago. 2021.

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 578.

das empresas e das profissões em geral<sup>81</sup>.

Esses dois pontos são enfatizados por Dworkin como argumentos suficientes a justificar a legitimidade das ações afirmativas que são eficazes e justas ao combate daquele, que Dworkin intitula como um dos problemas mais graves da sociedade americana: a estratificação racial de fato - que excluí pessoas negras e pertencentes a outras minorias - e a histórica discriminação racial<sup>82</sup>.

### **Considerações Finais**

Revisar a concepção de Dworkin acerca das ações afirmativas é também explorar os primeiros entendimentos jurisprudenciais a respeito dessa matéria. Dworkin acompanhou as primeiras decisões da Suprema Corte dos EUA acerca da constitucionalidade das ações afirmativas no ensino superior e em programas de treinamento para acesso a cargos qualificados em uma empresa privada que serviram de base ao debate norte-americano e internacional sobre o tema.

Além de acompanhar, esse jurista exerceu um papel importante ao destacar os elementos jurídicos que justificavam a efetividade e justiça dessas medidas, contribuições essas que por terem sua natureza na teoria do direito, não ficam restritas ao uso do direito norte-americano. Ou seja, os conceitos arguídos por Dworkin servem a justificar a aplicação das ações afirmativas pelo princípio da igualdade e não discriminação, presente em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do direito brasileiro.

Logo, ao se responder a problemática de pesquisa deste estudo de se investigar qual a concepção jurídica de Dworkin acerca da constitucionalidade das ações afirmativas no direito norte-americano, comprovou-se a hipótese de que os conceitos que fundamentam essa concepção são provindos da teoria do direito e, portanto, úteis e aplicáveis em diferentes ordenamentos jurídicos a partir da defesa do princípio da igualdade e não discriminação.

Nesta pesquisa, também se pretendeu promover uma leitura da teoria de

---

<sup>81</sup> DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 605.

<sup>82</sup> *ibid.*

Dworkin mediante um diálogo estabelecido com a Crítica Hermenêutica do Direito (CDH) de Lenio Luiz Streck, objetivo esse que foi realizado pela leitura de alguns dos principais pontos teóricos que conectam essas duas teorias. A proposta de compreender um jurista norte-americano pela teoria de outro jurista brasileiro também serve ao propósito de se justificar a hipótese de que os conceitos advindos da teoria do direito estruturam e embasam teorias advindas de ordenamentos jurídicos distintos.

Assim, esta pesquisa serviu a demonstrar a relevância de se analisar casos práticos a partir dos conceitos estabelecidos na teoria do direito, em que independente do ordenamento jurídico ao qual se dedica estudar, pode-se aproveitar os conceitos desenvolvidos pelos teóricos que justificam seus argumentos a partir do conjunto de regras e princípios do direito.

Por fim, encerra-se este texto com a afirmação que foi utilizada para inicia-lo: "Direito não tem relação com dilemas morais"<sup>83</sup>, que guiou este estudo no sentido de se comprovar a autonomia do direito frente a moral quando se faz necessário apresentar uma resposta às demandas que são intrinsecamente imbuídas de considerações de cunho moral e político, mas das autoridades do direito só se espera que a decisão emitida corresponda ao princípio da integridade e que seja coerente ao conjunto de regras e princípios jurídicos.

## Referências

DWORKIN, R. Hard Cases. **Harvard Law Review**, [s. l.], v. 88, n. 6, p. 1057, 1975. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=8751820&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 10 ago. 2021.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

---

<sup>83</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 9.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 3. ed. São Paulo: Martins fontes, 2019.

LOPES, Rosaly Bacha; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. O pensamento de Ronald Dworkin sobre as ações afirmativas. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, ano 8, n. 15, p. 153-176, jan./jun., 2020. p.156. Disponível: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitos-humanosedemocracia/article/view/7689>. Acesso em: 10 ago. 2021.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017.

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

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v.4, n. 7, p. 343-367, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>. Acesso em: 31 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

WILLIAMS, Kenneth. Affirmative Action in the United States. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, Salvador, v.1, n. 1, p.43-50, jul./dez., 2017.p. 48. Disponível em: <https://periodicos.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/view/427/346>. Acesso em: 9 ago. 2021.

### 3. O FUNDAMENTO POLÍTICO DO DIREITO: A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO E A QUESTÃO DO ABORTO EM DWORKIN<sup>1</sup>



<https://doi.org/10.36592/9786554600057-03>

*Luísa Giuliani Bernsts<sup>2</sup>*

#### Resumo

Política e direito estão ligados e acatar tal premissa é, obrigatoriamente, optar por um conceito de direito. Neste ensaio pretende-se, a partir do método fenomenológico-hermenêutico, apresentar a construção Dworkiniana acerca da possibilidade da leitura moral da Constituição sem que com isso deixe-se de lado o comprometimento com os ideais democráticos. Assume-se, portanto, que certos princípios de moralidade política são corretos e que todos os cidadãos devem exigir um julgamento específico acerca de seus direitos, ainda que via judiciário, visto que a justiça é também uma questão de direito individual.

Palavras-chave: Discricionariedade judicial. Fórum do princípio. Interpretativismo.

#### Introdução

Dworkin advoga que “as decisões que os juízes tomam devem ser políticas em algum sentido”<sup>3</sup>, num pressuposto intimamente atrelado à concepção de Estado de Direito por ele defendida - qual seja, uma visão centrada nos direitos<sup>4</sup>. Tal pressuposto também “exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique” e presume a existência de direitos e de deveres morais dos cidadãos entre si e de direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste ainda que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando exigidos por cidadãos individuais, “por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> A presente pesquisa é resultado das reflexões gestadas durante o decorrer do semestre letivo de 2021 da disciplina Hermenêutica, Interpretação do Direito e Linguagem, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Sendo trecho atualizado da minha dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos em 2018.

<sup>2</sup> Doutoranda e mestre em Direito Público pela UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogada. E-mail: giuliani.luisa@gmail.com

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.3.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.7.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.7.

## 1 Ideal de direito centrado em direitos

É com base no ideal de Direito centrado em direitos que posturas quanto às prestações jurisdicionais serão formuladas, devendo um juiz que segue essa concepção, num caso controverso, tentar idealizar algum princípio que, em sua percepção, capte os direitos morais das partes que são pertinentes ao caso em questão, de forma que tal princípio não seja incompatível com a legislação<sup>6</sup>. Nesse contexto, Dworkin arremata:

Assim, um juiz que segue a concepção centrada nos direitos não deve decidir um caso controverso recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório legal de sua jurisdição. Mas, ainda assim, deve decidir muitos casos com base em fundamentos políticos, pois, nesses casos, os princípios morais contrários diretamente em questão são, cada um deles, compatíveis com a legislação<sup>7</sup>.

A premissa instiga o questionamento acerca da legitimidade do Judiciário para decidir questões políticas, uma vez que os juízes não são eleitos para seus cargos e não deveriam tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou a expandir o repertório legal, "pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular"<sup>8</sup>. Dworkin a conceitua, por fim, como *argumento da democracia* e o atrela à defesa da estabilidade política e da capacidade de o Legislativo tomar decisões políticas com maior exatidão e, principalmente, à equidade.

Ocorre que, nos dizeres de Dworkin, "os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos"<sup>9</sup>, tendo em vista a constante pressão política que grupos politicamente poderosos exercem sob os legisladores. Ainda, muito embora a insatisfação com determinada decisão judicial com frequência esteja associada à crítica ao emprego

---

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.15.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.16.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 27.

de argumentos de política e, por consequência, à instituição que a produziu, não se pode afirmar que desse fato decorra o aumento da desobediência a tais decisões<sup>10</sup>. A partir dessa construção, começam a se delinear as razões pelas quais Dworkin concebe a democracia como um empreendimento em parceria no qual as decisões da maioria não são, só por esse fato, legítimas, fazendo-se necessário que as decisões atendam a certas condições, por meio das quais se garanta a preservação da dignidade de todos os atingidos - em especial, os integrantes das minorias<sup>11</sup>.

É justamente em razão da equidade - ou seja, de que a democracia pressupõe igualdade de poder político - que a concepção dworkiniana de democracia ganha relevância. Ao assumir que "nenhuma democracia proporciona igualdade genuína de poder político"<sup>12</sup>, Dworkin reconhece a inexistência de paridade na disputa pela garantia de direitos individuais entre grupos com mais e menos poder político. Depreende, pela concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que os indivíduos teriam "o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos"<sup>13</sup> que, uma vez reconhecidos por um Tribunal, passariam a ser exercidos, "a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los"<sup>14</sup>. Nessa senda,

Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência [das decisões para o âmbito do judiciário], pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 29.

<sup>11</sup> MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a decisão jurídica democrática: a leitura moral da Constituição e o Novo Código de Processo Civil. In: OMMATI, José Emílio Medauar. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.259-260.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 31.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 31.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 31.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 32.

O fórum do princípio, sustentáculo da concepção centrada nos direitos como ideal político, assim confirma que a justiça configura uma questão de direito individual, não somente do bem público<sup>16</sup>; apesar de não ser possível o comprometimento com a certeza das decisões, assegura que as reivindicações dos indivíduos serão constante e seriamente consideradas a seu pedido, reforçando o senso de justiça e o ideal sob o qual estão enraizados os valores políticos da democracia e do Estado de Direito de que o governo irá tratar as pessoas como iguais<sup>17</sup>.

Outrossim, o objetivo democrático de igualdade de status respalda o posicionamento adotado por Dworkin no debate de questões constitucionais, ao defender o método da leitura moral da constituição a partir do qual insere a moralidade política e as incertezas no âmago do Direito Constitucional, por meio de uma leitura que propõe que juízes, advogados e cidadãos interpretem os dispositivos abstratos que expõem os direitos dos indivíduos perante o governo e os apliquem considerando que fazem referência a princípios morais de decência e de justiça<sup>18</sup>. Essa assertiva conduz o desenvolvimento de um significado sofisticado de democracia central na teoria de Dworkin, que, combatendo a premissa majoritária, representa a prática constitucional norte-americana.

Em seu pensamento, o ideal norte-americano de um governo se sujeita não somente à lei, mas também aos princípios, sendo considerado como a contribuição mais importante dada pelos norte-americanos à teoria política<sup>19</sup>, decorrendo dessa concepção a possibilidade da leitura moral da Constituição. Infere que os princípios contidos na Declaração de Direitos comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos:

O Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar todas com a mesma

---

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 38.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 2.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9.



consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quais quer liberdades individuais que forem para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião<sup>20</sup>.

Extrai-se, pois, que cumpre aos juízes interpretar a Constituição e conseqüentemente aplicar princípios - em oposição ao que preconizam os originalistas, cuja concepção de correta interpretação está intimamente relacionada à intenção original dos autores do texto constitucional. Dworkin luta pela fidelidade ao texto constitucional e propugna que juristas e juízes devem buscar a integridade constitucional - ou a interpretação adequada que toma como objeto tanto o texto quanto a prática do passado, tentando unificar fontes distintas e oferecendo diretrizes para decisões futuras<sup>21</sup>.

## 2 A leitura moral da Constituição e o aborto

A leitura moral, ao exigir que os juízes estabeleçam juízos atuais de moralidade política, encoraja juristas e juízes a interpretarem a Constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça. Contudo, a fidelidade ao texto constitucional e ao Direito pressupõe a demonstração das verdadeiras bases formadoras de juízos com o intuito de permitir maior participação popular nas discussões, esperando que os juízes elaborem argumentos mais sinceros e fundamentados em princípio, de forma a serem combatidas possíveis arbitrariedades<sup>22</sup>.

Destarte, Dworkin sinaliza a possibilidade de que se alcance uma solução coletiva para as questões de controvérsia política de maneira que ela possa ser aceita com dignidade por todos. Sua análise acerca do debate sobre o aborto nos Estados Unidos exemplifica essa assertiva, ao defender o ponto de que, na realidade, esse debate se centra não na questão polarizada acerca dos direitos e dos interesses

---

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 168.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 57.

do feto, mas na discussão sobre como e por quais motivos a vida humana tem valor intrínseco e quais são as implicações dessa questão nas decisões pessoais e políticas sobre o aborto<sup>23</sup>.

Corriqueiramente é atribuída natureza beligerante ao debate sobre o aborto nos Estados Unidos, em razão da forma como lá foi criado esse direito - a partir de um decreto do Supremo Tribunal. No entanto, cumpre rememorar que o Tribunal tem o poder de declarar inconstitucionais as leis adotadas pelo Congresso ou por qualquer Estado quando em desacordo com as restrições que a Constituição impõe ao governo, observando-se que uma vez manifestada a decisão do Supremo Tribunal, nenhuma outra instância governamental pode se contrapor à sua decisão, por maior que seja a desaprovação popular<sup>24</sup>.

Urge citar o emblemático caso *Roe versus Wade*, em que a Suprema Corte norte-americana, por sete votos contra dois, declarou que a legislação do Texas - criminalizante do aborto, à exceção de quando praticado para salvar a vida da mãe - era inconstitucional e que qualquer lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez era inconstitucional, podendo somente os Estados vetar o aborto com esse fundamento após o terceiro trimestre<sup>25</sup>. A decisão, como era de se esperar, causou grande controvérsia pública, unindo grupos religiosos e conservadores *pró-vida* que passaram a se mobilizar politicamente com o intuito de reverter-la.

Dentre os argumentos levantados, destacou-se o de que o feto já seria, desde o momento de sua concepção, uma pessoa em sua plenitude moral, com direitos e interesses que devem ser protegidos pelo Estado. Em termos políticos, o debate acabou por limitar-se e girar em torno dos elementos trazidos nesse argumento, quais sejam, (i) o de que o feto possui status de pessoa constitucional; e (ii) de que deve ser considerado uma pessoa moral. Derivam-se desses pontos questões controversas como *qual seria o momento de início da vida, qual seria o momento em*

---

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 33.

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 6.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 7.

*que o feto passa a ter interesses próprios e se existiriam conflitos entre os direitos do feto e os da gestante.*

Contudo, no pensamento dworkiniano, o debate funda-se no argumento de que a vida humana tem valor intrínseco e que, como corolário dessa afirmação, é possível assumir ser um erro por fim a uma vida, mesmo quando não estão em jogo os interesses de ninguém<sup>26</sup>, argumento esse que está por trás dos discursos tanto de liberais quanto de conservadores quando diante da controvérsia, desde o âmbito da moral individual, alcançando as instituições. Decorre então desse pressuposto o questionamento de moral política acerca de que qualquer comunidade politizada deva fazer dos valores intrínsecos uma questão de decisão coletiva, e não de escolha individual<sup>27</sup>.

Dworkin assim edifica seu argumento pelo ideal da sacralidade da vida humana, de seu valor em si, apreendendo-a como intrinsecamente valiosa, "se seu valor for independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom para elas"<sup>28</sup>, ou seja, simplesmente porque existe<sup>29</sup>, ou ainda "quando sua destruição deliberada desonra o que deve ser honrado"<sup>30</sup>. Os processos através dos quais a sacralidade opera em determinada cultura ou pessoa podem se realizar por associação - quando o valor de um objeto está associado a uma entidade - ou por outro valor, como ocorre com a bandeira norte-americana, por exemplo, cujo valor está associado à vida da nação<sup>31</sup>; ou por sua história, quando o modo como o objeto veio a existir determina seu valor, como ilustram as obras de arte e a conservação das espécies<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> DWORNIK, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 47.

<sup>27</sup> DWORNIK, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 35.

<sup>28</sup> DWORNIK, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 99.

<sup>29</sup> DWORNIK, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 102.

<sup>30</sup> DWORNIK, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 103.

<sup>31</sup> DWORNIK, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 103.

<sup>32</sup> DWORNIK, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 104-109.

Ademais, independentemente da adoção de um posicionamento fundamentado na evolução das espécies ou na razão da criação divina, "o fato de que a espécie humana deve sobreviver e prosperar é uma premissa inarticulada, inquestionável e quase despercebida, mas ainda assim reina absoluta em nosso planejamento político e econômico"<sup>33</sup>. Todavia, vale admitir que há graus do sagrado e que as convicções acerca da inviolabilidade das coisas são seletivas e, "como seria de se esperar, nossas seleções são configuradas por nossas necessidades e as refletem, e, de maneira recíproca, configuram e são configuradas por outras opiniões que temos"<sup>34</sup>.

Portanto, a afirmação de que "conservadores e liberais pressupõem que, embora o aborto seja sempre moralmente problemático e quase sempre moralmente condenável, é pior em algumas ocasiões do que em outras"<sup>35</sup>, infere que existem graus de iniquidade na perda de uma vida humana, os quais, na observação de Dworkin, concernem ao "desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de uma vida normal", o que ocorre com a frustração da progressão com a morte - prematura ou não<sup>36</sup> - o que resumiria o ponto que une a maioria das pessoas quanto à questão do aborto<sup>37</sup>.

O que sustentaria as divergências sobre a questão do aborto seriam, então, as "diferenças profundas quanto à importância moral relativa das contribuições natural e humana à inviolabilidade das vidas humanas individuais"<sup>38</sup>, com os extremos dos posicionamentos possíveis representados pela preponderância do investimento biológico, de um lado, e do investimento humano, do outro<sup>39</sup>. Por consequência, para Dworkin,

---

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 106.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 111-112.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 117.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 122.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 124.

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 126.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 127.

Os conservadores e os liberais divergem não porque um dos lados rejeite totalmente um valor que o outro considera fundamental, mas porque adotam posições distintas – quando não drasticamente distintas – quanto à importância relativa desses valores, que ambos admitem ser fundamentais e profundos<sup>40</sup>.

No que se refere às exceções resultantes de “concessões mútuas e conciliações” inerentes à busca do equilíbrio, o teórico aduz que enquanto aqueles que adotam posturas mais conservadoras podem, por exemplo, admitir exceções quanto à prática de aborto em casos de estupro - mesmo defendendo o investimento divino ou natural na vida humana -, os liberais, que tendem a ser mais permissivos no que concerne às exceções ao princípio de que o aborto é condenável, asseveram sua permissão quando “o nascimento de um feto resulta em um efeito deletério sobre a qualidade de vida”. Torna-se aceitável o aborto, então, para os liberais moderados, sob o argumento de que um feto que venha a nascer possa viver uma vida repleta de frustrações, ou para os mais radicais, sob a premissa dos efeitos da gravidez e do parto sobre a vida das mães e de outros membros da família<sup>41</sup>.

Isso posto, depreende-se a inexistência de fórmulas para a tomada de decisões concretas, sendo possível apenas, na melhor das hipóteses, esquematizar a estrutura argumentativa que direciona pessoas a determinadas decisões. Entretanto, efetuar a leitura dos argumentos sob a perspectiva dworkiniana de que o aborto simboliza uma questão moral acerca da sacralidade da vida humana ajuda a perceber que, no fundo, as divergências tangem à “natureza espiritual”, o que deveria contribuir para a “ideia de que a comunidade real é possível a despeito de tantas e tão profundas divisões religiosas”<sup>42</sup>.

Retomando-se o caso *Roe versus Wade*, Dworkin examina os argumentos constitucionais que fundamentaram e convenceram os juízes a decidir da forma como o fizeram. A existência de duas formas de garantias constitucionais de limitação do poder de um Estado de causar danos substanciais aos cidadãos - uma

---

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 130.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129-139.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 138-139.

fundada na cláusula de “processo legal justo, da Décima Quarta Emenda que exige que um Estado aja racionalmente sempre que restringir a liberdade”, e outra, na impossibilidade de os Estados restringirem ou revogarem os direitos constitucionais específicos, exceto que tenham uma razão inexorável - foram o pano de fundo dos posicionamentos dos juízes Blackmun (pró-aborto) e Rehnquist (contrário)<sup>43</sup>.

A sentença do juiz Blackmun declarou a existência do Direito Constitucional específico da mulher grávida à privacidade<sup>44</sup>, de forma que as razões para que um Estado anulasse tal direito não fossem inexoráveis até o sexto mês de gravidez, enquanto o juiz Rehnquist defendeu que as mulheres possuíam apenas interesse de liberdade protegido pelo critério de racionalidade - forte o bastante somente para garantir a inconstitucionalidade de leis que proibissem o aborto quando necessário para salvar a vida da mãe<sup>45</sup>. A adoção de tais posicionamentos pelos juízes retoma a questão anteriormente tratada sobre a forma como se compreende a Constituição norte-americana, a partir da leitura como a do juiz Rehnquist, baseada no originalismo, ou como a do juiz Blackmun, na fidelidade.

A ideia de que o Supremo Tribunal é “obrigado a proferir sentenças coerentes, na medida do possível, com as grandes tradições constitucionais estabelecidas e

---

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 144-145.

<sup>44</sup> As feministas encabeçaram as manifestações contrárias a legislação antiaborto nos Estados Unidos da América e, acerca da decisão do caso *Roe versus Wade*, algumas delas insistem que apesar de alcançar um resultado positivo, o fez por meio de um fundamento errado, o que acaba por culminar no detrimento e não no benefício das mulheres. A discussão se dá acerca do emprego do princípio da privacidade na fundamentação da decisão que, para algumas feministas, deveria ceder espaço ao princípio da igualdade, uma vez que o ideal de privacidade está ligado ao entendimento de que as mulheres têm o poder de decidir tanto em questões privadas, quanto públicas, o que na verdade, diante das pressões exercidas pelo patriarcado, não ocorre. Dworkin apresenta os dois argumentos contrários ao fundamento da privacidade levantados pela professora feminista Catharine MacKinnon de que (i) “insistir que o sexo é uma questão privada implica que o governo não tem nenhuma preocupação legítima com o que acontece com as mulheres por trás da porta do quarto” e (ii) de que, uma vez sendo um assunto privado, o governo não possui responsabilidade nenhuma em ajudar a financiar o aborto de mulheres pobres; contudo os rebate dizendo que eles são pouco convincentes e “não chegam ao âmago da questão” DWORKIN, Ronald. **Feminism and abortion**. The New York Review of books. Jun/1993. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/1993/06/10/feminism-and-abortion/>. Acesso em: 03 dez de 2017. e DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 70-78. Diante do que é defendido no presente trabalho, que os discursos dos movimentos sociais consubstanciam uma forma de garantir a tomada de decisões corretas por meio de seu potencial reflexivo, faz-se necessário referir que discordamos do ponto defendido por Dworkin de que os argumentos feministas não possuem peso no debate público sobre o aborto.

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 145.

respeitadas em suas sentenças anteriores"<sup>46</sup> garante à decisão do juiz Blackmun um bom fundamento, uma vez que ele citou o precedente *Griswold versus Connecticut*, de 1965, em cuja decisão, aparentemente aceita pelo povo norte-americano, o Tribunal já havia estabelecido o Direito Constitucional específico de pessoas tomarem decisões próprias em questões relativas à procriação, embora pudesse o Estado apresentar uma razão inexorável para restringir o Direito Constitucional da mulher à privacidade<sup>47</sup>.

Logo, a referida razão inexorável contemplaria, de modo geral, a necessidade de proteção à vida humana, o que se reiterava pelos preâmbulos das leis que regulamentavam a questão, pelas peças forenses, pela retórica pública e até mesmo pelos juízes do Tribunal, que posteriormente assumiram que a decisão do caso *Roe versus Wade* fora um erro<sup>48</sup>. Os propósitos que um governo poderia reivindicar diante dessa razão são ambíguos na medida em que podem se fundar em um interesse derivativo em proteger a vida humana - de que o governo deve proteger os interesses e os direitos do feto a partir de sua concepção - ou em um interesse independente de proteção da vida humana - de que se deve proteger a vida humana como algo sagrado<sup>49</sup>.

Já no começo de sua argumentação, o juiz Blackmun, sob o argumento de que o Direito norte-americano jamais considerara fetos como pessoas constitucionais, decidiu preliminarmente que o feto não pode ser considerado uma pessoa constitucional, o que foi tido como correto por grande parte dos juristas, com exceção daqueles que advogaram que o Tribunal deveria ter deixado os Estados livres para decidir sobre o aborto do modo mais conveniente, o que só seria viável se a leitura da Constituição ocorresse no sentido de que os Estados devessem apresentar argumentos inexoráveis para a não proibição do aborto - o que, diante da existência de leis liberais que, até então, não tinham sido consideradas

---

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 146.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 146-148.

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 149.

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 126.

inconstitucionais nem mesmo pelos grupos políticos mais contrários ao aborto e sequer pelos Tribunais, pareceria incoerente<sup>50</sup>.

Por conseguinte, na visão de Dworkin, a questão moral e jurídica mais importante que norteia o debate sobre o aborto se congloba na seguinte indagação: “Um governo digno tenta ditar a seus cidadãos que valores intrínsecos ele deve reconhecer, por que e como devem fazê-lo?”<sup>51</sup>, e ainda, embora o governo possa regular o comportamento das pessoas de outras maneiras a fim de proteger os valores intrínsecos, as mulheres grávidas possuem o direito de que o governo não as proíba de interromper a gravidez? Assim descrita, a questão fica na convergência das tradições da liberdade pessoal e da que “atribui ao governo a responsabilidade de proteger o espaço moral público em que vivem todos os cidadãos”, que por vezes são antagônicas<sup>52</sup>.

Os objetivos antagônicos perseguidos pelo governo podem ser, diante dessas tradições, de responsabilidade - quando pretende que seus cidadãos tratem as decisões relativas ao aborto como questões de importância moral e que reconheçam que os valores intrínsecos fundamentais estão em jogo nessas decisões e decidam reflexivamente - e de conformidade - quando intui que as decisões sejam tomadas fundamentadas na opinião da maioria<sup>53</sup>.

Dworkin sublinha que, ao afirmar que se deve ser uma nação de princípios, ao agir de acordo com a integridade (o objetivo do direito em si), assume-se que a “Constituição deve representar convicções, e não estratégias táticas de juízes ávidos por satisfazer o maior número possível de distritos eleitorais”<sup>54</sup>, o que afasta, no caso, a tradição da conformidade. Finalmente, Dworkin arremata que

---

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 151-155.

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 163.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 209.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 210.

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 221.



O direito à autonomia procriadora tem um lugar importante não apenas na estrutura da Constituição norte-americana, mas também na cultura política ocidental em termos gerais. A característica mais importante dessa cultura é a crença na dignidade humana individual – a crença em que as pessoas têm o direito moral – bem como a responsabilidade moral – de defrontar-se com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas, em busca de respostas para suas próprias consciências e convicções. [...] De fato, a premissa mais básica da democracia ocidental – a de que o governo seja republicano, e não despótico – incorpora um compromisso com essa concepção de dignidade. Em sentido amplo, o princípio de autonomia procriadora encontra-se entranhado em qualquer cultura verdadeiramente democrática<sup>55</sup>.

### Breve conclusão

A argumentação de Dworkin enfatiza várias razões para que as pessoas não sejam indiferentes umas para com as outras. “Em conjunto, as decisões individuais criam um ambiente moral que inevitavelmente influencia o que os outros podem fazer”<sup>56</sup>, de forma que a integridade constitucional se revela tão importante. O processo interpretativo, sublinha-se, decorre de práticas sociais compartilhadas nas quais o indivíduo está inserido, sendo possível “alcançar a verdade na interpretação quando se interpreta uma prática social e se identifica o seu propósito”<sup>57</sup>. E, como não se pode exigir concordância entre os cidadãos, deve-se exigir deles responsabilidade moral na medida em que se propugne que as diversas interpretações concretas alcancem uma integridade geral e que cada uma dessas interpretações “sustente a outra numa rede de valores que abraçamos autenticamente”<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 233.

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 233.

<sup>57</sup> BUNCHAFT, Maria Eugenia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. In: **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, dez. 2012. p. 155-188. Disponível em: <https://perioficous.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/26397>. Acesso em: 04 dez. 2017. p. 182.

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 153.

Se lermos Dworkin com atenção e compreendermos sua teoria como um todo coerente, perceberemos que, ainda que fiquemos nossos ideais de democracia em pressupostos relacionados exclusivamente de bem público, a legitimidade do judiciário em decidir de forma igual casos diferentes é concebível exclusivamente se consideramos a face política da integridade.

## Referências

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, dez. 2012. p. 155-188. Disponível em: Disponível em: <https://perioficicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/26397>. Acesso em: 04 dez. 2017. p. 182.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 209.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 168.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Feminism and abortion**. The New York Review of Books. Jun/1993. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/1993/06/10/feminism-and-abortion/>. Acesso em: 03 dez. 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a decisão jurídica democrática: a leitura moral da Constituição e o Novo Código de Processo Civil. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 259-260.

## 4. ENTRE AUTODESCRIÇÕES, PARADOXOS E FECHAMENTO OPERACIONAL: UMA ANÁLISE PRAGMÁTICA-SISTÊMICA DAS TEORIAS DE RONALD DWORKIN E HERBERT HART



<https://doi.org/10.36592/9786554600057-04>

*João Paulo Salles Pinto*<sup>1</sup>

### Resumo

A pragmática sistêmica, sobretudo, nos termos propostos por Rocha, Luhmann e Teubner, possibilita autodescrever o direito como um sistema que opera suas próprias operações de forma autológica. Tal premissa, por consequência, permite observar, inclusive, que os sistemas tidos por sociais constroem um espaço próprio para resolução e seletividade de sua própria forma codificada, no caso específico do direito, direito/não direito, de forma teórica. Assim, os problemas que nos movem são, ao menos, os seguintes: é possível verificar tais construções conceituais como uma operação autodescritiva do sistema? Qual a categoria de permissibilidade e o paradoxo que elas visam desdobrar, invisibilizar? Neste sentido, objetiva-se com o presente artigo observar como o espaço teórico é importante para o desdobramento dos paradoxos do direito. Para isso, iremos colocar em análise duas teorias ainda contemporâneas e fundamentais deste lugar, as perspectivas de Ronald Dworkin e as de Herbert Hart. Conclui-se que: os "paradoxos da auto-observação" do sistema do direito aceram a seletividade da complexidade do sistema e, desse modo, são operados, sobretudo, na autodescrição (teorias do direito) como formas de manutenção do sentido sistêmico.

Palavras-chave: Pragmática sistêmica; Teorias do Direito; Hart; Dworkin; Paradoxo.

### Introdução

A pragmática sistêmica, sobretudo, nos termos propostos por Rocha<sup>2</sup>, Luhmann<sup>3</sup> e Teubner<sup>4</sup>, permite descrever o direito como um sistema que opera suas próprias

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com bolsa de pós-graduação stricto sensu PROEX-CAPES. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas- FDSM (2017), tendo cursado o mestrado com bolsa de pós-graduação stricto sensu PROSUP- CAPES. Teoria, filosofia, sociologia do direito e direito internacional são suas principais áreas de interesse e pesquisa. Graduado em Direito pelo Instituto Machadense de Ensino Superior-IMES (2015).

<sup>2</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013. ROCHA, Leonel Severo. **Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese**. Santa Catarina: **Seqüência**, n. 62, p. 193-222, 2011.

<sup>3</sup> LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

<sup>4</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016. TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

operações de forma autológica. Tal premissa, por consequência, possibilita observar, inclusive, que os sistemas tidos por sociais constroem um percalço próprio para resolução e seletividade de sua própria forma codificada, no caso específico do direito, direito/não-direito.

Todavia, como se sabe desde Kurt Gödel<sup>5</sup>, por seu teorema da incompletude, tal maneira de observação, ou melhor, tal forma de auto-observação, procede sempre em paradoxos, porque nenhum sistema pode se fechar inteiramente sem contradições ou recorrências externas.

Por consequência, os "paradoxos da auto-observação"<sup>6</sup> e sua relação com o fechamento operacional do sistema constituem um expressivo campo de verificação de como o sistema constrói sua identidade, portanto seu espaço imaginário de fechamento e abertura. Chamaremos aqui, junto com Luhmann<sup>7</sup>, como se verá, essa construção teórica de "autodescrição". Eis o paradoxo fundamental que os sistemas precisam desdobrar: "os sistemas são fechados e por isso se dispõem a aberturas".

Neste sentido, objetiva-se com o presente artigo observar como à disposição teórica é importante para o desdobramento sociológico dos paradoxos do direito. Para isso, iremos colocar em análise duas teorias fundamentais deste lugar, as perspectivas de Ronald Dworkin<sup>8</sup> e as de Herbert Hart<sup>9</sup>.

Dessa maneira, longe de querermos nos posicionar em relação a uma ou outra no aspecto normativo-prescritivo, o que caberia a um observador de primeira ordem, e não sociológico, como propomos posicionar, procura-se, sobretudo, verificar como àquelas lidam com e desenvolvem o paradoxo do direito com intuito de fechamento. Importa, verificar, por conseguinte, como o sistema se autoconstrói, imagina-se a partir de modelos teóricos. Trata-se de pesquisa da sociologização dos paradoxos.

---

<sup>5</sup> GÖDEL, Kurt. **On Formally Undecidable Propositions of Principia Mathematica and Related Systems**. Dover Publications; Edição: New edition, 1992

<sup>6</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013.

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2011. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge Mass, 1988.

<sup>9</sup> HART, H.L.A. **El concepto de derecho**. Tradução de de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.

Assim, os problemas que nos movem são, ao menos, os seguintes: é possível verificar tais experiências teóricas como uma dimensão autodescritiva do sistema jurídico? Que categoria de probabilidade e paradoxo elas visam abrir, ou seja, invisibilizar?

De fato, para trabalhar tais problemas, faremos nos primeiro e segundo capítulos, tendo em vista uma metodologia revisional bibliográfica, breves exposições dos conceitos centrais de tais formas teóricas, procurando, sempre, descrever, em síntese, suas maneiras de operação, para, ao final, já no terceiro capítulo, sugerir aproximá-las do espaço criativo e imaginário do sistema jurídico, isso é, como já se salientou, de sua autodescrição.

A pesquisa conclui, neste íterim, com a possibilidade de verificar que os "paradoxos da auto-observação"<sup>10</sup> do sistema do direito asseveram a seletividade de complexidade do sistema e, desse modo, são operados, sobretudo, na autodescrição como formas de conservação da identidade, portanto, não só da identificação do direito e, em especial, visto a contingência da sociedade contemporânea.

Autopoiese do direito, neste sentido, significa dizer, mormente, que o direito precisa se autoconstruir sempre a partir de si próprio, por consequência tendo em vista os paradoxos de suas teorias.

## 1 Herbert Hart, Abertura e Autorreferência

Como destaca Rocha<sup>11</sup>, ao se procurar operar uma investigação sob o escopo da metodologia pragmática sistêmica, deve-se consignar, sobretudo, uma "observação de segunda ordem" que, no caso, implica observar as formas e funções dos objetos observados. Neste sentido, diz Luhmann<sup>12</sup> que: "uma vez que o sistema é fechado, ele tem de submeter todas as suas operações, com cujas questões

---

<sup>10</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013.

<sup>11</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013. ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese. Santa Catarina: **Seqüência**, n. 62, p. 193-222, 2011.

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 716.

jurídicas é constituído e observado, a suas próprias observações". Assim, importa-nos, em síntese, explicitar os principais pontos que Herbert Hart<sup>13</sup> observou em relação ao direito e, sem embargo, realizar certa "sistematização" de seu pensamento.

De fato, Hart, a seu modo, é herdeiro do movimento filosófico que ficou conhecido, no século XX, como "*linguistic turn*" (virada linguística), até porque este se utiliza, não obstante, de certas premissas teoréticas de Wittgenstein, destacado autor do contexto. Premissas que, neste sentido, estão condensadas em obras paradigmáticas como o *Tractus logico-philosophico*<sup>14</sup> e *Investigações filosóficas*.<sup>15</sup> Destarte, o pensamento de Wittgenstein, ao menos na filosofia, é costumeiramente repartido em duas fases. Dessa maneira, a primeira fase, ou o primeiro Wittgenstein<sup>16</sup>, aquele do *tractus*, refere-se, sobretudo às suas primeiras concepções, isto é, o de procurar verificar as categorias lógicas que possibilitam e limitam o pensamento e a linguagem, de maneira a representar "concretamente o mundo".

Por outro lado, a segunda fase, o segundo Wittgenstein<sup>17</sup> que, sem embargo, é onde se verifica a "verdadeira virada linguística", remete-se, em especial, à sua obra *Investigações filosóficas* e se destaca que a linguagem é oriunda de uma atividade, "ou forma-de-vida"<sup>18</sup>. A linguagem, neste sentido, relaciona-se de um ponto de logicidade para cair em uma atividade social complexa de apresentação de mundo.<sup>19</sup>

Verifica-se, em síntese, que o novo "paradigma filosófico" lançado, tem, em especial, a preocupação de não se voltar para a repetição das velhas cesuras e fraturas ontológicas de compreensão do sentido, isto é, entre sujeito e objeto, essência existência, mas parte de uma visão, sobretudo, pragmática. Destarte, o

---

<sup>13</sup> HART, H.L.A. **El concepto de derecho**. Tradução de de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.

<sup>14</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractus logico-philosophico**. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988

<sup>15</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

<sup>16</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractus logico-philosophico**. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988

<sup>17</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 48.

<sup>18</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O uso dos Corpos: homo sacer**. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 269.

<sup>19</sup> Neste momento, inclusive, também ocorre "virada ontológica", a partir de Heidegger (2005), sobretudo, seu Ser e Tempo.

sentido, verifica-se como obra exógena, para além, inclusive, das trincheiras da consciência transcendental Kantiana<sup>20</sup>, ou do empirismo objetivista, ou ainda, lógico, que marcará sobremaneira as reflexões do início do século XX.<sup>21</sup>

Por consequência, com Wittgenstein<sup>22</sup>, questiona-se o sentido a partir da linguagem pensada, em especial, como atividade. Dessa maneira, o sentido de mundo não pode ser fornecido por uma construção conscientemente objetiva, ou à priori só do sujeito, mas é revelado pragmaticamente, ou seja, “no uso ativo da linguagem na prática social”<sup>23</sup>. O sentido não é mais um “o que é”, mas, um “como é”<sup>24</sup>.

Toda investigação e toda reflexão chegam a um limite, no qual, assim como um fenômeno originário, segundo Goethe, a investigação deve parar; mas a novidade, com respeito a citação goethiana, é que esse *Urphänomen* não é um objeto, mas simplesmente um uso e uma práxis, não tendo a ver com um “que”, mas só com um “como”. “Façamos assim”. É a esse como que se refere, na verdade, toda justificação: “O que os homens fazem valer como justificação mostra como eles pensam e vivem”.<sup>25</sup>

Portanto, em que pese essa reduzida síntese de um “pensamento e pensador extremamente complexo”<sup>26</sup>, destaca-se, mormente, que no segundo Wittgenstein<sup>27</sup>, a maneira da linguagem é melhor marcada como daquela inerente à uma prática social, ao uso, a uma forma-de-vida.

<sup>20</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de J. Rodrigues de Meringe. Acrópolis, 2008.

<sup>21</sup> Com exceção de Husserl que, sem embargo, parece se revelar como um dos marcos errantes e herdeiros dessas temáticas. HUSSERL, Edmund. **O Mundo Da Atitude Natural: Eu e o Meu Mundo Circundante**, 2019.

<sup>22</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 45.

<sup>23</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 42-43.

<sup>24</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O uso dos Corpos: homo sacer**. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 270.

<sup>25</sup> AGAMBEN, Giorgio. **O uso dos Corpos: homo sacer**. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 270.

<sup>26</sup> EILENBERGER, Wolfram. **Tempos de Mágicos: a Grande Década da Filosofia - 1919-1929**. São Paulo: Todavia, 2019.

<sup>27</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 43.

Neste sentido, não obstante, é que Herbert Hart<sup>28</sup> vai buscar sua teoria positivista do direito. Por consequência, é tendo por conjectura uma apreciação da linguagem ordinária, sobretudo, em relação aos signos, suas ambiguidades e vagezas, que o autor inglês recorda as premissas de Wittgenstein<sup>29</sup>. De fato, como aparta o professor Lenio Streck<sup>30</sup>, na sua principal obra, "O conceito de Direito", Hart descreve o direito "como uma instituição social linguística".

Por consequência, em que pese às diferenças do Austin linguista, visto que "este recorre aos *speech act* do referido (palavras com eficácia jurídica)"<sup>31</sup> e, não obstante, à distância da teoria pura metalinguística de Kelsen<sup>32</sup>, nota-se que a preocupação de Hart não é "apenas investigar conceitos, analíticas, sintaxes, ou semânticas", mas sim explicitar condições de permissibilidade nas quais se conhecem formas jurídicas na praticidade social dos jogos de linguagem<sup>33</sup>. Portanto, como pontua Rocha<sup>34</sup>, é, em especial e em síntese, essa tomada de posição "pragmática" ante o processo de comunicação que o aproxima "das correntes da virada linguística da filosofia". Dessa maneira, como diz Streck<sup>35</sup>, o direito para Hart é, nesse espaço, uma declaração social da linguagem empregada, por conseguinte, "uma prática social complexa".

De fato, é aqui que se encontra a maior divergência de Hart em relação à Kelsen<sup>36</sup>, até porque o autor inglês, incorpora, na "analítica da validade do direito", conjecturas pragmáticas da linguagem praticada e, assim, descreve o direito não somente no feitiço sintático e semântico. Salta-se da filosofia meta-analítica

---

<sup>28</sup> HART, H.L.A. **El concepto de derecho**. Tradução de de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.

<sup>29</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Letramento: Casa do direito, 2020. p. 289.

<sup>31</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 25.

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>33</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 31-32.

<sup>34</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 32.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Letramento: Casa do direito, 2020. p. 288-289.

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.



normativa Kelseniana, para, sobretudo, acionar subsídios morais em relação à concepção científica do direito.<sup>37</sup>

Aqui, sem embargo, é que se encontra a “grande questão” da teoria do direito de Hart, uma vez que ao descrever possível anexação de práticas morais à validade do Direito, em especial, visto os nomeados “*hard cases*”, sua forma de positivismo jurídico (*soft*) observa que pode existir (*ou seja, é permitido, mas não imperativo*) a percepção de questões morais que, em casos especialíssimos, acrescenta fundamentação à validade do Direito. No sentido proposto por Rocha<sup>38</sup>, verifica-se em Hart o postulado de que a linguagem jurídica se depara posta sob uma “textura aberta, uma *open texture*”.

Não obstante, no “conceito de direito” de Hart<sup>39</sup>, aponta-se, em especial, que a limitação implícita à linguagem impede “que o direito se expresse sempre com enunciados inequívocos”, o que admite a construção imperativa/discrecional do intérprete ao operar no próprio sistema o complemento de termos imprecisos. E aqui destaca-se o ponto principal que queremos colocar, ou seja, em Hart é possível verificar que direito opera “como um sistema aberto e autorreferente”<sup>40</sup>, por consequência, sob o manto do paradoxo operacional de “fechamento e abertura” do sistema.

É justamente a composição da “textura aberta” verificável, somente, nos *hard cases* (casos difíceis), que “certa abertura” do sistema jurídico se possibilita e se

---

<sup>37</sup> É justamente por esse fato que Hart é colocado como um “apresentante do positivismo jurídico *soft*, ou inclusivo,” postura que diferencia o Direito, em teoria, como fato lógico do Direito como convenção, como facticidade institucional. Ver nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Letramento: Casa do direito, 2020. p. 289.

<sup>38</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 32-33.

<sup>39</sup> HART, H.L.A. **El concepto de derecho**. Tradução de de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.

<sup>40</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 32.

internaliza paradoxalmente, frente, sobretudo, a complexidade de seu ambiente<sup>41</sup>.<sup>42</sup> "Neste sentido, se o futuro, por sua vez, permanece limitado de diagnóstico, tal questão somente permite ser observada pela continuidade paradoxal operativa autodescritiva e deriva estrutural (*structural drift*<sup>43</sup>) do sistema do direito<sup>44</sup>".<sup>45</sup>

Na obra de Hart<sup>46</sup>, por conseguinte, a chamada "regra reconhecimento" que, sem embargo, é o local de justaposição entre fato e norma, permite-se uma releitura/inclusão pelo direito de questões morais, até porque para se descrever certa ordem jurídica, faz-se necessário, como se viu anteriormente, observar faticamente qual é sua regra de reconhecimento.

Destarte, Hart<sup>47</sup>, ao colocar a regra de reconhecimento na praticidade do Direito e abstrair, não obstante, das considerações sintáticas e semânticas do modelo teórico previamente construído, como aquele de Kelsen, busca invisibilizar, no caso, operacionalizar, justamente o paradoxo de abertura e fechamento que autoconstitui o sistema.

Todavia, é justamente em relação à essa "abertura restrita", que seria/será modelada um escopo de um "espaço de discricionariedade dos juízes" visando

---

<sup>41</sup> Dessa maneira, permite-se concluir, inclusive, "que nem o Estado, tampouco a razão, bem como a história, são suficientes à questão do manejo do paradoxo do direito. Por consequência, deve haver teorias que se proponham a tal realização, tanto hoje como no passado. Entretanto, se são descritas como autodescrições, exige-se delas uma inserção ao *modus* do observador de segunda ordem. Devem aprender a pensar nelas próprias como autodescrições de um sistema que descreve a si mesmo. De outro modo, convertem-se em algo anacrônico. Não obstante, aponta-se que "esta é umas das mais significativas realizações da teoria jurídica de Jürgen Habermas, que justamente demonstra o caráter anacrônico de todo recurso à história natural, aos princípios morais ou à razão prática". PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção Sistêmica e Direitos Humanos: o lugar do paradoxo na autodescrição do direito**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 88.

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 538.

<sup>43</sup> "Deriva estrutural" (*structural drift*) é utilizado aqui na terminologia de Maturana. Neste sentido, compreende-se como desenvolvimentos estruturais coordenados. Desse modo, não se pode afirmar que a sociedade se reproduz como soma de seus sistemas funcionais. Decisivo aqui é entender o funcionamento construtivo de sistemas que só podem evoluir conjuntamente." LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 664.

<sup>44</sup> "Essa visão se dá paralelamente à discussão sobre a *futura contingentia*, que se seguiu ao *De interpretatione* de Aristóteles; trata-se aqui da verdade ou falsidade de enunciados sobre acontecimentos contingentes no futuro, que não podem ser decididos no presente, por mais que se tenha de levar em conta o futuro para bem se conduzir no presente". LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 228.

<sup>45</sup> PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção Sistêmica e Direitos Humanos: o lugar do paradoxo na autodescrição do direito**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 88.

<sup>46</sup> HART, H.L.A. **El concepto de derecho**. Tradução de de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.

<sup>47</sup> HART, H.L.A. **El concepto de derecho**. Tradução de de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.

preencher os espaços fendidos, que se constitui o debate que, de certo modo, até hoje se perdura<sup>48</sup>, visto que a premissa de que “o juiz pode criar o direito”, foi e é contestada, em especial, por um outro “campo da autodescrição do direito”<sup>49</sup>, o nomeado por Luhmann<sup>50</sup> “partido dos princípios”, que aqui buscaremos sintetizar a partir de um dos seus principais autores, Ronald Dworkin.

## 2 Ronald Dworkin e o sistema jurídico completável, não lacunoso

Muito embora, já se tenha falado e trabalhado extensamente o debate entre Ronald Dworkin e Herbert Hart, há algo que pensamos não ter sido continuamente explicitado, algo que a observação de segunda ordem operada por meio da metodologia pragmática sistêmica<sup>51</sup> pode talvez descrever. Trata-se, em especial, da relação da teoria jurídica de Dworkin com a questão dos paradoxos e o fechamento operativo do sistema do direito. Portanto, de um “ponto cego” da própria observação teórica realizada.

Nesse sentido, mesmo que em suas atuais obras, como a “Justiça para Ouriços”<sup>52</sup>, Dworkin não destaque mais e “expressamente” a palavra “princípios”, mas, por outro lado, de ênfase naquilo que ele chama “teoria do valor”, proposta sob realce de uma responsabilidade moral em relação à toda atividade social interpretativa, na qual, não obstante, o direito se insere, Dworkin ainda, ao que nos parece, continua a reforçar a tese de uma “resposta certa”<sup>53</sup> em relação à diferentes proposições.

Destarte, não é objetivo do presente artigo aprofundarmos nas questões inerentes a este conceito, contudo, devemos destacar que, no que compete aos objetivos do texto, a teoria da interpretação do direito do autor norte americano não

---

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Letramento: Casa do direito, 2020.

<sup>49</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 703-704.

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 522-523.

<sup>51</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013. ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese. Santa Catarina: **Seqüência**, n. 62, p. 193-222, 2011.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2011.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

pretende propor "certas *práticas* de uma comunidade interpretativa como sendo sempre corretas ou não", mas sim destacar a *forma* pela qual o valor socialmente interpretado a partir de uma atividade, seja jurídica ou não, fornece um possível sentido de verdade, portanto, como prática argumentativa através da interpretação compartilhada.

Dessa maneira, verifica-se que a questão de um "completável", sobretudo, por certa integridade, por consequência, um raciocínio moral como interpretação ("*law as integrity*")<sup>54</sup>, é o cerne, não obstante, da continuidade do pensamento de Dworkin, seja no aspecto moral<sup>55</sup>, ou/e jurídico (disposição jurídica integrada pelo valor). Nesse interim, diz Dworkin:

A teoria do valor restaura a nossa convicção na verdade face a toda a complexidade, controversa e infabilidade. Se os intérpretes admitirem que uma rede complexa de valor define o sucesso no seu empreendimento, então, podem acreditar que esses valores podem ser identificados e mais bem servidos por uma interpretação particular, em qualquer ocasião interpretativa, do que por outras.<sup>56</sup>

Assim, mesmo que destacando atualmente certa "Teoria do valor"<sup>57</sup>, em vez de integridade<sup>58</sup>, princípios<sup>59</sup>, ou responsabilidade moral<sup>60</sup>, o que o autor, talvez, queira continuar a colocar, não obstante, é que qualquer intérprete que busque compreender uma prática social, por exemplo, como o direito, atribui valor para a mesma prática. Dessa maneira, inclusive, formula objetivos ou princípios as quais a mesma prática serve, ou exemplifica. Em outras palavras, qualquer intérprete é

---

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>55</sup> Lyons, neste sentido, expõe certas limitações à moral prevista na perspectiva interpretativa de Dworkin. LYONS, David. Moral Limits of Dworkin's Theory of Law and Legal Interpretation. **Boston University Law Review**, v. 90, p. 595–602, 2010.

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2011. p. 159.

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2011.

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>59</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge Mass, 1988.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2011.

sempre *constrangido* (responsabilizado) em sua interpretação.

Princípios, por conseguinte, não são teleológicos, mas possuem um expressivo caráter deontológico. Por consequência, o "completável interpretativo do sistema do direito" é o que significa levar "os direitos à sério", pois a noção de interpretativismo suscitada proporciona aos intérpretes superar sempre sua unilateralidade, sua subjetividade em relação aos significados. Intui-se, por conseguinte, construir resultados coesos e íntegros. A "unidade de valor" (oriunda de uma responsabilidade interpretativa moral e política, isto é, qual o valor desse valor para comunidade política?<sup>61</sup>, por consequência, só pode ser pensada em um fechamento que se abre à limitações. De fato, reconhece-se que há na interpretação jurídica algo como princípios e diretrizes políticas (*policies*).

De acordo com Rocha<sup>62</sup>, princípio, para Dworkin, "é um tipo de regra cuja observação é um requisito de justiça ou equidade, já as diretrizes se referem ao bem comum da comunidade". Assim, em Dworkin, princípios e diretrizes fazem parte do sistema jurídico, "daí poder-se-ia inferir que o sistema é completo (completável), não lacunoso, e igualmente que os juízes têm o dever de recorrer aos princípios para justificarem suas decisões"<sup>63</sup>.

Portanto, a releitura moral que Dworkin realiza serve intrinsecamente, como autodescrição (uma operação disposta ao interno e ao externo<sup>64</sup>), sublinhe-se, para o preenchimento limitativo (não discricionário) do sistema jurídico. O direito como integridade, neste sentido, é um direito autônomo e fechado, mesmo que haja certa complementariedade em relação à moral. Dessa forma, uma "releitura" do próprio sistema do direito com intuito de ocultar os mesmos paradoxos da auto-observação, quais sejam, "o sistema fechado por isso aberto", assim como "o direito que tem que dizer o que o direito é". Em outras palavras "A distinção entre sistema/ambiente é

<sup>61</sup> "[...] as interpretações diferentes que parecem contradizer-se mutuamente não o fazem realmente, porque tem de ser julgadas segundo padrões diferentes". DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2011. p. 152.

<sup>62</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013. p. 34.

<sup>63</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 35.

<sup>64</sup> Neste sentido, Luhmann: "A autopoiese ocorre ou não ocorre - assim como um sistema biológico vive ou não vive. A autodescrição, ao contrário, é um processo capaz de articular e modificar a si mesmo, desenvolvendo uma semântica que permite ao sistema operar". LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr e Dirk Barcker. California: Stanford University, 1995. p. 299.

assumida como diferença inicial, que organiza toda a elaboração teórica posterior”<sup>65</sup>.

Em resumo, “a boa resposta seria aquela que resolvesse melhor a dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e, ao mesmo tempo, a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade”<sup>66</sup>.

### 3 Fechamento Operacional, Autodescrição e Paradoxos do Sistema do Direito

Para a pragmática sistêmica<sup>67</sup>, as programações do direito necessitam ser construídas como autorreflexão social. Por conseguinte, ao sistema do direito é possibilitado certa dimensão teórica que tem por intuito constituir um sistema que se autodescreve.<sup>68</sup>

Assim, a observação de segunda ordem de que parte a referida metodologia, possibilita, sem embargo, explicitar a forma de operar do sistema jurídico não só tendo em vista suas disposições dogmáticas, mas também e, inclusive, sua configuração de operacionalidade. É por esse fato que a maneira de observação se calca, sobretudo, em aguçar diferenças de formatação e, de fato, necessita distinguir autodescrição de auto-observação.

Na proposta Luhmanniana <sup>69</sup>, por conseguinte, auto-observação faz referência à identificação do sistema na comunicação social, o que resulta na possibilidade de uma “estruturação codificada”, isto é, “direito e não-direito”. Por outro lado, autodescrições verificam-se, em especial, na autorreflexividade da diferença codificada do sistema em seu interior. Dessa maneira, ultrapassa-se a mera *identificação* para construir *identidade*. Exemplos de autodescrições do direito

---

<sup>65</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 39.

<sup>66</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 35.

<sup>67</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013. ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese. Santa Catarina: **Seqüência**, n. 62, p. 193-222, 2011.

<sup>68</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 725.

<sup>69</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 667.

podem ser condessadas na chamada jurisprudência, ou na doutrina, bem como naquilo que nos interessa mormente no artigo, ou seja, "na teoria do direito".

De fato, toca à autodescrição arquitetar um espaço de distinção comunicativa em relação a outros sistemas, de maneira que esta programa-se principalmente com a complexidade do ambiente de diferença.<sup>70</sup>

É neste intuito que pontuamos que a autodescrição permite "uma autorreflexão imaginária do sistema"<sup>71</sup>, o que possibilita, mormente, observar que a operacionalidade autopoietica apenas pode acontecer se investida de uma autodescrição, sobretudo, para invisibilizar seus paradoxos que advêm das próprias operações autológicas do sistema. Portanto, paradoxos que, neste sentido, dizem respeito às delimitações da distinção aplicada de forma reflexa. Paradoxos que refletem as seguintes problemáticas: como é o próprio direito que autodenomina? Como ser fechado e aberto ao mesmo tempo?

Por consequência, a autodescrição admite uma releitura permanente da expansão conceitual do próprio sistema.<sup>72</sup> Destarte, nessa maneira de observação (observação de segunda ordem) a mesma diferença que viabiliza a estruturação ("direito/não direito") também a formata, de modo a surgir a necessidade de uma "pretensa desparadoxização" do sistema para sua não interrupção operacional, pois presente uma justificativa última como necessidade interior. Por consequência, "na operação da autodescrição, é o próprio sistema que deve fazer de si um objeto de pressuposição- e de aceitação"<sup>73</sup>. "O paradoxo permanece ainda que "escondido" como condição da autorreferência do sistema e, portanto, como condição da própria existência deste. Mais ainda o paradoxo é uma condição de desenvolvimentos criativos"<sup>74</sup>.

É assim, por conseguinte, que a autodescrição se vê programada tendo em vista o pressuposto "das presentes contrariedades operativas", ou seja, uma

---

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 194.

<sup>71</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993. p. 86.

<sup>72</sup> LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 498.

<sup>73</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 673.

<sup>74</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 42.

comunicação sempre diversificada. Todavia, mesmo assim, o sistema necessita operacionalizar, desparadoxar essas discussões. De fato, a análise dos conceitos dogmáticos (boa-fé, conceitos e afins) permitem fixamente uma certa transformação contingente, todavia a *identidade* do sistema precisa se conservar.<sup>75</sup>

É desse modo que queremos colocar as teorias de Hart e Dworkin como desenvolvimentos desparadoxais da unidade de fechamento e abertura do sistema jurídico, até porque partindo do raciocínio até aqui desenvolvido, estas só podem ser observadas como autodescrições que se constroem para invisibilizar o paradoxo da autodefinição do direito.

Dworkin com os princípios, integridade e coerência e as *policies*, Hart com a questão da autorreferência e "textura aberta" da prática social jurídica. Apela-se, neste sentido, a uma releitura externa quanto interna, seja moral, seja linguística. Assim, a linha intelectual que desenvolvemos, permite provocar, não obstante, que o sistema atua sob escopo de diferentes auto-observações que procuram realizar a identidade *reflexiva do mesmo no mesmo*, isto é, sua autodescrição.

Ademais, como destaca Luhmann<sup>76</sup>, atualmente o direito proporciona ao menos distintos momentos de autodescrição, de maneira que cada um dos membros desta disputa "suscita-se pelas falhas da outra parte, mas não pelos seus próprios". Assim sendo, desde a "abatida" das autodescrições universalizantes do direito natural, por exemplo, a autodescrição do sistema se depara invariavelmente controversa em relação ao fechamento operacional do direito.

Pontua Luhmann<sup>77</sup>, neste sentido, que "o partido" dos princípios, aqui destacado, sobretudo, por Dworkin, constrói sua autodescrição tendo por embasamento uma explicitação normativa-prescritiva do sistema jurídico, uma vez colocada em evidência e em problemática suas modalidades argumentativas, interpretativas. Dessa forma, existe para estes, como acima destacou-se, algo como uma "resposta correta", princípios racionais fundantes (as convicções constitucionais de uma comunidade política) como indispensáveis ao operacional

---

<sup>75</sup> LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 678.

<sup>76</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 699.

<sup>77</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 670.



do sistema<sup>78</sup>. O sistema se fecha (ou tenta), por assim dizer, completamente e desparadoxalmente em Dworkin<sup>79</sup>.

Já em outro aspecto situa-se, de acordo também com Luhmann<sup>80</sup>, "o partido positivista, que analisa tais asseverações como um simples conduzir ao lado à atenção dos precursores da teoria razão". Para estes, "os partidários dos princípios" não conseguem se armar ante a reação de ausência e dificuldade de concreção autorreferente do sistema por meio dos chamados "princípios". Dessa forma, a alusão construída à praticidade do "direito vigente", em outras palavras, "ao símbolo de validade circulante no próprio sistema fechado"<sup>81</sup>, isto é, a validade, fontes e vigência do direito, ainda parece ser uma saída sustentável<sup>82</sup>.

Portanto, tanto Dworkin como Hart, em que pesem suas diferenças internas, acabam caindo juntos no contexto da desparadoxização do sistema jurídico, isto é, postulam construir uma operação de identidade marcada à autodescrição do sistema e, desse modo, "resolverem" a (in)continuidade da seleção de sentido aos/dos limites operativos do sistema. No fim e ao cabo, ocultar o paradoxo de operações com pretensa descrição interior uma de estilo exterior no sentido de construir certa autocontinuidade operacional. Neste ínterim, quem trabalha na autodescrição, compromete-se, sobretudo, com a autonomia do sistema jurídico.

De fato, por mais que tal observação parecesse lógica ou óbvia, ela destaca algo que, não obstante, não é nítido, tampouco trabalhado (invisibilizado, ocultado), por assim colocar. Em síntese, tal premissa metodológica permite sugerir e contribuir ao longo debate Hart-Dworkin, tendo em vista a observação de que a ininterrupção da autopoiese dos sistemas sociais só pode ser devidamente examinada, inclusive, em um desparadoxar constante dos "paradoxos da auto-observação"<sup>83</sup>, sobretudo,

---

<sup>78</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge Mass, 1988.

<sup>79</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 28.

<sup>80</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 703-704. LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 522-523.

<sup>81</sup> LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 703.

<sup>82</sup> LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

<sup>83</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013.

na autodescrição do sistema.

Sem embargo, é por parte da autodescrição que diferentes comunicações podem se autorreflexionar numa experiência de propor certa "coerência" na seleção de continuidade da auto-observação do sistema. Portanto, sugere-se, que essa abertura e fechamento reflexiva na autodefinição do direito é justamente a posição de um sistema que acolhe atualmente a alta propagação da informação com finalidade de conduzir seus efeitos operacionando reações próprias. Por conseguinte, o paradoxo é algo a ser invariavelmente invisibilizado, que, aqui, verifica-se com as noções atuais das teorias ressaltadas. O paradoxo do direito, portanto, é uma importante diretriz para investigação da história conceitual do sistema.

Destarte, as teorias postas podem prescindir de uma interpretação paradoxal e autorreflexiva (*re-entry*) de seus conceitos (por exemplo, o que distingue princípio e regra em Dworkin, trata-se de um princípio ou uma regra?), mas, justamente em virtude desse dispor, abrem à "observação sociológica" certa exposição operativa com que o sistema do direito arquiteta suas operações e abriga seus paradoxos. De certa maneira, destaca-se que tais teorias não podem levar em conta a desaparadoxização provocada por uma observação de segunda de ordem.

Conseqüentemente, Hart, Dworkin, seus "partidários" e críticos, se estivermos corretos em nossas colocações até aqui realizadas, em que pesem suas diferenças, mostram sua *contingente importância*, sobretudo, porque estão invariavelmente esquadrihando formas de operacionalizar criativamente, em especial, o paradoxo do fechamento e abertura do sistema jurídico. Comprometem-se, neste sentido, para a manutenção, autonomia e limitação do sistema do direito, bem como suas programações, frente a complexidade social cada vez mais aguda. Os paradoxos, neste sentido de observação, só podem, portanto, continuar a acentuar a observação e se deixar potencializar na autodescrição do sistema.

Por fim, queremos ressaltar aquilo que Kelsen já se referiu na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*<sup>84</sup> e que aqui se revela importante destacar, isto é, que a

---

<sup>84</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

autonomia autodescritiva do direito não pode ser compreendida com arbitrariedade. Dessa maneira, as operações do sistema sempre se encontram abarcadas a uma disposição social que submete o sistema a uma responsabilidade social e, conseqüentemente, a promover atualizações da semântica social explicitando sua tentativa de autodescrição como teorias fundantes, sobretudo, ao lidar com os desdobramentos seletivos dos paradoxos da reprodução dos sistemas.

## Conclusão

O que se pretendeu/pretende com o referido artigo é uma observação de segunda ordem no estilo da pragmática sistêmica<sup>85</sup> das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin. De fato, uma observação de observadores, que aqui denominou-se, observação de segunda ordem. Dessa maneira, a análise da criatividade de ocultação dos paradoxos pôde constituir um escopo fundamental de autodescrição, até porque o desdobramento dos "paradoxos da auto-observação" como diz Rocha<sup>86</sup>, ou mesmo Teubner<sup>87</sup>, trata-se de um dos ganhos fundamentais da teoria pragmática-sistêmica desde o último Luhmann<sup>88</sup>. Em síntese, tentou-se colocar tais teorias sob a operacionalidade do paradoxo de fechamento e abertura do sistema jurídico.

Desde Kurt Gödel<sup>89</sup>, como já dissemos, faz-se possível descrever que sistemas que operam em dimensões lógicas são incapazes de se autodefinirem sem

---

<sup>85</sup> ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese. Santa Catarina: **Seqüência**, n. 62, p. 193-222, 2011. ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013.

<sup>86</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013.

<sup>87</sup> TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. TEUBNER, Gunther. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law. **Law e Society Review**, 1989. Disponível em: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_ma\\_9533.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_9533.pdf). Acesso em: 01 ago. 2021. TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

<sup>88</sup> LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006. LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

<sup>89</sup> GÖDEL, Kurt. **On Formally Undecidable Propositions of Principia Mathematicon and Related Systems**. Dover Publications; Edição: New edition, 1992. Disponível em:

contradições. Desse modo que o questionamento que separa e pergunta pela "unidade da diferença do sistema observado", ou seja, que descreve a observação observada, depara-se sempre com um paradoxo intrínseco, de maneira a permitir observar que a estrutura codificada de identificação "direito-não direito" ressalta um comprometimento de autodescrição. Resulta, nesse sentido, o acondicionamento no qual os sistemas sociais autopoieticos tem de sempre se planejar a par daquilo que devem/podem invisibilizar.

Neste interim, para as teorias jurídicas que se comprometam com a autonomia do sistema é precípua a permanência da distinção entre direito e não-direito, o que pressupõe, inclusive, um "espaço cego", ou seja, a elas não se possibilita observar a diferença realizada nela mesma (*re-entry*), posto que assim redundaria em paradoxos que paralisariam a autodescrição. Eis aqui, talvez, a importância de observar esses "pontos cegos". Em outras palavras, colocar-se como observante das autodescrições e paradoxos da auto-observação e, mormente, verificar formas inventivas de desdobramento dos paradoxos a partir do escopo teórico do sistema.

Destarte, é neste sentido o lugar autodescritivo que colocamos no presente trabalho as teorias de Ronald Dworkin e Herbert Hart. Formas, neste caso, especialíssimas de desdobramento dos paradoxos fundamentais do direito direcionadas, sobretudo, à questão do fechamento operacional e abertura do referido sistema, por conseguinte, à autonomia e limites do direito.

Assim é que para atingirmos o objetivo do presente artigo no primeiro capítulo colocamos os fundamentos teóricos da teoria de Hart sob o escopo de uma observação autodescritiva que prevê certa autorreferência e abertura discricionária às programações do sistema do direito. Por outro lado, no segundo capítulo, verificou-se as disposições de Dworkin no intuito de propor ainda mais um completável que procura criticar a ótica da discricionariedade judicial. Este é, não obstante, o significado de levar à sério o direito.

Por conseguinte, já no terceiro capítulo, ao nos propormos descrever a

funcionalidade e a operacionalidade do paradoxo na autodescrição do sistema do direito como algo a ser propositalmente ocultado, colocou-se tais premissas teóricas como exemplos programados e importantes desses desdobramento paradoxal, em especial, visto a autorreflexão sobre a autonomia e limites do sistema jurídico. Em síntese, pretendeu-se, sobretudo, indicar que o sistema tem de operar construtivamente latências. Eis a necessidade novamente e, sem embargo, de uma observação sociológica dos paradoxos.

Reafirma-se, nesse sentido, que sistemas sociais autopoieticos como o direito selecionam e sistematizam o sentido na comunicação social, de maneira que ao se auto-observarem (aplicar sua distinção em si próprios), realizam, em especial, programações e operações autodescritivas desparadoxais.

Assim, nessa espécie de "observação sociológica" da metodologia pragmática sistêmica, prescindimos, inclusive, de apontamentos "recomendativos" de aplicação de uma teoria ou outra, para destacar, sobretudo, que os autores que trabalham as perspectivas do fechamento e abertura paradoxal do sistema do direito, encontram-se de forma obstinada no suportar contingente e no operacionalizar criador do paradoxo do sistema jurídico. Ademais, estas colocações também possibilitam explicitar uma nítida procura importante por "certa adaptação histórica" do sistema à contemporaneidade da semântica complexa da sociedade presente.

Portanto, em que pese haver diversos textos que promovam a releitura do famoso debate entre Hart e Dworkin, a metodologia que aqui adotamos, possibilita-nos finalizar esta pesquisa destacando algo que talvez passe por "ponto cego", isto é, em resumo, que as concepções de Hart e Dworkin e, ousamos dizer, suas atualizações e críticas, permitem-se também se descreverem como autorreflexões contemporâneas que buscam estampar uma "identidade teórica jurídica" aos sistemas sociais. Dessa maneira, explicitam seus comprometimentos na formação de uma destacável operação autodescritiva que visa, aos seus modos, desdobrar os paradoxos da auto-observação do sistema do direito e permitir a continuidade do sistema jurídico frente à complexidade social.

Por fim, essas orientações também sugerem explicitar que o sistema jurídico ao continuar suas operações, mesmo de forma controvertida, coloca sempre em destaque que sua "autonomia autodescritiva", pelo menos na atualidade da

comunicação social, pressupõe uma pertinente orientação à certo percalço que direciona o sistema a se conter à responsabilidades operacionais e, dessa maneira, à sempre atualização da semântica da sociedade, assim como a sua experiência de autodescrição na busca de seus espaços imaginários desparadoxais.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. **O uso dos Corpos**: homo sacer. São Paulo: Boitempo, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge Mass, 1988.

EILENBERGER, Wolfram. **Tempos de Mágicos**: a Grande Década da Filosofia - 1919-1929. São Paulo: Todavia, 2019.

GÖDEL, Kurt. **On Formally Undecidable Propositions of Principia Mathematica and Related Systems**. Dover Publications; Edição: New edition, 1992. Disponível em: [https://monoskop.org/images/9/93/Kurt\\_G%C3%B6del\\_On\\_Formally\\_Undecidable\\_Propositions\\_of\\_Principia\\_Mathematica\\_and\\_Related\\_Systems\\_1992.pdf](https://monoskop.org/images/9/93/Kurt_G%C3%B6del_On_Formally_Undecidable_Propositions_of_Principia_Mathematica_and_Related_Systems_1992.pdf). Acesso em: 13 jul. 2021.

HART, H.L.A. **El concepto de derecho**. Tradução de de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977. Disponível em: <https://sosunnedr.ch.files.wordpress.com/2013/08/hart-herbert-el-concepto-de-derecho.docx>. Acesso em: 04 jul. 2021.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia de Sá Cavalcante Schuback. Vozes, 2005. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/ser-e-tempo-parte-i.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021.

HUSSERL, Edmund. **O Mundo Da Atitude Natural**: Eu e o Meu Mundo Circundante, 2019. Disponível em: [https://www.academia.edu/38328363/O\\_Mundo\\_Da\\_Atitude\\_Natural\\_Eu\\_e\\_o\\_Meu\\_Mundo\\_Circundante\\_de\\_Edmund\\_Husserl](https://www.academia.edu/38328363/O_Mundo_Da_Atitude_Natural_Eu_e_o_Meu_Mundo_Circundante_de_Edmund_Husserl). Acesso em: 30 jun. 2021.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de J. Rodrigues de Meringe. Acrópolis, 2008. Disponível em:

<https://www.marxists.org/portugues/kant/1781/mes/pura.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr e Dirk Barcker. California: Stanford University, 1995.

LYONS, David. Moral Limits of Dworkin's Theory of Law and Legal Interpretation. **Boston University Law Review**, v. 90, p. 595–602, 2010. Disponível em: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/lyons.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021.

PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção Sistêmica e Direitos Humanos: o lugar do paradoxo na autodescrição do direito**. Curitiba: Juruá, 2018.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Unijuí, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese. Santa Catarina: **Seqüência**, n. 62, p. 193-222, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p193/18578>. Acesso em: 12 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Letramento: Casa do direito, 2020.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law. **Law e Society Review**, 1989. Disponível em: [http://www.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/amh\\_ma\\_9533.pdf](http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_9533.pdf). Acesso em: 01 ago. 2021.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Disponível em: [https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/170846/mod\\_resource/content/1/investigac3a7c3b5es-filosoc3b3ficas.pdf](https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/170846/mod_resource/content/1/investigac3a7c3b5es-filosoc3b3ficas.pdf). Acesso em: 11 jul. 2021.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractus logico-philosofico**. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/tractatus-logico-philosophicus.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.



## 5. A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO NORMATIVISTA KELSENIANO NA DECISÃO JUDICIAL: COMO AINDA ESTAMOS SUJEITOS A UM “ATO DE VONTADE”



<https://doi.org/10.36592/9786554600057-05>

Raul Marques Linhares<sup>1</sup>

### Resumo

A partir da constatação de que, em algumas ocasiões, há uma compreensão equivocada da teoria positivista de Hans Kelsen, assim como do Positivismo Jurídico em geral (por vezes reduzido à mera “aplicação literal da lei”); e de que tal compreensão equivocada prejudica o exame das influências práticas desse referencial teórico na atividade jurisdicional (especialmente no ato de tomada de decisão), o presente escrito objetiva realizar uma pontual abordagem a respeito do conceito de Positivismo Normativista Kelseniano, em especial à sua concepção de decisão enquanto ato discricionário do intérprete/juiz. Para tanto, inicialmente se realiza uma abordagem bibliográfica, a fim de estabelecer as bases teóricas das categorias relacionadas com o presente escrito, sobretudo com a concepção de Positivismo Jurídico em Hans Kelsen. Realizada essa construção inicial, em um segundo momento, pretende-se avaliar a presença desse pensamento positivista na história recente da prática jurisdicional brasileira, por meio da busca por julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nos quais possam ser identificados padrões decisórios compatíveis com a matriz positivista kelseniana. Palavras-chave: Crítica Hermenêutica do Direito. Discricionariedade. Hans Kelsen. Positivismo Normativista.

### Introdução

A importância de Hans Kelsen (e especialmente da *Teoria Pura do Direito*) para a ciência jurídica é amplamente reconhecida, a ponto de não ser de modo algum exagerado tomar esse autor como um marco de períodos distintos do pensamento jurídico: “antes e depois de Kelsen.”<sup>2</sup> Não por outro motivo, aliás, Luis Alberto Warat

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS/RS, com bolsa CAPES-PROEX. Especialista em Direito Tributário (Estácio/RJ). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Escola de Direito da UNISINOS/RS. Professor de Direito Penal convidado em cursos de pós-graduação. Advogado criminalista.

<sup>2</sup> COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Santa Catarina, v. 3, n. 4, p. 116, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>. Acesso em: 20 jul. 2021.

afirmou que “Kelsen é um nome da história”<sup>3</sup>, e Tércio Sampaio Ferraz Jr. que Kelsen “foi um divisor de águas para toda a teoria jurídica contemporânea.”<sup>4</sup>

Apesar da importância, Kelsen ainda é um autor por vezes mal compreendido (assim como é por vezes mal compreendido o próprio Positivismo Jurídico), fato que dificulta a identificação de suas influências na atividade jurisdicional atual.

Diante disso, o presente escrito objetiva retomar os pontos principais da teoria de Kelsen (de seu Positivismo Normativista), em especial a concepção da atividade decisória do juiz enquanto *ato de vontade* (ato de *política jurídica*), para que se possa, ao final, identificar alguns de seus reflexos na atividade jurisdicional, com exemplos decisórios do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

## 1 Ponto de Partida: o Positivismo Primero

Deve-se ter consciência que, por Positivismo, se está a designar muito mais do que um simples paradigma teórico jurídico (muitas vezes, equivocadamente se identifica com um pensamento exegético). Trata-se propriamente de um pensamento científico fortemente presente no séc. XIX, que buscava sobrepôr a ciência aos demais âmbitos do saber como a moral, a filosofia, a política etc., atribuindo-se à ciência certa capacidade de explicação da totalidade de fenômenos<sup>5</sup>. Haveria, por essa concepção, uma verdadeira identidade entre ciência e conhecimento<sup>6</sup>.

Com a predominância desse pensamento, a repercussão no Direito foi significativa, instituindo-se uma tentativa de identificação da ciência jurídica com as ciências naturais (o método científico, aplicado às ciências naturais, utilizado

---

<sup>3</sup> WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Santa Catarina, v. 3, n. 4, p. 107, 1982. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>4</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Santa Catarina, v. 3, n. 4, p. 133, 1982. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981. p. 21-22.

<sup>6</sup> WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. **Revista Estudos Filosóficos**. Minas Gerais, n. 5, p. 175, 2010. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

também pela ciência jurídica). Isso porque se passou a acreditar que apenas as ciências naturais poderiam ser consideradas verdadeiramente ciência, já que (acreditava-se) isentas de influências de juízos ideológicos<sup>7</sup>.

Seguindo a crença dominante à época, de que as ciências naturais seriam isentas de influências de juízos ideológicos, acreditava-se que o Positivismo poderia oferecer uma construção teórica que isentasse o Direito das preferências morais do julgador, preservando o valor da segurança jurídica e de certeza do Direito.<sup>8</sup>

É a partir dessa crença que se defendia, por exemplo, que a decisão judicial deveria se apresentar como uma fiel reprodução da lei<sup>9</sup>. Na referência a Lenio Luiz Streck, ao se referir ao pensamento dominante dessa época, "O jurista-doutrinador e o juiz devem lidar com o Direito como algo posto, imitando-se o mito do dado."<sup>10</sup>

Essas são as bases informadoras do que se pode designar por Positivismo Primero,<sup>11</sup> ou, ainda, Paleo-juspositivismo<sup>12</sup>, pensamento que compreendia a tarefa do intérprete/juiz como um simples juízo subsuntivo - defendia-se, nesse sentido, a aplicação de métodos lógicos de interpretação, como as conhecidas interpretações gramatical, lógica, teleológica entre outras<sup>13</sup> -, como bem destacado por Lenio Streck: "Acredita-se que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que 'interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém', circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento."<sup>14</sup>

---

<sup>7</sup> HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981. p. 21-22.

<sup>8</sup> BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 20, n. 1, p. 312, 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204>. Acesso em: 6 ago. 2021.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 40.

<sup>10</sup> STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2020. p. 274.

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 15, n. 1, p. 161, 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 6 ago. 2021.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Roma: Editori Laterza, 2007. p. 12; Também em: FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 19.

<sup>13</sup> WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese LTDA, 1979. p. 33 e 46.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista sequência**, Santa Catarina, nº 54, p. 30, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>. Acesso em: 7 ago. 2021.

É justamente no problema metodológico, especificamente na defesa de uma mera atividade subsuntiva quando da aplicação do Direito, que recai parte da crítica de Carlos María Cárcova, quando afirma ser necessário superar essa crença da atividade decisória como juízo de subsunção, tomando-se consciência das novas posturas epistemológicas, a partir do giro-hermenêutico<sup>15</sup>.

Os reflexos desse Positivismo no Direito foi (e ainda é) bastante significativo. Afinal, como afirma Marcelo Campos Galuppo, esse Positivismo clássico é o paradigma científico que mais foi adotado no Direito - e, na opinião do autor, é também o paradigma científico mais inadequado em relação ao Direito<sup>16</sup>.

## 2 O Positivismo Normativista de Kelsen

Uma fase diversa do pensamento jurídico é inaugurada por Hans Kelsen, que rompe com o Positivismo clássico ao oferecer uma construção teórica distinta, conquanto ainda pertencente ao paradigma positivista - fato que denuncia a amplitude do próprio Positivismo, paradigma de diversificadas correntes, e que acompanha o desenvolvimento da ciência jurídica até os dias de hoje.

A grande proposta teórica de Kelsen é apresentada em sua *Teoria Pura do Direito*, que incorpora a si a mesma pretensão do positivismo científico: extirpar do conhecimento científico as influências de ordens morais, políticas etc. Desse modo é que Kelsen concebe a Teoria Pura como uma proposta capaz de constituir um conhecimento dirigido e constituído apenas ao/pelo Direito<sup>17</sup>, fiel à concepção de *pureza metódica*<sup>18</sup> disseminada à época ("princípio da pureza"<sup>19</sup>).

---

<sup>15</sup> MARÍA CÁRCOVA, Carlos. **Las teorías jurídicas post positivistas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A., 2009. p. 168.

<sup>16</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 202, 2005.

<sup>17</sup> Nas suas palavras, em relação à Teoria Pura: "[...] ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1).

<sup>18</sup> WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Santa Catarina, v. 3, n. 4, p. 110, 1982. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>19</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Santa Catarina, v. 3, n. 4, p. 135, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Essa pureza (isenção em relação a influências de juízos valorativos morais, políticos etc.) é localizada por Kelsen no plano da ciência jurídica (das proposições). Assim, Kelsen propôs que o jurista não concebesse o Direito enquanto fato social, ou mesmo enquanto valor transcendental; o Direito deveria ser concebido unicamente enquanto norma<sup>20</sup>. Nas suas palavras: "A Teoria Pura do Direito é a teoria do positivismo jurídico. Não toma em consideração normas emanadas de outra fonte que não seja a autoridade humana, excluindo a sobre-humana."<sup>21</sup>

Nesse panorama, ao se afirmar que o Direito é o objeto da ciência jurídica, está a se afirmar também que as normas jurídicas são o objeto da ciência jurídica, apreendidas apenas juridicamente (na construção de um conhecimento exclusivamente jurídico).<sup>22</sup>

A partir de Kelsen, não se espera do cientista do Direito uma decisão criadora de Direito (criadora da norma específica do caso concreto), estabelecendo um sentido único para a norma. Espera-se que o cientista do Direito não se pautar na crença de que a norma possui uma única interpretação possível - a concepção de uma *interpretação correta* era considerada um *mito* por Kelsen<sup>23</sup>.

O cientista do Direito deveria revelar todos os sentidos possíveis da norma, mesmo que algum sentido específico seja politicamente indesejável, ou que não seja um sentido pretendido pelo legislador. O ponto positivo dessa tarefa é que ela fornece ao legislador material teórico para a e reforma e aperfeiçoamento da legislação. Conforme o próprio autor:

É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de formulação de

---

<sup>20</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Santa Catarina, v. 3, n. 4, p. 135, 1982. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. **Introducción a la Teoría Pura del Derecho**. 3. ed. Peru: Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2002. p. 63.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 79.

<sup>23</sup> Nas suas palavras: "A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação 'correta'." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 396).

normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.<sup>24</sup>

Desse modo, pode-se afirmar que, em Kelsen, a Ciência do Direito se orienta pelo valor da verdade<sup>25</sup>, no plano das proposições, que são verdadeiras ou falsas<sup>26</sup>.

Diferentemente do plano da Ciência do Direito (tarefa do cientista do Direito), apta à produção de proposições verdadeiras e verdadeiramente jurídicas (na terminologia da teoria kelseniana, conhecimento *puro*), a tarefa de aplicação do Direito (atividade decisória) foi considerada pelo autor como tarefa incompatível com o purismo metodológico do Positivismo. Justamente por esse motivo é que se pode afirmar que, em Kelsen, a tarefa do juiz não se pautaria na verdade (critério que baliza a atividade do cientista), mas em outros valores, como a justiça.<sup>27</sup>

Ao idealizar a concepção de estrutura piramidal (que cada norma busca seu critério de validade em uma norma superior a si, cada norma superior mais abrangente do que a norma inferior mais específica, até que se chegue ao topo da pirâmide, com a norma fundamental, uma verdadeira ficção jurídica<sup>28</sup>), Kelsen entende que o juiz, ao decidir, extrai de uma norma superior (mais ou menos delimitada - uma lei ordinária, por exemplo) a norma individualizada do caso concreto. Essa norma superior (que encontra seu fundamento em outra, superior a si) oferece uma delimitação da norma do caso concreto a ser criada pelo juiz; contudo, não a delimita completamente, sempre deixando um espaço de

---

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 396-397.

<sup>25</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 107.

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do Direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 4, p. 6, 2010/2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/561/373>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>27</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 107.

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 224-228.

discricionariedade (consequência da própria diversidade semântica dos signos<sup>29</sup>). Conforme Kelsen: "Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis."<sup>30</sup>

É nesse contexto que Kelsen formula a conhecida metáfora da moldura, ao utilizar à tarefa do juiz/intérprete a analogia com a atividade do pintor: a moldura da tela oferece ao artista um limite para a sua tarefa criativa; dentro da moldura da tela, entretanto, o artista tem plena liberdade para criar. O mesmo raciocínio é aplicado ao juiz: "é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível."<sup>31</sup>

Significa dizer que, para o positivismo kelseniano, toda a atividade criativa do juiz que se mantenha dentro dos limites da "moldura da norma" deve ser considerada legítima, independentemente das razões que conduzem o magistrado a decidir em um ou outro sentido específico - salienta-se: mesmo que seja o juiz movido por sua vontade privada.

A tarefa do decisória do juiz, portanto, pode ser determinada pela concepção pessoal do julgador, já que Kelsen não distingue de forma significativa a atividade do legislador, do juiz, ou da autoridade administrativa.<sup>32</sup> Exatamente por essa razão, diferentemente da atividade do cientista do Direito (que exerceria ato de conhecimento, pautado pelo valor da verdade), a atividade do juiz foi concebida como

---

<sup>29</sup> Exemplo didático desse fenômeno pode ser encontrado na significação da palavra "banco": "1. Assento comprido, para várias pessoas, com ou sem encosto. [...] 3. Bras.Esp. Conjunto dos reservas de um time, que esperam, sentados em um banco (1), ordem para participar do jogo. 4. Elevação do fundo do mar ou de rio que às vezes chega à superfície, perigosa à navegação (banco de areia/ coral/ rocha).; 5. Econ. Instituição financeira que, por meio de uma rede de agências, recebe pagamentos e depósitos em dinheiro, concede empréstimos, faz aplicações etc. [...] 7. Mesa de tampo espesso onde carpinteiros, marceneiros e outros artífices assentam e fixam as peças em que trabalham. (BANCO. In: CALDAS AULETE. Brasil: Lexikon Editora Digital Ltda. Disponível em: <https://www.aulete.com.br/banco>. Acesso em: 8 ago. 2021).

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 389.

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 390.

<sup>32</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 107.

mero ato de vontade (política jurídica).<sup>33</sup>

### 3 A Abertura de Kelsen à Discricionariedade

A naturalização da influência de juízos diversos na atividade decisória do juiz é presente de maneira expressa na obra de Kelsen. Nas suas palavras:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas da Moral, normas da Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.<sup>34</sup>

Existe, portanto, um elemento que é crucial para que se compreenda adequadamente a proposta teórica de Kelsen - elemento esse que é compartilhado, por exemplo, pela Escola do Direito Livre, pela Jurisprudência dos Interesses, entre outros -, qual seja a afirmação de que sempre existe um espaço a ser preenchido pela discricionariedade/vontade do juiz no momento da decisão.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Sintetizando essa sistemática aqui apresentada, de maneira direta e didática, veja-se as palavras de Lenio Streck, culminando em crítica crucial ao final: "[...] no contexto do normativismo kelseniano os critérios para aferição da validade do direito eram dados apenas por uma conformação formal da norma inferior com a norma superior. Isso no âmbito da ciência do direito, é claro. Já o conteúdo deste processo, vale dizer, a interpretação efetuada pelos órgãos jurídicos, passava ao longe das preocupações kelsenianas. Para tanto, basta lembrar que, no capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen relega os problemas da interpretação do direito para o âmbito da vontade, admitindo, inclusive, sua incontrolabilidade, quando afirma o conceito de 'moldura (ou quadro) normativa(o)'. Ou seja, Kelsen era um pessimista em relação à atividade aplicativa do direito (decisão judicial)." (STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do Direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 4, p. 1, 2010/2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/561/373>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>34</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48.



Enquanto o Positivismo exegético acreditava na *verdade científica* do sentido único da norma, Kelsen considerava tal *verdade* um mero juízo político (quer dizer: uma escolha do intérprete dentre as variadas possibilidades semânticas da norma): “Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão-somente um juízo de valor político.”<sup>36</sup>

Percebe-se que a preocupação de Kelsen era não permitir que a ciência do Direito fosse utilizada para a manifestação de opiniões pessoais ou de tendências ideológicas<sup>37</sup>. Justamente por esse motivo Lenio Streck adverte que as atenções de Kelsen foram direcionadas à ciência do Direito, e não à aplicação do Direito<sup>38</sup>. Em relação a essa última, Kelsen sucumbiu à discricionariedade, o que considerou algo incontornável.

Enquanto a neutralidade é um dos elementos da construção teórica de Kelsen, o é apenas quando relacionada à Ciência do Direito (ou seja, a uma construção de postulados teóricos, material de exame do cientista do Direito). Diferentemente, essa pretendida neutralidade passava longe (porque não era preocupação do autor) da tarefa jurisdicional (da aplicação do Direito).<sup>39</sup>

#### **4 Sobre os Problemas Práticos: Voluntarismo, Discricionariedade Judicial e Insegurança Jurídica**

Essa compreensão da proposta teórica de Kelsen evidencia que não é possível se identificar o Positivismo (genericamente) com a garantia de segurança jurídica, ou com *reprodução do sentido literal da lei*. Especialmente em Kelsen, o Positivismo é a antítese dessa segurança, na medida em que assume como inevitável (e

---

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 396.

<sup>37</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 107.

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do Direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 4, p. 2, 2010/2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/561/373>. Acesso em: 20 jul. 2021.

<sup>39</sup> A esse respeito, ver: COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Santa Catarina, v. 3, n. 4, p. 116-132, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>. Acesso em: 20 jul. 2021.

naturaliza) a discricionariedade judicial - o que permite que se fale em *livre convencimento (motivado)*, ou que se faça afirmações como "sentença vem de *sentire*".

Isso porque é o *sentimento* do intérprete que ocupa o espaço deixado pela norma, decorrente da imprecisão semântica referida por Kelsen. A tarefa interpretativa possui, então, como ponto de partida os sabores do juiz.<sup>40</sup>

A naturalização dessa relação é o que faz com que se admita que um ministro do Supremo Tribunal Federal afirme, durante voto proferido em caso de repercussão nacional (julgamento de *habeas corpus* para declaração de suspeição do ex-juiz Sérgio Moro), que "Todos os juízes, como seres humanos vivendo em coletividade, têm um background ideológico, moral e cultural, que os orienta, conscientemente ou não, a tomar essa ou aquela decisão."<sup>41</sup> A essa afirmação sobreveio uma leitura particular do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, afirmando-se que deveria se garantir ao juiz suspeito o direito de defesa, motivo pelo qual denegou a ordem na ação autônoma (afinal, sendo o *habeas corpus* uma ação de cognição sumária, não seria possível se estabelecer o contraditório). Ou seja: o Garantismo, teoria de defesa dos direitos fundamentais - e, no Processo Penal, especialmente do réu, foi utilizado para restringir garantias do réu, em uma leitura da teoria que se fundamenta não na própria teoria, mas na vontade privada do intérprete.

Trata-se de uma postura que promove a leitura de referenciais não do modo como inseridos no plano teórico, mas a partir das (e sujeito às) convicções particulares do intérprete (ignorando, ou ao menos prescindindo, de um elemento fundamental da tarefa interpretativa: a tradição<sup>42</sup>). Justamente a essa postura, Ronald Dworkin direciona parte de sua crítica:

---

<sup>40</sup> Ilustrativo dessa racionalidade é o seguinte trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se evoca o *sentimento de justiça* como parâmetro avaliativo da (in)existência de omissão de decisão: "Não há se falar em omissão no acórdão recorrido e muito menos violação aos arts. 165, 458 e 535, do CPC, se o Tribunal a quo, julgando, integralmente, a causa, deu aos dispositivos de regência, a interpretação que melhor expressava o sentimento de justiça". (STJ, REsp 192.416/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/1999, DJ 16/11/1999, p. 236).

<sup>41</sup> STF, HC 164493, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 02-06-2021 PUBLIC 04-06-2021.

<sup>42</sup> Por todos, em prol da superação de uma postura solipsista: "Sem essa dicotomia sujeito-objeto e superados os dualismos próprios da tradição metafísica clássica, o intérprete, ao interpretar, somente o faz ou pode fazê-lo a partir dos pré-juízos (pré-conceitos) oriundos da tradição, na qual está jogado.

[...] quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral. Se não o fizer - se seu limiar de adequação derivar totalmente de suas concepções de justiça e a elas for ajustável, de tal modo que essas concepções ofereçam automaticamente uma interpretação aceitável -, não poderá dizer de boa-fé que está interpretando a prática jurídica. Como o romancista em cadeia, cujos juízos sobre a adequação se ajustavam automaticamente a suas opiniões literárias mais profundas, estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio.<sup>43</sup>

Exemplo igualmente interessante - e de reflexos práticos significativos - é o da definição da natureza jurídica do crime de *estelionato previdenciário*, em relação ao seu momento consumativo (se crime instantâneo, permanente ou instantâneo de efeitos permanentes). O reflexo prático dessa definição é evidente, já que pode facilitar ou dificultar (a depender da concepção que se adote) a ocorrência da prescrição do crime, especialmente por ser um crime que comumente é descoberto depois de longo período após a prática da fraude.

No Supremo Tribunal Federal, é possível se encontrar julgado afirmando se tratar o *estelionato previdenciário* de crime permanente (ou seja, que o delito não se consuma completamente com a realização do tipo, mas que segue se consumando pela vontade do agente, fazendo subsistir a situação antijurídica<sup>44</sup> - "a violação ao bem jurídico protegido se perpetua no tempo até que o autor interrompa tal situação"<sup>45</sup>). Nesse sentido, tanto em relação ao beneficiário da vantagem ilícita, quanto em relação ao terceiro que apenas auxilia na consecução do benefício, se estaria diante de crime permanente, motivo pelo qual o prazo prescricional teria início

---

Não há mais um sujeito (intérprete) isolado, contemplando o mundo e definindo-o segundo seu *cogito*. Há, sim, uma comunidade de sujeitos em interação." (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 230-231).

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 305-306.

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 329.

<sup>45</sup> HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal**. Parte Geral. Tradução de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 53.

somente após a cessação dos benefícios (o que, de regra, ocorre com a descoberta do ilícito)<sup>46</sup>.

Em sentido absolutamente oposto, também se encontram decisões da Suprema Corte afirmando se estar diante de crime instantâneo de efeitos permanentes<sup>47</sup>, seja em relação ao agente beneficiário da vantagem, seja em relação ao agente que auxilia apenas em sua consecução, em ato pontual de fraude.<sup>48</sup> Ou seja, descoberto o crime anos após o início do recebimento fraudulento de benefício previdenciário, mesmo que o agente estivesse ainda recebendo o benefício quando da descoberta, será considerado como marco inicial da contagem do prazo prescricional aquela do início do recebimento do benefício (não importa quantos anos tenham já se passado até a descoberta do fato)<sup>49</sup>.

Para além dos dois posicionamentos acima expostos, encontra-se ainda uma terceira via decisória, promovendo-se a distinção de natureza do delito a depender do sujeito ativo: em relação ao terceiro que exclusivamente auxilia na consecução do benefício previdenciário, estar-se-ia diante de crime instantâneo de efeitos permanentes; em relação ao agente beneficiário do benefício, tratar-se-ia de crime

---

<sup>46</sup> Veja-se a ementa do julgado: "HABEAS CORPUS. 2. Estelionato. Fraude na percepção de benefício previdenciário. 3. Crime permanente. Contagem de lapso prescricional a partir da cessação da permanência. 4. Prescrição retroativa não configurada. 5. Habeas corpus indeferido." (STF, HC 83252, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/10/2003, DJ 14-11-2003 PP-00035).

<sup>47</sup> Também chamado de *delito de estado*: "[...] aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, perche el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento [...]" (MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 10. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016. p. 232).

<sup>48</sup> Veja-se a ementa de julgado: "HABEAS CORPUS. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. Segundo precedentes recentes do Supremo Tribunal Federal, o chamado estelionato previdenciário (CP, art. 171, § 3º) é crime instantâneo de efeitos permanentes. Por conseguinte, a sua consumação se opera com o recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se, daí, o prazo prescricional (HC 99.363, rel. p/ o acórdão min. Cezar Peluso, DJe de 19.02.2010). (...) Ordem concedida, para declarar extinta a punibilidade da paciente, pela ocorrência da prescrição, considerada a pena em concreto." (STF, HC 103407, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010).

<sup>49</sup> No mesmo sentido: STF, HC 99363, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010; STF, HC 82965, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008; STF, HC 85601, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007; STF, HC 90684, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/08/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007.

permanente.<sup>50</sup> Nesse caso, a contagem do prazo prescricional é diversa em relação a cada um dos agentes, dificilmente se verificando a prescrição em relação ao agente beneficiário (já que apenas se consideraria consumado o crime quando cessado o recebimento do benefício)<sup>51</sup>.

É interessante notar que, mesmo se encontrando decisões em sentidos diversos na Suprema Corte brasileira<sup>52</sup>, em grande parte desses julgados (dos acima

---

<sup>50</sup> Veja-se a ementa de julgado: "HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. 1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o "crime de estelionato previdenciário, quando praticado pelo próprio beneficiário das prestações, tem caráter permanente, cessando a atividade delitiva apenas com o fim da percepção das prestações" (HC 107.385, Rel. Min. Rosa Weber). 2. No caso, sendo o paciente o próprio beneficiário das prestações, o termo inicial da contagem do prazo de prescrição é a data em que cessada a permanência do delito (art. 111, III, do CP). 3. Inocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição (art. 109, III, c/c o art. 171, § 3º, do CP). 4. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual, cassada a liminar deferida. (STF, HC 99503, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2013 PUBLIC 12-12-2013).

<sup>51</sup> No mesmo sentido: STF, HC 115678, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 26-06-2013 PUBLIC 27-06-2013; STF, HC 112095, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012; STF, HC 107385, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012; STF, RHC 105761, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011; STF, HC 99112, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010.

<sup>52</sup> Situação que se repete no Superior Tribunal de Justiça. Apenas exemplificativamente, a seguinte ementa de julgado reconhecendo a natureza de crime instantâneo de efeitos permanentes ao *estelionato previdenciário*, independentemente do agente (se terceiro que auxilia na consecução, ou se beneficiário: "HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CONTRA O INSS. PERCEPÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA INDEVIDA (ART. 171, § 3º DO CP). CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. DELITO CONSUMADO COM O RECEBIMENTO DA PRIMEIRA PRESTAÇÃO INDEVIDA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE. O chamado estelionato contra a Previdência Social (art. 171, § 3º, do Código Penal), deve ser considerado crime instantâneo de efeitos permanentes, razão pela qual se consuma com o recebimento da primeira prestação do benefício indevido, marco que deve ser observado para a contagem do lapso da prescrição da pretensão punitiva. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade da espécie pela prescrição da pretensão punitiva, tal como decidido em primeiro grau de jurisdição." (STJ, HC 121.336/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009).

Em sentido diverso, promovendo a distinção de natureza em relação ao agente: "CRIMINAL. RESP. ESTELIONATO CONTRA O INSS. CRIME PERMANENTE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO LAPSO PRESCRICIONAL. CESSAÇÃO DO RECEBIMENTO DAS PRESTAÇÕES INDEVIDAS. PRESCRIÇÃO INCORRETAMENTE DECRETADA EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DESPROVIDO. Sendo o objetivo do estelionato a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio, nos casos de prática contra a Previdência Social, a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma é reiterada, mês a mês, enquanto não há a descoberta da aplicação do ardid, artifício ou meio fraudulento. Tratando-se, portanto, de crime permanente, inicia-se a contagem para o prazo prescricional com a supressão do recebimento do benefício indevido e, não, do recebimento da primeira parcela da prestação previdenciária, como entendeu a decisão que rejeitou a denúncia. Recurso conhecido e desprovido, nos termos do voto do relator." (STJ, REsp 1206105/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 22/08/2012).

referidos) é feita referência à *jurisprudência da Corte*.<sup>53</sup> Ou seja, é esse um critério utilizado para defender concepções conflitantes, para se representar uma uniformidade de entendimento - mesmo que posicionamentos opostos sejam facilmente encontrados. Em termos dworkinianos, estar-se-ia contando, ao mesmo tempo, versões opostas de um romance, versão absolutamente diversa da sua concepção de "romance em cadeia"<sup>54</sup>.

Se existem (como demonstrado acima) entendimentos absolutamente diversos no mesmo tribunal, e se, para a adoção de um ou outro entendimento, se faz referência à *jurisprudência da Corte* (ignorando-se o entendimento diverso daquele adotado), significa que a decisão por um ou outro sentido foi tomada previamente à (e independentemente da) *jurisprudência da Corte*, em uma prática voluntarista que recebe a precisa crítica de Lenio Streck:

A discricionariedade que combato é a do *sub-jectum*, que *dis-põe* dos sentidos do direito, circunstância que a aproxima das teses pragmatistas em geral, em que o caso concreto-decidendo é transformado em álibi para voluntarismos, a partir de um 'grau zero de significado'.<sup>55</sup>

Por essa razão, é plenamente possível se afirmar a presença do Positivismo na prática judicial brasileira, não necessariamente aquele Positivismo embrionário, mas o Positivismo inaugurado por Kelsen, que se rende à discricionariedade judicial

---

<sup>53</sup> Veja-se o seguinte trecho de voto do ano de 2010: "A argumentação do impetrante está em sintonia com precedentes recentes do Supremo Tribunal Federal, segundo os quais o chamado estelionato previdenciário (CP, art. 171, § 3º) é crime instantâneo de efeitos permanentes. Por conseguinte, a sua consumação se opera com o recebimento da primeira prestação do benefício indevido, contando-se, daí, o prazo prescricional." (STF, HC 103407, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010).

Em sentido diverso, reconhecendo a natureza de crime instantâneo de efeitos permanentes apenas ao terceiro não beneficiário, mas também fazendo referência ao entendimento assentado na Corte, no ano de 2012: "Este Supremo Tribunal Federal assentou que o crime de estelionato previdenciário praticado por terceiro não beneficiário tem natureza de crime instantâneo de efeitos permanentes, e, por isso, o prazo prescricional começa a fluir da percepção da primeira parcela." (STF, HC 112095, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012).

<sup>54</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275-286.

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 461.

como algo insuperável, e que deixa à mostra a atual (e, ao mesmo tempo, antiga) necessidade de uma teoria da decisão - ponto de destaque da Crítica Hermenêutica do Direito<sup>56</sup>.

## Conclusão

A errônea redução do Positivismo Jurídico à *reprodução literal da lei*, além de uma impropriedade, dificulta que se identifique manifestações positivistas na prática jurídica dos tempos atuais. É preciso que se compreenda que existe uma diversidade de posturas positivistas, do que é exemplo privilegiado o Positivismo Normativista de Kelsen.

Uma característica destacada desse Positivismo (compartilhada com diversos outros) é a afirmação da discricionariedade como uma manifestação natural da tarefa decisória (inafastável, inclusive). Desse modo, ao se fazer referência à imprecisão semântica dos signos, se admite o preenchimento de sentido por juízos de diversas ordens, inclusive pela vontade privada do intérprete/juiz, introduzindo-se na prática decisória a discricionariedade, o voluntarismo, o solipsismo etc.

Nesses termos é que se pode identificar as influências de Kelsen na prática jurisdicional moderna, algo que deve ser primeiro compreendido, para que se possa, então, combater, com a construção de critérios decisórios capazes de afastar essa naturalização das decisões fundadas na vontade do intérprete. Afinal, “[...] o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja.”<sup>57</sup>

## Referências

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 20, n. 1, p. 307-327, 2015. Disponível em:

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 454 e seg.

<sup>57</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha própria consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 25.

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7204>. Acesso em: 6 ago. 2021.

COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Santa Catarina, v. 3, n. 4, p. 116-132, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>. Acesso em: 20 jul. 2021.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto. Roma: Editori Laterza, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Santa Catarina, v. 3, n. 4, p. 133-138, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>. Acesso em: 20 jul. 2021.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 195-206, 2005.

HERNÁNDEZ GIL, Antonio. **Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica**. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1981.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. **Direito Penal**. Parte Geral. Tradução de Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

KELSEN, Hans. **Introducción a la Teoría Pura del Derecho**. 3. ed. Peru: Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARÍA CÁRCOVA, Carlos. **Las teorías jurídicas post positivistas**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A., 2009.



MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. 10. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. A interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (*Eigenschaften*) solipsistas do Direito. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 4, p. 1-32, 2010/2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/561/373>. Acesso em: 20 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 6 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, Santa Catarina, nº 54, p. 29-46, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15066>. Acesso em: 7 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha própria consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. **Sequência**: estudos jurídicos e políticos, Santa Catarina, v. 3, n. 4, p. 107-115, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>. Acesso em: 20 jul. 2021.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WU, Roberto. Heidegger e o neokantismo de Windelband e Rickert. **Revista Estudos Filosóficos**, Minas Gerais, n. 5, p. 174-186, 2010. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art13-rev5.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2021.

### Referências de Julgados

STF, HC 103407, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010, DJe-173 DIVULG 16-09-2010 PUBLIC 17-09-2010.

STF, HC 107385, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 29-03-2012 PUBLIC 30-03-2012.

STF, HC 112095, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2012 PUBLIC 08-11-2012.

STF, HC 115678, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 26-06-2013 PUBLIC 27-06-2013.

STF, HC 164493, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 02-06-2021 PUBLIC 04-06-2021.

STF, HC 82965, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008.

STF, HC 83252, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/10/2003, DJ 14-11-2003 PP-00035.

STF, HC 85601, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 06/11/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007.

STF, HC 90684, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/08/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007.

STF, HC 99112, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010.

STF, HC 99363, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010.

STF, HC 99503, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2013 PUBLIC 12-12-2013.

STF, RHC 105761, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011.

STJ, HC 121.336/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 30/03/2009.

STJ, REsp 1206105/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 22/08/2012.

STJ, REsp 192.416/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/1999, DJ 16/11/1999.



## 6. DIREITO E REGRAS DO JOGO: UMA ANÁLISE A PARTIR DE HERBERT L. A. HART E LENIO STRECK



<https://doi.org/10.36592/9786554600057-06>

Thales Borges Delapieve<sup>1</sup>

### Resumo

O presente estudo tem por objetivo analisar a proposta de que o Direito seja visto a partir de uma analogia com as regras de um jogo. Para tanto, se vale da proposta formulada originalmente por Herbert L. A. Hart em sua obra o "O Conceito de Direito", acerca de como a regra de reconhecimento de um sistema jurídico, por ele estabelecida na obra, opera tal qual as regras de um jogo competitivo como, por exemplo, o críquete, conforme proposto pelo autor, originalmente. A partir dessa premissa, analisamos a sua transposição para o futebol formulada por Lenio Streck em alguns de seus textos, adicionando a esta proposição, aportes de sua obra na formulação da Crítica Hermenêutica do Direito, verificando a possibilidade de que seja o Direito visto como regras de um jogo, também, sob a perspectiva da CHD, onde inexistente espaço para a discricionariedade do positivismo soft de Hart, sendo estabelecida a existência de uma resposta adequada à Constituição, além de destacar outros conceitos importantes da CHD. A presente investigação se encontra amparada no método hermenêutico-fenomenológico, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

Palavras-chave: Direito. Regras do Jogo. Positivismo. Hart. Crítica Hermenêutica do Direito. Lenio Streck.

### Introdução

Com efeito, é recorrente o uso de analogias entre o Direito e as regras de um jogo, muitas vezes feitas de uma maneira leviana, simplesmente referindo que o "jogo jurídico" deve ser compreendido a partir de teses *behavioristas*, como a observação do comportamento dos juízes. Há quem chegue a sugerir que os juízes são como jogadores de beisebol cujas jogadas devem ser observadas para que seus movimentos possam ser previstos, no futuro, quando situações similares se apresentam, precendo-se como será efetuado o julgamento por aquele juiz.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela FMP. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Pós-graduado, *lato sensu*, pela Escola Superior da Magistratura do RS. Especialista em processo civil pela PUCRS. E-mail: thales.delapieve@terra.com.br

No entanto encarar o Direito como um simples jogo de observação em que os "movimentos" do juiz estão sob análise constante para que se possa saber como ele irá agir em futuros julgamentos, mostra-se uma visão reducionista da complexidade do que é o Direito. Afinal, podemos estabelecer aprioristicamente, que o Direito não é o jogo do juiz.

Assim, o presente trabalho tem por escopo analisar a ideia de que o Direito pode ser equiparado as regras de um jogo, porém valendo-se de um rigor epistemológico capaz de fazer com que o jogo em questão não seja simplesmente o jogo determinado pelo juiz que preside o caso, mas um jogo que pode ser reconhecido por todos os agentes envolvidos nele, com regras claras e válidas para todos os seus participantes.

Para realizar esta análise, o presente trabalho irá se valer, em sua primeira parte, da proposta formulada por Herbert L. A. Hart, a partir de uma perspectiva positivista do Direito, da possibilidade de equiparação de um sistema jurídico a um jogo recreativo, mediante a formulação de sua regra de reconhecimento, conforme delineado pelo autor em sua obra "O Conceito de Direito".

Na segunda parte, verificaremos a possibilidade de adaptação da proposta formulada por Hart de que o sistema jurídico é equiparável as regras de um jogo, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, criada pelo professor Lenio Luiz Streck, analisando a viabilidade da adaptação das metáforas propostas por Hart em sua obra, pensada na Inglaterra do começo do Século XX, à nossa realidade brasileira contemporânea.

Feitas essas considerações introdutórias, passaremos diretamente à análise das propostas formuladas por Hart em sua obra e de que forma este reconhece a possibilidade de comparação do Direito com as regras de um jogo.

## **1 O Direito como Regras do Jogo em Herbert L. A. Hart**

Primeiramente, para adequada compreensão da proposta aqui estabelecida, faz-se necessário entender o contexto no qual Herbert L. A. Hart estava inserido. O autor em questão foi o primeiro grande positivista pós-kelseniano, o que resta

evidenciado pela separação que promove entre Direito e Moral em suas teses, bem como no que se refere à sua tese acerca da questão da discricionariedade<sup>2</sup>.

Com efeito, o interesse de Hart, encontrava-se em investigar o Direito como uma instituição linguística e social, razão pela qual este autor considera o Direito como fruto da cultura, sendo delineado pela linguagem, ensejando que a compreensão da linguagem e a forma de sua aplicação, colaboram para o aprofundamento do Direito como uma instituição social<sup>3</sup>.

Hart compreende o Direito como uma realidade normativa complexa, formada por regras primárias e regras secundárias. Assim, entende que definir o Direito estabelecendo o gênero e a diferença específica, não conduz a nenhum resultado útil. Outrossim, este meio tradicional de definição é inapropriado para a efetivação de uma investigação filosófica acerca da natureza de elementos excessivamente generalistas e abstratos. Sendo assim, sua definição só é possível a partir de conceitos tão complexos quanto aqueles que se busca definir<sup>4</sup>.

Com esta premissa, a preocupação de Hart não se encontra na investigação de conceitos, mas sim no estabelecimento de condições que governam o uso das palavras. O questionamento por ele proposto é a compreensão do uso da

---

<sup>2</sup> Neste sentido, cumpre destacar: "Em termos cronológicos e de importância acadêmica, Hart foi o primeiro grande positivista pós-kelseniano. Isto se evidencia nas teses da separação entre Direito e Moral e na tese da discricionariedade, sendo ambas decorrências da tese das fontes sociais. Esta última difere de Kelsen pela nítida conotação mais sociológica e menos idealista da norma fundamental kelseniana. Sendo o Direito identificado por uma prática social complexa (regra de reconhecimento) sua validade não dependeria de sua aceitação moral diante de sua indeterminação semântica de suas regras a um caso específico, teria o juiz discricionariedade para decidir. Estas teses se inter-relacionam estão em consonância com o relativismo moral." (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 178)

<sup>3</sup> Dessa forma, Hart foi diretamente influenciado pelo Giro ontológico-linguístico. Acerca do que vem a ser a virada linguística ou *linguistic turn*, afirma Lenio Streck: "Pode-se afirmar que, no *linguistic turn*, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante). O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que *o que morre é a subjetividade "assujeitadora"*, e não o sujeito da relação de objetos (refira-se que, por vezes, há uma leitura equivocada do giro linguístico, quando se confunde a subjetividade com o sujeito ou, se assim se quiser, confunde-se o sujeito da filosofia da consciência [s-o] com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos). (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.)

<sup>4</sup> RODRIGES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Empiria como Critério de Vigência do Direito: entre Alf Ross e Herbert Hart. **Revista Sequência** (Florianópolis), n. 72, p. 193-216, abr. 2016. p. 196).

terminologia Direito, norma etc.

A partir da análise do modelo simples proposto por Austin, Hart observa a existência de dois tipos de normas jurídicas que possuem naturezas distintas. O primeiro tipo de regra jurídica é aquele que aplica sanções aos seus infratores; o segundo tipo de regra jurídica, permite que o indivíduo celebre contratos, contraia matrimônio etc. Há, ainda, as normas jurídicas que delimitam as funções dos legisladores e dos magistrados. Tão somente, as primeiras regras podem ser entendidas como ordens coercitivas, não podendo a mesma lógica ser aplicada às normas que concedem faculdades ao indivíduo. Desta forma, as normas que conferem faculdades não podem ser incorporadas a ordens coercitivas, como era feito pelo modelo austiniano.

Com base nestas premissas, Hart estabelece que as normas que fixam o que o indivíduo pode ou não fazer, estabelecendo obrigações e exigindo sua obediência, são as normas primárias. Por sua vez, as normas secundárias, são aquelas que concedem faculdades e indicam de que modo se criam, reconhecem, troca, revogam, aplicam e executam as normas primárias<sup>5</sup>.

Com relação às normas secundárias, estas podem ser subdivididas em três categorias: As normas de reconhecimento, responsáveis por especificar as formalidades que uma norma deve reunir para que seja juridicamente válida; as normas de modificação, que determinam de que forma as normas podem ser revogadas ou alteradas e, por fim, as normas de decisão, que estabelecem de que maneira a são aplicadas e executadas as normas jurídicas.

São estas regras de modificação e decisão que transformam o sistema legal e um sistema de natureza autorregulatória. Desta forma, o Direito se caracteriza por criar meios pelos quais o próprio Direito pode ser alterado, aplicado e executado.

De outra parte, a regra de reconhecimento é a responsável por transformar o Direito em um sistema de regras diferenciado e possível de ser amplamente identificável.

Um sistema jurídico é caracterizado por uma regra de reconhecimento e as demais regras que exigem que aqueles que fazem parte do sistema judicial ajam de

---

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 197.



acordo com estas regras e as apliquem. A regra de reconhecimento, por si, é uma regra social. Através de uma investigação dos costumes e das práticas de seus agentes oficiais, é possível estabelecer empiricamente a sua existência e conteúdo. Portanto, para existência de um sistema jurídico o requisito básico é que os aplicadores oficiais aceitem e sigam a regra de reconhecimento e que a população, majoritariamente, cumpra a lei<sup>6</sup>.

Para Hart, a regra de reconhecimento é responsável por estabelecer os critérios para identificação das normas jurídicas, porém esta não precisa estar expressa em algum lugar, podendo existir, apenas, implicitamente. Assim, a regra de reconhecimento é responsável por estabelecer uma série de critérios para a validade jurídica. É a regra de reconhecimento, portanto, que determina a validade do sistema jurídico dentro de uma sociedade.

Em sua obra denominada "O Conceito de Direito", Herbert L. A. Hart formula algumas proposições acerca de como o direito deve ser visto como as "regras de um jogo". As referências se encontram espalhadas ao longo do texto e denotam como, na visão do autor, há a necessidade de que o juiz, enquanto intérprete de uma norma, obedeça às regras, sob pena de subverter a própria natureza daquele empreendimento interativo. Assim, os jogos pelos quais Hart busca traçar paralelos de maneira mais frequente com o direito são o críquete e o beisebol, esportes esses que se coadunam com a origem inglesa do autor.

Assim, Hart desenvolve seu paralelo entre o direito e as regras de um jogo, assinalando que, tal qual em um esporte competitivo, a regra do sistema de pontuação de um determinado jogo, no exemplo utilizado pelo autor, o beisebol e o críquete, é análoga à regra de reconhecimento de um sistema jurídico.

Hart amplia esta concepção de que a aplicação de uma regra de reconhecimento se encontra habitualmente presente de forma implícita, por meio da aplicação de uma regra interna ao sistema, ou uma afirmação interna. Significa dizer que a manifestação da regra de reconhecimento se dá em sua aplicação, pela forma como as regras concretas são identificadas e utilizadas de maneira concreta, seja pelos tribunais, pela administração pública, pelos particulares, seus advogados e por

---

<sup>6</sup> RODRIGES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. *Op. Cit.* p. 198-ss.

todos os demais usuários que aceitam o sistema. Em contrapartida, há o que o autor denomina como “afirmações externas”, feitas por aqueles que não compartilham, não reconhecem, não se põem dentro do sistema jurídico<sup>7</sup>.

Nesse sentido, Hart afirma:

A este respeito, como em muitos outros aspectos, a regra de reconhecimento de um sistema jurídico é análoga à regra de pontuação de um jogo. No decurso do jogo, a regra geral que define as atividades que constituem os pontos a marcar (corridas, golos, etc.) raramente é formulada; em vez disso, é usada pelas autoridades do jogo e pelos jogadores, na identificação das fases particulares que contam para a vitória. Também aqui as declarações das autoridades (árbitro ou marcador) têm um estatuto especial de autoridade que lhes é atribuído por outras regras. Mais ainda, em ambos os casos há a possibilidade de conflito entre estas aplicações da regra dotadas de autoridade e a compreensão geral do que a regra claramente exige, segundo os seus termos<sup>8</sup>.

Em outra passagem, Hart assevera que aquilo que confere natureza ao jogo é o reconhecimento de suas regras por todos os participantes. Para o autor, é este reconhecimento que diferencia um jogo preestabelecido e reconhecido entre seus participantes de um jogo de “discricionariedade do marcador”. Neste ponto, Hart destaca que sempre há no jogo um espaço interpretativo, nos moldes de uma área de textura aberta. No entanto, as marcações do árbitro – ou as decisões do juiz – devem seguir o padrão de pontuação tido por correto entre os participantes dentro daquela estrutura de jogo previsível.

A este respeito cumpre citar textualmente:

Podemos distinguir um jogo normal de um jogo de “discricionariedade do marcador” simplesmente porque a regra de pontuação tenha, como outras

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Henrique Silva de. **A exaltação de “regras de jogos” como modelo de referência na teoria jurídica do séc. XX**: Uma abordagem em Hart e Ross, com um olhar sobre Gregório Robles. In *Filosofia do direito I* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: José Alcebíades de Oliveira Junior, Robson Tramontina, André Leonardo Copetti Santos. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 8

<sup>8</sup> HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 1995. p. 113.

regras, a sua área de textura aberta em que o marcador deve exercer uma escolha, possui contudo um núcleo de significado estabelecido. É este núcleo que o marcador não é livre de afastar-se e que, enquanto se mantém, constitui o padrão de pontuação correcta e incorrecta, quer para o jogador, ao fazer as suas declarações não-oficiais quanto ao resultado, quer para o marcador nas suas determinações oficiais. É isto que torna verdadeiro dizer que as determinações do marcador não são infalíveis, embora sejam definitivas. O mesmo é verdade quanto ao direito<sup>9</sup>.

Hart prossegue referindo que há um limite, no entanto, até onde o jogo pode persistir em face de erros sucessivos do árbitro. Neste ponto, o autor destaca que, se o árbitro começa a alterar substancialmente as regras do jogo que está sendo jogado durante ele, introduzindo aspectos que não se encontram dentro das regras de previsibilidade tidas pelos participantes, pouco a pouco se deixa de jogar o jogo vigente e se passa a estar no jogo de discricionariedade do árbitro. É esta afirmativa clássica formulada por Hart:

Mas há um limite quanto à medida em que a tolerância face às decisões incorrectas é compatível com a existência continuada do mesmo jogo e isto tem uma importante analogia jurídica. O facto de as aberrações oficiais isoladas ou excepcionais serem toleradas não significa que o jogo de críquete ou de basebol já não esteja a jogar-se. Por outro lado, se estas aberrações forem frequentes ou se o marcador repudiar a regra da pontuação, há-de chegar um ponto em que, ou os jogadores não aceitam já as determinações aberrantes do marcador ou, se o fazem, o jogo vem a alterar-se; já não é críquete ou basebol mas "discricionariedade do marcador"; porque um aspecto definidor destes outros jogos é que, em geral, os seus resultados sejam determinados da forma exigida pelo significado simples da regra, seja qual for a latitude que a sua textura aberta possa deixar ao marcador<sup>10</sup>. (grifei)

---

<sup>9</sup> HART, 1995, p. 157-158.

<sup>10</sup> HART, 1995. p. 158.

Assim, o que busca Hart através do estabelecimento de um paralelo entre sistemas jurídicos e um jogo é apontar como, através de suas regras, este orienta as pessoas à prática desse empreendimento social, porém competitivo e de cooperação, sendo o reconhecimento do jogo por todos os participantes que estão nele envolvidos determinante para que este continue a ser jogado corretamente<sup>11</sup>.

Feitas essas considerações é possível vislumbrar como Hart concebe a relação entre o Direito e as regras de um jogo, como o beisebol ou o críquete. Todavia, deve ser ressaltado que esta análise feita por Hart se encontra dentro do desígnio do positivismo ao qual o autor estava vinculado; ainda que este positivismo possa ser considerado um positivismo *soft* em razão dos fatores explicitados no início deste texto.

Assim, na segunda parte deste escrito vislumbraremos a possibilidade de adaptação da perspectiva de Hart de observação do Direito como regras de um jogo formulada por Lenio Streck, além de uma tentativa de expansão destas ideias com outros elementos trazidos por este autor na formulação de sua Crítica Hermenêutica do Direito que entendemos, também, serem pertinentes para esta proposta.

## **2 Direito e Regras do Jogo na Perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito**

Destarte, na primeira parte deste texto foi mostrada a forma como, dentro de sua perspectiva positivista, Hart concebe o Direito como as regras de um jogo; bem como a forma que a regra de reconhecimento de um sistema jurídico opera de maneira implícita, assim como a regra de um jogo competitivo, que em caso de completa subversão, esta deixa de ser um jogo de críquete – no exemplo de Hart - e passa a ser um jogo de discricionariedade do marcador.

Pois bem, Lenio Streck já se debruçou sobre a proposição de Hart em seu “Conceito de Direito” e fez uma adaptação do exemplo utilizado pelo autor em questão, no que diz respeito a comparação entre Direito e regras de um jogo. Ao invés de se valer o críquete ou do beisebol propostos por Hart – esportes mais tradicionais na Inglaterra dos tempos deste autor – o mestre valeu-se do futebol, esporte com o

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA. *Op. Cit.* p. 9.

qual possui grande afinidade e se encontra mais próximo da realidade brasileira.

Nesse sentido, destaca Lenio Streck:

Hart falava das regras do jogo e do árbitro. Já com a adaptação, ficava mais ou menos assim: as regras do jogo não são as regras do árbitro. O jogador entrando na área e é derrubado no meio da área, é pênalti. Se o jogador estiver entrando na área, meio metro para dentro, meio metro para fora, essa é a zona da franja (cinzenta), em que o árbitro tem discricionariedade para decidir se marca ou não o pênalti (em um regime autoritário você não se importa com o poder discricionário – o que se deve fazer é trazê-lo para o lado dos direitos humanos). Assim, com certeza, se um jogador for derrubado no meio do campo ou a dois metros da grande área, não será pênalti. O árbitro pode até marcar. E valerá. Mas o problema será a jogada seguinte, porque outro jogador exigirá pênalti se for derrubado no meio do campo. Neste momento, já não estará ocorrendo um jogo de futebol que tem suas regras e, sim, o jogo das regras do árbitro. Já não será futebol<sup>12</sup>.

Ademais, Lenio Streck destaca a importância passível de ser vislumbrada no respeito as regras do jogo instituído. Valendo-se do exemplo do futebol, assevera que o árbitro de futebol está submetido a um *accountability* muito superior ao qual os juízes estão submetidos, destacando quem um pênalti equivocadamente marcado ou uma expulsão incorreta, esta será acusada pelas câmeras das redes de televisão que transmitem os jogos em tempo real<sup>13</sup>. Assim, o árbitro que comete um claro erro ao tomar uma decisão dentro de campo sofrerá um imenso “constrangimento” por parte das pessoas que acompanham a partida. Esse “constrangimento” operado por aqueles que acompanham um jogo de futebol e as discussões que são suscitadas a partir deste em programas de mesa-redonda e

---

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. Direito e futebol: Quando o pênalti é marcado no meio do campo... **Revista Eletrônica Consulta Jurídico**, 2014, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/senso-incomum-crepusculo-jogo-regra-jogo-aquilo-arbitro>. Acesso em: 15 ago. 2021

<sup>13</sup> Cumpre destacar que quando este texto foi inicialmente elaborado pelo professor Lenio Streck a realidade do VAR, ou árbitro de vídeo, não havia sido implementada no futebol. A questão a respeito do VAR será abordada a seguir no texto, observado que, assim como ocorre no Direito, a existência do VAR acarretou na introdução de uma nova regra e de novos problemas de ordem interpretativa que se prestam a serem analisados dentro do contexto aqui referido e que já foram apreciados pelo professor Lenio Streck.

debates esportivos, muito comuns no Brasil, fazem com que nenhum árbitro tenha coragem de marcar um pênalti no meio do campo, por exemplo, em face do inexorável constrangimento público que iria sofrer<sup>14</sup>.

Movendo a discussão para o campo do Direito e para a Crítica Hermenêutica do Direito proposta por Lenio Streck, o que o mestre propõe é que um árbitro de futebol está sujeito a maiores constrangimentos públicos em face de decisões erradas por ele tomadas dentro de uma partida de futebol do que um magistrado está sujeito por decisões erradas por ele proferidas em um processo. A razão para isso é que no campo do Direito, em especial dentro da realidade brasileira aqui tratada, os juízes não se constrangem ao proferirem decisões equivocadas, razão pela qual o autor defende a utilização de “constrangimentos epistemológicos”:

Sobre o que vem a ser “Constrangimento Epistemológico” cumpre citar:

Exercer a crítica no Direito é uma tarefa difícil. Principalmente em *terrae brasiliis*. Por aqui, normalmente é *magister dixit*. Mormente se quem disse é Ministro de Corte Superior. Não conseguimos construir ainda uma cultura em que as decisões judiciais – em especial as do Supremo Tribunal Federal – sofram aquilo que venho denominando de “constrangimentos epistemológicos”. O que é “constrangimento epistemológico”? Trata-se de uma forma de, criticamente, colocarmos em xeque decisões que se mostram equivocadas. No fundo, é um modo de dizermos que a “doutrina deve voltar a doutrinar” e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária das decisões tribunalícias<sup>15</sup>.

Assim, sob esta perspectiva delineada é possível perceber como, já há algum tempo, o Poder Judiciário brasileiro tem atuado marcando pênaltis no centro do campo. De maneira recorrente, cada vez que o Judiciário tem uma atuação decisionista ou então ativista, incidirá justamente naquilo que Hart criticava ao dizer que ao subverter-se a regra do jogo ao extremo não se está mais diante de um jogo de futebol, mas sim diante do jogo do juiz<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2014.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. a. 49 n. 194 abr./jun. Brasília, 2012.

<sup>16</sup> STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2014.

Embora o professor Lenio Streck não explicita quais julgados entende que tenham sido casos em que o julgador tenha marcado um pênalti no centro do campo, me permito, neste ponto, baseado em outros escritos elaborados pelo professor, citar alguns casos que, sob esta perspectiva se poderia dizer que foram marcadas penalidades máximas fora da área.

Assim, como laboratório privilegiado de análise de casos problemáticos é sempre possível valer-se de casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal por sua enorme repercussão no âmbito do Direito brasileiro, uma vez que se trata da Suprema Corte do país e que exerce o papel de último intérprete da Constituição Federal.

Ainda que não se entre nos pormenores das decisões, partindo dessa premissa anteriormente exposta, podemos citar como casos em que foram marcados pênaltis no centro do campo, o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 178, no qual foi regulamentada as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, garantindo-lhes os mesmos direitos que os companheiros heterossexuais através da via judicial, atacando as disposições do art. 1.723 do Código Civil e do art. 226, § 3º da Constituição Federal<sup>17</sup>, bem como, o caso do da Reclamação n.º 4.335/AC, no qual o STF reescreveu o texto constitucional e alterou o regime de controle difuso de constitucionalidade, modificando os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso<sup>18</sup>.

Outro caso, que pode ser citado é o caso do *Habeas Corpus* 126.292/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade da execução provisória da pena em casos em que não houvesse, ainda, condenação transitada em julgado, em visível desacordo com expressa previsão constitucional<sup>19</sup>.

Todavia, cumpre referir que apesar deste caso se mostrar como um erro grave,

---

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 1, n. 2 (2009). p. 80.

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**. n. 7, Jacarezinho, 2007. p. 1.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

o Supremo Tribunal Federal foi posteriormente salvo de seu próprio erro ao julgar as Ações Diretas de Constitucionalidade nº. 43, 44 e 54, onde foi reconhecida a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal. De fato, no caso, não há como dizer que o art. 283 seja inconstitucional, uma vez que ele simplesmente replica o que está expresso na Constituição Federal, tendo sido inclusive alterado em razão de decisão do próprio Supremo Tribunal Federal de 2009.

Nos valendo aqui da analogia futebolística que está sendo utilizada nesta parte do texto, ao corrigir o próprio erro ao ter apontado um pênalti no centro do campo ao decidir o caso do *Habeas Corpus* 126.292/SP, o Supremo Tribunal Federal voltou atrás em sua decisão após ser chamado ao monitor pelo árbitro de vídeo e verificar o erro claro que havia cometido.

No entanto, ao contrário de um jogo de futebol onde a solução é imediata, no caso em questão, esta correção só foi possível em face do trabalho desenvolvido ao longo dos anos por diversos juristas brasileiros que se dedicaram em apontar o erro claro da decisão que havia sido tomada. Se esta decisão permanecesse hígida, estaríamos diante de um caso claro onde não se estaria mais respeitando as regras do jogo e sim jogando o jogo do juiz.

Neste ponto, cumpre destacar a atuação do professor Lenio Streck na sustentação oral proferida por ocasião do julgamento das referidas ADCs onde aplicou a tese do “constrangimento epistemológico”, *in loco*, demonstrando aos ministros do Supremo Tribunal Federal outros casos em que estes haviam votado em um determinado sentido e a razão pela qual deveriam votar de acordo com seu próprio entendimento anterior ao julgar as ADCs<sup>20</sup>.

De outra parte, Hart concebia o Direito como um sistema de regras, tal situação difere da perspectiva Dworkiniana que entende o Direito como um sistema de regras e princípios, incorporada à Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. Assim, Hart entendia que os casos difíceis eram resolvidos pela discricionariedade; para ele o Direito não poderia ser corrigido pela moral através do que foi denominado como “princípio”. Ainda assim, segundo Lenio Streck, Hart pode ser entendido como

---

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. Sustentação oral proferida no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº. 43, 44 e 54. **Migalhas**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191017-09.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021



um positivista moderado, uma vez que aceitava que, em face das características peculiares de sua regra de reconhecimento, a tradição da separação entre direito e moral vigente à época, estava de certa forma equivocada<sup>21</sup>.

No entanto, conforme aponta o próprio Lenio Streck, ainda que oriunda de uma matriz teórica diversa, a proposta de Hart se mostra de extrema utilidade para demonstrar os limites da interpretação surgidos a partir do capítulo do "Conceito de Direito" no qual aborda os problemas existentes em dois planos: o mundo dos conceitos do formalismo e ceticismo em relação às regras. Razão pela qual a metáfora do críquete, convertida ao futebol se mostra tão útil<sup>22</sup>.

Assim, transpondo à perspectiva pós-positivista do Direito enquanto sistema de regras e princípios, sob a ideia de um jogo, onde não existem exclusivamente regras, Lenio Streck afirma que estes operariam da seguinte forma:

Na distinção estrutural que se vê por aí (ou de sua vulgata mais utilizada), a coisa funciona mais ou menos assim, se utilizarmos a metáfora futebolística: as regras são jogadores que devem resolver o jogo quando este é fácil. Se o caldo engrossar, convoquem-se os princípios, que ficam aquecendo à beira do gramado. Como dizem alguns adeptos das teorias da argumentação, casos fáceis se resolvem na base da subsunção, isto é, utiliza-se a regra porque está dá conta; nos casos difíceis, há que se chamar à colação os princípios, que, uma vez em colisão, devem ser ponderados. Por isso, os princípios nunca saem jogando. Sempre estão no banco de reservas. Ficam em permanente aquecimento. Jogo fácil, estão dispensados; jogo difícil, eles são chamados. Claro que a sua entrada é complicada, porque eles devem, antes de resolver o jogo, ganhar espaço no gramado da discricionariedade.<sup>23</sup>

No entanto, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, não há espaço para a discricionariedade positivista. O próprio desenvolvimento da CHD é o produto da integração da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da "*law and integrity*" de Dworkin, uma vez que ambas são antirrelativistas e

---

<sup>21</sup> STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2014.

<sup>22</sup> STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2014.

<sup>23</sup> *Ibid.*

antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e integridade para deter as “contingências” do Direito que seduzem os juízes a julgar de maneira pragmática<sup>24</sup>.

Assim, a busca por respostas corretas aparece como um remédio contra a discricionariedade do positivismo. A existência de uma resposta adequada à Constituição deve, portanto, ser conformada na própria Constituição, não podendo depender da consciência do juiz, do livre convencimento ou da busca da “verdade real”, sob pena de ferir o princípio democrático. Enfrentar a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático, que são facetas do subjetivismo, significa um compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente constituída, na qual há uma discussão, na esfera pública, acerca de questões ético-morais da sociedade<sup>25</sup>. Portanto, sob a perspectiva da CHD, o Juiz não teria espaço discricionário para apontar uma penalidade.

No entanto, quando entramos na seara dos princípios, faz-se necessário enfrentar outro problema a respeito destes que vigora nos tribunais brasileiros – problema este que não se encontra dentro da visão de Hart do Direito enquanto regras de um jogo – mas a qual vem sendo enfrentado pelo professor Lenio Streck dentro da CHD que é a questão do “pamprincipiologismo”.

Em linhas gerais, Lenio Streck cunhou o termo “pamprincipiologismo”, a partir de um debate ocorrido em 2004 com Luis Roberto Barroso, trata-se de um produto da má compreensão da assimilação das teses neoconstitucionalistas nascidas na Espanha e na Itália e da ideia de que “*princípios são valores e trazem a moral para dentro do direito*”<sup>26</sup>. O problema central do “pamprincipiologismo” encontra-se em sua perspectiva fragilizadora do Direito, uma vez que os princípios tem sido usados nos tribunais brasileiros como trunfos argumentativos para que o magistrado deixe de aplicar uma Lei que não lhe agrade.

Neste sentido, retorna-se a metáfora do futebol:

---

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 311.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 315.

<sup>26</sup> STRECK. *Op. Cit.* 2017. p. 150.

Fico pensando no princípio da dignidade da pessoa, que seria uma espécie de volante de contenção que joga na frente dos zagueiros; o princípio que sempre entra machucado é o do direito adquirido, um ponta esquerda em desuso. Nos últimos tempos começou a surgir um monte de pernas de pau, que passaram a entrar em campo diretamente, já no início dos jogos. Alguns empresários convenceram os técnicos a promoverem a estreia de jogadores que nem sabiam jogar, como a dupla de meio campo Humanidade e Felicidade, além dos atacantes Confiança no Juiz da Causa, Ausência Eventual do Plenário (esse na verdade nem chega a se fardar), Hiperrealidade, Imediatidade e tantos outros jogadores que mal conseguiriam jogar no Fast Club de Manaus<sup>27</sup>.

Sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito um juiz não pode se valer de princípios criados por ele próprio para solucionar casos. A CHD rechaça veementemente o voluntarismo judicial e o protagonismo judicial em prol da construção de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição.

Para que seja possível obter uma resposta adequada à Constituição, Lenio Streck formula cinco padrões que são fundantes de sua teoria da decisão jurídica, quais sejam: a preservação da autonomia do direito, o controle hermenêutico da interpretação constitucional (a superação da discricionariedade), o respeito à integridade e à coerência do Direito, o dever fundamental de justificar as decisões e o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada<sup>28</sup>.

De igual sorte, a partir destes princípios e com base na teoria da decisão, surgem seis hipóteses onde, sob a perspectiva da Lenio Streck, será possível deixar de aplicar uma lei, sendo elas: quando a lei for inconstitucional, caso em que deverá ser exercido o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado; quando for o caso de aplicação de resolução de antinomia; quando for o caso de aplicar a interpretação conforme a Constituição; quando for o caso de aplicação de uma nulidade parcial sem redução de texto; quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; e quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade

---

<sup>27</sup> STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2014.

<sup>28</sup> STRECK. *Op. Cit.* 2014. p. 330 e seguintes.

em face do princípio constitucional, compreendido como um padrão<sup>29</sup>.

Fora dessas seis hipóteses, o juiz tem a obrigação de aplicar a lei, passando esta lei a ser um imperativo de prescrição jurídica cogente, uma vez que fora dos seis parâmetros descritos anteriormente, muito provavelmente a decisão em questão estará fora dos padrões requeridos pelo Estado Democrático de Direito e será, portanto, arbitrária<sup>30 31</sup>.

Por final, para encerrar a análise formulada a partir da ideia do reconhecimento do Direito enquanto regras de um jogo, transpondo a metáfora formulada por Hart a partir do críquete para a realidade do futebol proposta por Lenio Streck e analisando esta metáfora sob a Crítica Hermenêutica do Direito, cumpre ainda destacar a questão do árbitro de vídeo ou VAR.

Novamente se valendo da metáfora do futebol, Lenio Streck assinala que, no Brasil a justiça desportiva vê o Direito em uma perspectiva muito semelhante àquela que é utilizada pelos tribunais do Brasil. Assim, um caso que serviria de perfeito exemplo seria o caso do jogo entre Palmeiras e Botafogo, válido pelo Campeonato Brasileiro de 2019.

Neste jogo, a equipe do Palmeiras teve um pênalti assinalado a seu favor mediante a intervenção do árbitro de vídeo<sup>32</sup>, no entanto, neste caso, no momento

---

<sup>29</sup> Acerca desta última hipótese, que pode parecer, à primeira vista, contraditória dentro de suas premissas, Lenio Streck assinala que esta afirmativa deve ser compreendida dentro de um universo restritivo: "Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É através da aplicação da principiologia que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e princípio só existe a partir de uma regra – [...]). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso de comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe - no sentido da *applicatio* hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e é válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1." (STRECK. *Op. Cit.* 2014. p. 348)

<sup>30</sup> STRECK. *Op. Cit.* 2017. p. 258-259.

<sup>31</sup> STRECK. *Op. Cit.* 2014. p. 348

<sup>32</sup> "Até aí, normal. O VAR também erra (ou melhor, os analistas do VAR – já existem especialistas em VAR, mais ou menos como especialistas em delação premiada, especialistas em definir imparcialidade, assim como logo haverá especialistas em fazer plea bargain – como diria alguém empolgado, viva os especialistas!). Aliás, o Brasil está desmoralizando o VAR. O clássico "veja com seus próprios olhos..." aqui não funciona" (STRECK, Lenio Luiz. Crepúsculo de jogo? A regra do jogo é aquilo que o árbitro diz que é? **Revista Consulta Jurídico**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/senso-incomum-crepusculo-jogo-regra-jogo-aquilo-arbitro>. Acesso em: 15 ago. 2021.

em que o árbitro fora chamado ao vídeo pelo VAR a partida já havia sido reiniciada e, conforme determinam as regras estabelecidas pela FIFA, o VAR só pode intervir para alterar uma jogada de campo antes que a partida tenha sido reiniciada pelo árbitro central, o que já havia ocorrido.

Assim, resta estabelecido que:

1. Há uma regra, e essa regra é válida para todos (ou pelo menos deveria ser).
2. "A regra é clara" – como no jargão arnaldino –, mas, nesse caso, ela não foi tão clara assim. Por algum motivo, a equipe de arbitragem optou por uma "nova regra", uma "regra só dela", uma regra que diz que – como uma novilíngua orwelliana –, se o jogo fora recomeçado "só um pouquinho", então é possível consultar o árbitro de vídeo. Pronto. Agora temos a linguagem pública, que permite jogar o jogo, e a linguagem da equipe de arbitragem daquela partida. Equipe de arbitragem Humpty Dumpty: dá à regra o sentido que quer.
3. Qualquer coincidência entre futebol e Direito é apenas semelhança.<sup>33</sup>

Estabelecida esta premissa com relação ao VAR, restaria ao clube prejudicado recorrer da decisão do árbitro que violou a regra do jogo ao marcar uma penalidade máxima dentro da janela de oportunidade pela qual seria possível consultar ao VAR. Por esta razão o clube prejudicado "recorreu" ao STJD, tendo o seu recurso negado por unanimidade, sendo mantido o resultado do jogo ainda que haja uma clara violação da regra do jogo no caso<sup>34</sup>.

É aqui que Lenio Streck traça um paralelo entre a atuação do VAR e da Justiça desportiva, no caso do jogo entre Botafogo e Palmeiras, com a atuação do Poder Judiciário nos casos da "Lava Jato" e da parcialidade do juiz Sergio Moro, que só veio a ser reconhecida após muitos anos e da necessidade da questão ser discutida por mais de uma vez dentro do âmbito do Supremo Tribunal Federal, culminando na declaração de sua parcialidade nos processos apenas em face da mudança do voto efetuada pela Ministra Carmen Lúcia.

---

<sup>33</sup> STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2019.

<sup>34</sup> *Ibid.*

Neste sentido destaca que assim como na vida, o comentário de uma decisão tem por objetivo um fim específico, referindo que nos casos da "Lava Jato" e no caso do vazamento das mensagens obtidas pelo The Intercept Brasil, alguns defenderam que "os fins justificam os meios", ou que "tudo vale para combater o crime". Assim, no futebol, com o uso do VAR, não tem sido diferente<sup>35</sup>.

Assim aponta a incoerência daqueles que defendem a atuação do árbitro ou do juiz que não respeita as regras do jogo:

Dizem: "o juiz fez bem em marcar o pênalti, mesmo com a partida já reiniciada. Afinal, foi pênalti" (na comparação com a "lava jato", diz-se: afinal, houve a condenação de corruptos). Ou ainda: "O jogo fora reiniciado antes, sim, mas a bola nem havia saído da área" (na comparação com a "lava jato", diz-se: afinal, é normal que juízes e procuradores façam o jogo desse modo). O pior argumento foi: "O juiz errou, mas fez justiça" (na comparação com "lava jato"-Intercept, diz-se: o juiz pode até ter feito o que consta nesses diálogos, mas fez justiça contra a corrupção). Ou seja: em qualquer dos dois "sistemas", justifica-se atos ilícitos-irregularidades com um consequencialismo seletivo (ad hoc)<sup>36</sup>.

Feitas essas considerações, verifica-se a possibilidade da adaptação da proposta de Hart, sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, com a aplicação da metáfora do entendimento do Direito enquanto regras de um jogo, mediante algumas adaptações; bem como que esta proposta se mostra de grande valia para a adequada compreensão de questões complexas de uma maneira adequada e clara. As regras do jogo não são as regras do juiz e sob a perspectiva da CHD existe o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, a qual não comporta margem para a discricionariedade positivista de Hart.

---

<sup>35</sup> STRECK. *Op. Cit.* Revista Consultor Jurídico. 2019.

<sup>36</sup> *Ibid.*

## Conclusão

Ao longo deste trabalho vimos como é possível estabelecer de uma maneira adequada a existência de um paralelo entre o Direito e as regras de um jogo, nos valendo, para tanto, da análise das propostas formuladas por Herbert L. A. Hart em sua obra "O Conceito de Direito", bem como sua metáfora acerca do funcionamento do críquete enquanto analogia ao Direito que fora adaptada por Lenio Streck para o futebol.

Assim, na primeira parte deste escrito, analisamos o contexto em que Hart estava inserido quando escreveu suas obras, destacando a importância da linguagem e do giro ontológico-linguístico para seus escritos, com a elaboração do que seriam as regras primárias e secundárias, desenvolvidas a partir do modelo proposto por Austin, bem como de que forma a regra de reconhecimento de um sistema jurídico opera tal qual a regra de um jogo competitivo.

Ademais, prosseguindo na metáfora do jogo, Hart assinala a maneira como a regra de reconhecimento atua, fazendo com que este seja reconhecido por todos os participantes e que se este jogo for subvertido a tal ponto em que não seja mais possível reconhecer este esporte competitivo entre seus participantes em função da atuação do árbitro, não se estará mais diante de um jogo de críquete, no exemplo de Hart, mas em um jogo de discricionariedade do marcador, que só poderá prosseguir se os participantes assim permitirem e tendo a consciência de que não se está mais no jogo inicialmente proposto.

A partir desse exemplo, vimos na segunda parte deste trabalho a forma como Lenio Streck adaptou a metáfora da noção de reconhecimento de um sistema jurídico enquanto regras de um jogo do críquete, conforme fora pensado inicialmente por Hart, para o futebol.

Portanto, estabelecendo um paralelo com um esporte mais próximo de nossa realidade, imagina-se uma partida de futebol. A regra do jogo diz que, caso um jogador sofra uma falta dentro da área será marcada penalidade máxima. No caso, de o árbitro não ver o lance ou entender que o jogador saiu da área, isso não significa que não se esteja mais jogando futebol. Haverá inclusive a possibilidade de corrigir o erro através da atuação de um árbitro assistente de vídeo. No entanto, caso o

árbitro marque uma penalidade máxima no círculo central do campo, haverá alteração substancial e incongruente da regra, fulminando o jogo; caso os jogadores aceitem continuar a o jogar não se estará mais diante de uma partida de futebol, mas sim diante do jogo do árbitro e das regras dele.

Além desta transposição da metáfora do Direito enquanto regras do jogo, de uma partida de críquete para uma partida de futebol, na segunda parte do trabalho, analisamos algumas dessas proposições sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, verificando se era possível, confrontá-las com alguns dos conceitos elaborados pelo professor Lenio Streck, em sua teoria. A proposição em questão mostrou-se suficientemente plausível, sob a perspectiva da CHD, ainda que sejam necessárias algumas adaptações já realizadas pelo mestre em sua obra, anteriormente.

Feitas estas considerações é possível estabelecer a possibilidade de se ver o Direito como regras de um jogo, tanto sob o ponto de vista positivista de Herbert L. A. Hart, com a sua regra de reconhecimento e o problema da discricionariedade, quanto sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, contanto que sejam feitas as devidas adequações teóricas que esta transposição exige, com o reconhecimento da existência de uma resposta adequada à Constituição, que não admite qualquer margem para a discricionariedade.

## Referências

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995.

OLIVEIRA, Henrique Silva de. A exaltação de “regras de jogos” como modelo de referência na teoria jurídica do séc. XX: Uma abordagem em Hart e Ross, com um olhar sobre Gregório Robles. *In: Filosofia do direito I* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: José Alcebíades de Oliveira Junior, Robson Tramontina, André Leonardo Copetti Santos. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

RODRIGES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Empiria como Critério de Vigência do Direito: entre Alf Ross e Herbert Hart. **Revista Sequência** (Florianópolis), n. 72, p. 193-216, abr. 2016.



STRECK, Lenio Luiz. Crepúsculo de jogo? A regra do jogo é aquilo que o árbitro diz que é? **Revista Consulto Jurídico**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/senso-incomum-crepusculo-jogo-regra-jogo-aquilo-arbitro>. Acesso em: 15 ago. 2021

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Direito e futebol: Quando o pênalti é marcado no meio do campo... **Revista Eletrônica Consulto Jurídico**, 2014, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-27/senso-incomum-crepusculo-jogo-regra-jogo-aquilo-arbitro>. Acesso em: 15 ago. 2021

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. a. 49 n. 194 abr./jun. Brasília, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Sustentação oral proferida no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº. 43, 44 e 54. **Migalhas**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191017-09.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 1, n. 2, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**, n. 7, Jacarezinho, 2007.



## 7. O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO: APORTES NA TEORIA DISCURSIVA E DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE ROBERT ALEXY<sup>1</sup>



<https://doi.org/10.36592/9786554600057-07>

*Rodrigo da Silva Vernes-Pinto<sup>2</sup>*

### **Resumo**

O presente artigo tem como objetivo compreender a teoria e modelo alexyano relacionando-a com o princípio da não discriminação. De maneira transversa, a considerar o necessário controle do arbítrio e da discricionariedade, demonstrar-se-ão algumas críticas ao pensamento proposto por Alexy, como a atenção sobre a autonomia do Direito, os riscos pela figura do sujeito solipsista dotado de juízos subjetivos, para a emanção de decisões. A questão problematizada sobre a potencial capacidade da teoria do discurso e de argumentação, como, por exemplo, a técnica de ponderação propostos por Robert Alexy e o seu alcance interpretativo sobre o princípio de não discriminação em situações de colisões. Nesse esforço, essa pesquisa utilizará o método dialético, no qual se buscará a investigação e solução do problematizado de forma dinâmica e interrelacional. O método de procedimento utilizado será o de documentação indireta, oriunda de bibliografia nacional e internacional.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Crítica hermenêutica do direito. Hermenêutica. Ponderação. Princípio da não discriminação.

### **Introdução**

Os processos decisórios requerem, permanentemente, a captura de dados da realidade dotados de caráter jurígeno e a sua interpretação. Nos diversos âmbitos de atuação, uma gama de atores está inserida em um contexto de dizer o Direito, de compreendê-lo e aplicá-lo, sob um universo normativo ao seu dispor. Nesse esforço cotidiano, no qual os intérpretes são colocados em posição de avançar na solução dos problemas jurídicos apresentados, a utilização de teorias discursivas e argumentativas revela-se como um meio de sensível quilate para o Direito e para

---

<sup>1</sup> O autor agradece à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo apoio recebido para o desenvolvimento deste trabalho.

<sup>2</sup> Advogado, Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER, Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER. *E-mail*: rodrigodasilva@hotmail.com.

todos os envolvidos na administração da Justiça. Com a proposta de estabelecer medidas com a máxima adequação possível nas decisões a serem tomadas, a eleição de uma tese impacta no tipo de teoria da decisão desenvolvida no trato das questões trazidas ao debate no meio jurídico.

Com efeito, falar sobre o princípio da não discriminação implica em buscar o seu significado imanente e os caminhos interpretativos e argumentativos para sua consideração. Isso porque, em primeiro lugar, é mister defini-lo e conceituá-lo, dotá-lo de significado jurídico e verificar como se expressa no cenário social a ponto de gerar desigualdades e como deve ser combatido. Usualmente restrito aos estudos sobre igualdade formal e material, muitas vezes, as dinâmicas discriminatórias não são aprofundadas e, devido a isso, é desenvolvida a disciplina jurídica da antidiscriminação com as suas categorias jurídicas e institutos jurídicos. Nessa esteira, o princípio jurídico da não discriminação, quando compreendido no ambiente jurídico, pode enfrentar possíveis colisões, as quais merecem atenção teórica na literatura jurídica.

Diante disso, as decisões no campo jurisdicional, suas linguagens e potenciais conflitos normativos, sendo expressas nas suas fundamentações, necessitam de lastro teórico a permitir uma interpretação e aplicação estabilizadora no sistema jurídico. Nessa trilha de possibilidades, tem-se a teoria do discurso e da argumentação jurídica de Robert Alexy de ampla difusão nos tribunais brasileiros. Em meio a essas discussões, a adoção do modelo alexyano ou a sua refutação faz parte do diário exercício da atividade jurídica. Apesar disso, o esforço desta investigação será o de compreensão de sua teoria relacionando-a com o princípio da não discriminação. De maneira transversa, a considerar o necessário controle do arbítrio e da discricionariedade, serão expostas algumas críticas ao pensamento proposto por Alexy, como a atenção sobre a autonomia do Direito, os riscos pela figura do sujeito solipsista dotado de juízos subjetivos, para a emanação de decisões.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> A discussão sobre a teoria da decisão de Alexy comporta críticas, mormente diante da textura aberta do Direito, sendo entrada para elementos morais, com justificação a partir de elementos externos ao Direito e de acordo com o discurso prático geral. No entanto, sem a oferta de critérios para coibir a discricionariedade judicial. Para aprofundar tais críticas, ver STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de**

A partir desse quadro, a questão colocada é sobre a potencial capacidade da teoria do discurso e de argumentação, como, por exemplo, a técnica de ponderação propostos por Robert Alexy e o seu alcance interpretativo sobre o princípio de não discriminação em situações de colisões.

Nesse esforço, essa pesquisa utilizará o método dialético, no qual se buscará a investigação e solução do problematizado de forma dinâmica e interrelacional. O método de procedimento utilizado será o de documentação indireta, oriunda de bibliografia nacional e internacional.

Para responder ao questionamento proposto, o artigo se dividirá em três partes. A primeira tratará sobre o princípio da não discriminação e seu ramo jurídico de estudo, com as suas categorias próprias. Na segunda parte, serão articulados os conceitos chave como a argumentação jurídica e a estrutura de norma jurídica para ao modelo alexyano relacionando-os com a interpretação do princípio da não discriminação. Ao fim, serão expostos os possíveis avanços na teoria de Robert Alexy com esboço nas críticas e novas conexões propostas pela literatura jurídica.

## 1 O Princípio da Não Discriminação e as suas Categorias Jurídicas

Os estudos antidiscriminatórios advêm da consagração do princípio da igualdade contido no rol de Direitos Humanos e consolidado no ordenamento jurídico internacional.<sup>4</sup> Historicamente, a igualdade surge como um dos fundamentos da democracia e resulta de lutas no período do Estado Moderno em face dos privilégios.<sup>5</sup> Quando violada, o tratamento dado à igualdade pode dar-se de forma diversa, conforme o contexto. Nesse sentido, a igualdade pode ser vista em seu aspecto formal, em que todos são iguais perante a lei, sendo dotada de abstração.<sup>6</sup>

---

**Hermenêutica.** Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017 e STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>4</sup> Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Artigo I: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Disponível em:

[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 09 ago. 2021.

<sup>5</sup> BORRILLO, Daniel. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 71, 2013, pp. 543-556.

<sup>6</sup> Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no art. 5º, *caput* – que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde

Nesse caso, a igualdade é considerada de maneira genérica e universal, sem a atenção às diferentes características dos indivíduos e grupos. Assim, a máxima é a de que todos sejam tratados igualitariamente. É a igualdade dirigida ao legislador e com base na fórmula clássica *o igual deve ser tratado igualmente*. Em que pese a ruptura com modelos estruturais de desigualdades, o dever formal de igualdade ainda não tinha o aspecto de atenção às características dos indivíduos e grupos.<sup>7</sup>

De maneira não abstrata, a igualdade assume aspecto material, em que se extrai a máxima de *tratarem-se desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade*. A também chamada isonomia desdobra-se do dever formal de igualdade para um dever de conteúdo.<sup>8</sup> A complexidade da vida, a diversidade de identidades, os contextos sociais de cada localidade, tudo indica que não há igualdade em todos os aspectos. Para tanto, a menção à igualdade material é acolhida com o intuito de atender às diferenças, sendo que assume contornos distributivos e socioeconômicos.<sup>9</sup> Assim sendo, a igualdade pode ser dar na seara da distribuição de recursos<sup>10</sup> ou na distribuição igualitária de determinados bens.<sup>11</sup> Ou, ainda, pode ser vista como o respeito às liberdades substantivas e capacidades dos indivíduos nas escolhas de seus projetos de vida.<sup>12</sup> A também isonomia assume cunho promocional e atento ao bem-estar social.<sup>13</sup>

Além da perspectiva econômica e de inclusão perante as desigualdades sociais atreladas, muitas vezes, à pobreza, a igualdade também se conecta à ideia de reconhecimento de identidades. Assim, em sua face material agregam-se políticas do reconhecimento, em que ele não é visto somente com base na

---

unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia." Sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 49.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>11</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2003.

<sup>12</sup> SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

<sup>13</sup> BORRILLO, Daniel. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 71, 2013, pp. 543-556.

distribuição de bens e na classe socioeconômica de indivíduos e grupos. Aqui, a abordagem é ligada às consequências dos padrões culturais institucionalizados e a valorização das diversas identidades, bem como das diferenças.<sup>14</sup>

Ocorre que igualdade formal e igualdade material são tradicionalmente descritas como faces da mesma moeda. Contudo, essa dicotomia não é capaz de capturar a plenitude das desigualdades e seus efeitos, principalmente as discriminações.<sup>15</sup> A sua complexidade deve ser entendida de diferentes formas.<sup>16</sup> Além da igualdade perante a lei e a sua promoção, é possível verificar que a questão central relativa ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade é a vedação de tratamento discriminatório.<sup>17</sup>

Como conseqüência da limitação de alcance do binômio igualdade formal-igualdade material, evidencia-se a sua relação com a discriminação, cujo cerne está no afastamento de desigualdades e no não impedimento de exercício de direitos.<sup>18</sup> Entrementes, se diz que a interpretação baseada na aludida dicotomia se revela em uma compreensão estática do princípio jurídico da igualdade. De outro modo, tem-se uma compreensão dinâmica e com espaços de toque sobre todo ordenamento jurídico, com a oferta de categorias e instrumentos, assim como institutos e elementos sobre o conteúdo jurídico da igualdade.<sup>19</sup> Dessa forma, o

---

<sup>14</sup> Sobre as políticas de reconhecimento de identidades, ver Nancy Fraser, *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da Justiça*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Ver, também, TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

<sup>15</sup> BAMFORTH, N.; MALEIHA, M.; COLM, O. **Discrimination Law: theory and context**. London: Sweete & Maxwell, 2008, p. 175.

<sup>16</sup> BAMFORTH, N.; MALEIHA, M.; COLM, O. **Discrimination Law: theory and context**. London: Sweete & Maxwell, 2008, p. 175.

<sup>17</sup> RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 700.

<sup>18</sup> O termo discriminação é tipificado nos tratados e convenções internacionais, sendo conceituado na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2009, como [...] qualquer diferenciação, exclusão ou restrição, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável [...]. Disponível em BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)> Acesso em: 10 ago. 2021.

<sup>19</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 13.

chamado direito da antidiscriminação consolidou-se como disciplina jurídica, originando-se do cenário jurídico estadunidense e europeu, através de iniciativas no combate à discriminação e de reflexão no campo acadêmico e nos tribunais.<sup>20</sup> Assim sendo, de forma complementar ao princípio da igualdade em sua abordagem político-preventiva, de promoção de isonomia e bem estar social, o direito da antidiscriminação, pelo princípio da não discriminação, é dotado de uma dimensão jurídico-repressiva.<sup>21</sup>

O direito da antidiscriminação sistematiza uma série de categorias e institutos jurídicos específicos e que auxiliam na reflexão da discriminação em análise. Para a constatação de uma situação discriminatória deve-se atentar para o elemento do tratamento menos favorável de um indivíduo ou grupo em comparação com outros em uma mesma situação.<sup>22</sup> O tratamento pode resultar de um ato voluntário ou de um resultado de algum dispositivo legal ou prática aparentemente neutra.<sup>23</sup>

## 2.1 Os Critérios Proibidos e as Modalidades de Discriminação

A Doutrina designa a disciplina jurídica desenvolvida a partir do princípio da não discriminação como *anti-discrimination Law*, *non-discrimination Law* ou *direito da antidiscriminação*, a qual estabelece técnicas características de combate à discriminação. Isso se dá pela atenção e proibição de determinadas situações discriminatórias. Esses elementos são definidos como critérios proibidos de discriminação direcionados a quem deve ser protegido.<sup>24</sup> Assim sendo, algumas características são listadas na lei, sendo consideradas como categorias proibidas de

---

<sup>20</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 13.

<sup>21</sup> BORRILLO, Daniel. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 71, 2013, pp. 543-556.

<sup>22</sup> BORRILLO, Daniel. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 71, 2013, pp. 543-556.

<sup>23</sup> BORRILLO, Daniel. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 71, 2013, pp. 543-556.

<sup>24</sup> FREDMAN, Sandra. **Discrimination Law**. 2nd edition. New York: Oxford University Press, 2011, p. 109.



sofrerem algum tratamento discriminatório, tais como sexo, raça, cor, religião, etnia, dentre outras.<sup>25</sup> Assim, para a existência de uma discriminação, tem que ocorrer alguma vinculação causal entre o tratamento desfavorável e o critério proibido, sob pena de não ocorrer discriminação.<sup>26</sup>

Em espaços sociais geradores de desigualdades, formam-se estruturas de subordinação, as quais reclamam uma mudança de perspectiva no campo seminal teórico da antidiscriminação. Há a busca pelo afastamento da perpetuação histórica de desvantagens de indivíduos e grupos subalternizados.<sup>27</sup> Na eleição de uma hermenêutica do ponto de vista do oprimido, há a aplicação do princípio da igualdade em parâmetros constitucionais com base na antissubordinação, isto é, pelo prisma, condição e status daqueles que são oprimidos e subordinados.<sup>28</sup> Nessa toada, a análise de algum tipo de discriminação sofrida pelos pretos em um tipo de abordagem policial ou nas limitações e obstáculos de mobilidade social tem um outro viés quando baseada em um substrato antissubordinador. Da mesma forma, uma mulher preterida em uma promoção em seu emprego ou violentada pelo seu marido, ao se contextualizar o problema, o impacto antidiscriminatório tem engrenagens específicas. Ou, ainda, uma mulher, preta e lésbica, com essas identidades intersectadas, sofre uma carga antidiscriminatória maior, o que as normas jurídicas definem como discriminação múltipla.<sup>29</sup> É, inclusive, nessa seara

---

<sup>25</sup> São exemplos de critérios proibidos de discriminação o rol do art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>26</sup> BORRILLO, Daniel. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 71, 2013, pp. 543-556.

<sup>27</sup> A perspectiva da antissubordinação implica numa análise substantiva das situações discriminatórias. O princípio da igualdade e o princípio de não discriminação são compreendidos a partir da proibição de práticas que agravem ou perpetuem subordinações de indivíduos e grupos. A ótica da antissubordinação é contra tratamentos perpetuadores de situações de discriminação, estruturando um direito de antidiscriminação assimétrico, no sentido de considerar as diferenças de indivíduos e grupos, de maneira concreta. Isso significa um alcance maior do conteúdo jurídico do princípio da igualdade de maneira dinâmica, sem o universalismo que não leva em conta os contextos sociais e históricos dos indivíduos e grupos. Ver RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008 e SIEGEL, R.B. Equality Talk: Antisubordination and anticlassification values in constitutional struggles over Brown. **Harv. L. Rev.** 14702003-2004, content downloaded/printed from HeinOnline (<http://heinonline.org>) Wed Apr 3 16:27:55 2013.

<sup>28</sup> MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 298-299.

<sup>29</sup> Convencionou-se a conceituar discriminação múltipla nas normas internacionais de direitos humanos, inclusive recepcionadas pelo direito brasileiro, como aquela em que ocorre "quando há a

que os fatos contextualizados necessitarão da interpretação e aplicação do princípio da não discriminação.

Além disso, o conceito jurídico de discriminação tipificado nos tratados e convenções internacionais coíbe o "propósito" e o "efeito" de discriminar, os quais indicam para outras categorias jurídicas, também apanágio do direito da antidiscriminação. Conhecidas como modalidades de discriminação, a discriminação direta e a discriminação indireta agregam lentes de análise de casos discriminatórios para aprofundar as suas configurações e subsidiar tanto os seus afastamentos quanto promover políticas públicas adequadas e transformativas de realidades desiguais.

## 2.2 Discriminação direta e indireta

A modalidade da discriminação direta tem como característica o direcionamento da diferenciação ilegítima, proposital e em prejuízo a um indivíduo ou grupo.<sup>30</sup> Outro dado de sua identificação é a presença da intenção em discriminar ao lado da violação de algum critério proibido de discriminação.<sup>31</sup> Um método utilizado para a sua identificação é o da análise comparativa, isto é, compara-se indivíduo ou grupo na mesma situação, porém com tratamento desfavorável, sem justificção racional, isto é, trato ilegítimo.<sup>32</sup>

Já a discriminação indireta se dá quando medidas, decisões e práticas aparentemente neutras e não explícitas resultam em impacto diferenciado ilegítimo sobre indivíduos e grupos<sup>33</sup>, gerando a discriminação. Nessa esteira, não se conecta com a motivação discriminatória, mas ao impacto e ao resultado discriminatório da

---

concomitância de mais de um critério proibido de discriminação, gerando uma complexidade no caso discriminatório a ser analisado." Para maiores aprofundamentos, ver SILVA, Rodrigo da. **Discriminação múltipla como discriminação interseccional**: as conquistas do Feminismo Negro e o Direito da Antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>30</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 89.

<sup>31</sup> DROSHOUT, Dimitri. (coord.). **Non-Discrimination Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 49 e p. 237.

<sup>32</sup> BAMFORTH, N.; MALEIHA, M.; COLM, O. **Discrimination Law**: theory and context. London: Sweete & Maxwell, 2008, p. 262 e p. 275.

<sup>33</sup> RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008, p. 117.

medida, mesmo que sem a intenção de discriminar. A discriminação indireta é composta por três elementos. O primeiro e principal está relacionado a não intencionalidade do ato discriminatório. O segundo consiste na existência de um prejudicial efeito, o qual atinge desproporcionalmente e de maneira desvantajosa indivíduos e grupos. O terceiro elemento é se a prática discriminatória e os seus meios são justificáveis.<sup>34</sup>

Em síntese, na primeira modalidade há a intencionalidade de discriminar um indivíduo ou grupo<sup>35</sup>, enquanto na segunda não se tem a intenção de discriminar, mas há um prejudicial e injustificado efeito do ato discriminatório.<sup>36</sup> Normalmente, nesses momentos comparativos reside a justificação premente em decisões e argumentações com o objetivo de 1) demonstrar a discriminação; 2) expor as consequências da diferenciação injusta sobre indivíduos e grupos; e 3) propor o tratamento antidiscriminatório adequado e conforme as normas constitucionais.

Os elementos acima descritos são complementados pelo âmbito de proteção contra a não discriminação, onde os direitos fundamentais são protegidos, podendo se dar nas diversas relações sociais de indivíduos e grupos.<sup>37</sup> Com efeito, a constatação de alguma discriminação está também ligada ao contexto vivenciado, em que há o tratamento desfavorável e negação de algum critério proibido de discriminação. Assim sendo, as compreensões de igualdade e não discriminação são complementares, permitindo um concreto enfrentamento das questões discriminatórias. Nesse caso, é evidente a verificação do momento discriminatório e se há manutenção de privilégios, construção de hierarquias sociais e formação de estereótipos, no âmbito das dinâmicas discriminatórias onde se formam estruturas de subordinação. Esse caminho requer uma exposição e definição sob a ótica da interpretação, do discurso e da argumentação.

---

<sup>34</sup> DROSHOUT, Dimitri. (coord.). **Non-Discrimination Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 372.

<sup>35</sup> DROSHOUT, Dimitri. (coord.). **Non-Discrimination Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 49.

<sup>36</sup> DROSHOUT, Dimitri. (Coord.). **Non-Discrimination Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007, p. 372.

<sup>37</sup> BORRILLO, Daniel. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 71, 2013, pp. 543-556.

### 3 A teoria do discurso e da argumentação jurídica de Robert Alexy

A confluência de princípios no ordenamento normativo exige as suas interpretações no momento de se dizer o Direito. Tal exigência trilha caminho, lado a lado, com uma necessária teoria da decisão para a compreensão dos princípios, como o princípio da não discriminação objeto desta investigação. A teoria discursiva, dos princípios e da argumentação jurídica propostas por Robert Alexy revelou o seu esforço acadêmico e prático para atender essa procura por uma decisão correta diante de imprecisões da linguagem do Direito, dos possíveis conflitos normativos, com a proposta de uma metodologia jurídica. Em seu arcabouço teórico, o autor problematiza e investiga a questão da justificação nos julgamentos e, de antemão, propõe determinados procedimentos.<sup>38</sup> Problemas interpretativos como a imprecisão e a presença de princípios jurídicos dotados de generalidade e com potencial contradição, exigem justificação sobre as escolhas de quem decide, em um tipo de decisão de preferência.<sup>39</sup>

Outro questionamento trazido por Alexy é sobre a possibilidade de julgamentos de valor relacionando-os com a interpretação jurídica, isto é, se os julgamentos de valor também podem ser justificados. Nessa toada, as avaliações morais ocupariam o espaço das decisões valorativas e Alexy refere que a tomada de decisões deve ser orientada juridicamente por "*valores moralmente corretos, do tipo relevante*". Entretanto, alude ser equivocada a afirmação que os julgamentos de valor inserem questões morais do intérprete<sup>40</sup>, o que só se daria sem uma avaliação objetiva de quem interpreta.<sup>41</sup> Aqui, em que pese as possíveis críticas sobre as dificuldades de justificação pelo autor sobre a potencial inclusão de valores morais na justificação pela argumentação jurídica<sup>42</sup>, será exposta a tentativa de Alexy em articular a proposta de soluções através do discurso jurídico.

<sup>38</sup>ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 17.

<sup>39</sup>ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 19-20.

<sup>40</sup>As relações entre princípios e valores serão tratadas no item 3.2.

<sup>41</sup>ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 20-22.

<sup>42</sup>Lenio Streck expõe limitações à teoria da argumentação jurídica de Alexy: "*a teoria do professor alemão aceita espaços discursivos em que o intérprete pode se mover sem se comprometer com uma resposta correta. O projeto alexyano (que não se confunde com o modo que a doutrina e a jurisprudência brasileira o recepcionou), de alta sofisticação e muito bem elaborado, acaba*

Sob tal ótica, o discurso jurídico se daria por determinados argumentos. Por exemplo, o denominado argumento 1) empírico, o qual descreve e traça paralelo entre o discurso e a sua aplicação, traçando a motivação do argumento; além disso, é dotado de base 2) analítica, em que se estrutura e se organiza logicamente; e, por fim, o argumento discursivo se dá pela forma 3) normativa, na qual há a justificação dos critérios eleitos para a *"racionalização do discurso jurídico"*.<sup>43</sup>

A relação dessas bases argumentativas na teoria de Alexy e a interpretação/aplicação do princípio da não discriminação pode ser vista na seara da justificação racional argumentativa. Casos de discriminação postos em xeque frente ao aludido princípio devem ser analisados com a racionalidade e justificação em decisão de preferência propostos pelo autor alemão. Um exemplo são as recorrentes discussões sobre ações afirmativas e se há alguma violação à igualdade e à não discriminação com a sua concessão, ou, até mesmo, colisões entre ambas. Normalmente, aqueles que refutam a possibilidade de cotas raciais referem que todos são iguais e possuem as mesmas oportunidades, sendo que a política pública seria uma espécie de discriminação aos que não são pretos. De outro modo, sobre a constitucionalidade da concessão de cotas raciais há a justificação argumentativa, com motivações empíricas, isto é, nos contextos de discriminação, de maneira analítica e estruturada em discurso jurídico normativo. Isso significa que, pela argumentação jurídica, há a potencialidade para administrar a Justiça de acordo com ditames legais e, cognitivamente, coibir a discricionariedade pelo argumento racional com espreque em padrões da razão prática, conceitos de Justiça assentados na comunidade<sup>44</sup>, no tocante à igualdade e à não discriminação.

A justificação pelos argumentos jurídicos sobre a propositura de uma política pública inclusiva, avançando pela igualdade material conjugada pela não discriminação, se daria pela demonstração da histórica opressão sofrida por pretos, suas restrições nos exercícios de direitos em sua plenitude e a necessária mudança nesse quadro a permitir as suas mobilidades sociais. Paralelamente, pode-se argumentar que, de acordo com o conceito jurídico de discriminação, são as minorias

---

*demonstrando algumas limitações.*" Ver STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. No item 4 serão problematizadas essas críticas.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 26.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 28-34.

que sofrem discriminação, sendo que as maiorias políticas ligadas à branquitude, no caso exemplificado, não se enquadram na definição de discriminados.

A relevância acerca de casos discriminatórios, como no exemplo supracitado em confronto com o princípio da não discriminação, é a de colocar, no centro do debate, a prática e a argumentação jurídica, em que nem todas as discussões entram nesse meio.<sup>45</sup> Por isso, não serão meras elucubrações midiáticas ou baseadas em intuições que fundamentarão o argumento jurídico. Muito além, o ato argumentativo, para ser dotado de racionalidade jurídica, deve reunir determinados aspectos, conforme aventado por Alexy. Em sua tese, ele refere que há os aspectos internos, por exemplo, o silogismo jurídico e racionalidade das premissas em que julgamento jurídico segue normas universais em suas afirmações. Ao lado tem-se os aspectos externos, em que há a racionalidade de um julgamento e as suas formas.<sup>46</sup>

Alexy coloca as regras da justificação externa em seis grupos, quais sejam, a argumentação empírica, os cânones de interpretação, a argumentação dogmática, uso dos precedentes, argumentação geral prática e formas especiais de argumentos jurídicos.<sup>47</sup> Respeitados os limites desta investigação, serão estabelecidas relações com parte desses grupos em diálogo com o princípio da não discriminação, sua interpretação e aplicação.

No campo da antidiscriminação, o debate sobre a consideração de suas categorias em conexão com dados da realidade é amplo, levando em conta como são engendradas as dinâmicas de subordinação em detrimento da isonomia. Por isso, na compreensão de seus institutos jurídicos, como as modalidades de discriminação direta e indireta, não basta o mero silogismo ou cânones interpretativos dotados de argumentos de autoridade como refere Robert Alexy. É mister ir além, capturar o fenômeno jurídico discriminatório com lentes que aprofundem a visão dos estudiosos do direito, tanto no centro da desigualdade quanto para as bordas de uma cartografia social que, por vezes, invisibiliza a discriminação. Devido a isso que as situações, aparentemente neutras, imotivadas e

---

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 211-212.

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 218-224.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 225.

em caráter omissivo<sup>48</sup>, também são geradoras de subalternidades. Essas realidades sofridas por indivíduos e grupos, tantas vezes não ouvidos e vistos, reclama contextualização fática a ser atentada pelo Direito. Como decorrência, o debate com outras disciplinas é salutar, como a produção de dados econômicos, sociológicos, antropológicos, psicológicos, linguísticos, naquilo que Alexy refere como cooperação interdisciplinar.<sup>49</sup>

Essa cooperação faz parte da regra-tipo de argumentação jurídica definida como empírica. Nesse âmbito, o discurso argumentativo se enlaça com afirmações fáticas, eventos e ações de indivíduos e grupos lastreados pelos aludidos campos do conhecimento.<sup>50</sup> Assim, a eleição de uma ação afirmativa como as cotas raciais exige argumentação jurídica racional, sendo que os dados empíricos do modelo alexyano são meios possíveis para problematizar e propor justificção racional para a sua adoção. Por conseguinte, a proposta pela política pública deve demonstrar a não violação à igualdade e à não discriminação, sendo que, conforme dados sociológicos e estatísticos, as minorias raciais sofrem com histórico de exclusão. E mais, revelar que isso tem impactado no livre e igualitário acesso a bens caros à dignidade humana, como a educação e o trabalho, conforme dados econômicos, por exemplo. Na mesma linha, pode-se apontar o corriqueiro foco dessa população em discurso e linguagem preconceituosa e carregada de estigmas por diversas quadras históricas, em que a argumentação empírica é contundente para a correta interpretação do princípio da não discriminação ao lado da justificção para a adoção de políticas de cotas raciais sem a sua violação.

Outra regra-tipo é a argumentação dogmática, na qual projeta-se o significado da ciência jurídica por três vias, quais sejam, a descrição da lei, a sua análise conceitual e sistemática de forma multidimensional.<sup>51</sup> Nesse sentido, as divide de três dimensões: a descritiva-empírica, em que descreve e analisa a atividade

---

<sup>48</sup> É possível apontar como medidas neutras, por exemplo, construções sem acessibilidade para as pessoas com deficiência, em que há a aparente não intenção de discriminar, mas tem esse efeito; o anúncio de contratação para vaga de emprego com a exigência de "boa aparência" ou a negativa de contratação por não "se ter o perfil ideal para a empresa"; ou a recorrente difusão de imagens de alerta sobre tipos de indivíduos perigosos normalmente descritos como pretos, assim como as constantes imagens relacionadas ao belo ou ao melhor modo de vida em publicidades ligadas à branquitude.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 218-226.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 218-224.

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 241.

jurisdicional, isto é, a práxis jurídica. Ao lado, há a dimensão normativa-prática, em que há as interpretações das normas, de forma crítica e elucidativa, sobre a prática jurisdicional. Por fim, a dimensão lógico-analítica, na qual se estabelece o estudo dos conceitos em sua logicidade, mormente diante de normas e princípios.<sup>52</sup>

A elaboração de formas e regras atinentes à argumentação jurídica alexyana tem por objetivo a sua institucionalização (do discurso prático em ordem jurídica), isso como forma de lidar com as imprecisões, as incertezas na linguagem jurídica e o potencial conflito ou colisões.<sup>53</sup> Essa contribuição teórica é pertinente para a interpretação do princípio da não discriminação. Diante de um cenário de conflitos normativos, principalmente nas referidas colisões entre princípios, é que Robert Alexy debruçará boa parte de sua obra e investigação científica e, em seu ponto de vista, buscará diminuir discricionariedades no processo decisório.

### 3.1 A norma jurídica para Alexy e o princípio da não discriminação

A disciplina da antidiscriminação trata de uma gama de situações em que a arena de debate e interpretação sobre o princípio da não discriminação é constrangido também em uma diversidade de processos decisórios. Nesse sentido, espaços argumentativos tendentes à discricionariedade podem surgir, cujas brechas devem ser enfrentadas pelos intérpretes a evitar a subjetividade das decisões, afinal o Direito é balizador limite de movimentos sociais e políticos tendentes a ruir pilares democráticos assentados sobre bases constitucionais. A teoria desenvolvida por Robert Alexy é uma tentativa argumentativa para lidar com isso e culmina com a construção de um conceito de norma jurídica e, pela diferenciação em sua estrutura entre princípios e regras, serve como fundamentação para a compreensão e interpretação de direitos fundamentais.<sup>54</sup> A partir disso, o que se questiona é sobre a

---

<sup>52</sup> Aqui, é possível verificar o gérmen sobre a teoria dos direitos fundamentais, em específico, o estudo da norma que Robert Alexy desenvolverá quase dez anos depois, em que há inserção da ideia multidimensional no campo normativo, o que será tratado nas próximas seções desta pesquisa e as suas relações com o princípio da não discriminação. O interessante é que, na Teoria da Argumentação Jurídica, o autor ainda não estabelece a diferenciação entre regras e princípios sobre a norma jurídica. Ver ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 241.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008, p. 268-270.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85.



potencialidade do discurso e da compreensão da norma jurídica em seu conceito regra-princípio para a interpretação do princípio da não discriminação imune aos argumentos *extra* Direito e consoante o subjetivismo de quem decide. Para tanto, a articulação de conceitos chave na dogmática jurídica trazida pelo modelo alexyano é necessária para elucidação e possível elaboração conclusiva sobre o tema.

Ponto crucial para o entendimento sobre norma jurídica na teoria de Alexy é a diferença entre regra e princípio, isto é, como que se dá a estruturação da norma para o enfrentamento de problemas pela dogmática jurídica.<sup>55</sup> Para tanto, ele argumenta que regra e princípio são normas que expressam deveres, permissões ou proibições, sendo que os princípios carregam grau de generalidade relativamente alto, enquanto regras detêm grau de generalidade relativamente baixo.<sup>56</sup> É exatamente esse grau que é considerado fator decisivo que os distingue, de forma qualitativa.<sup>57</sup> Assim, princípios são mandamentos de otimização *"caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo que dado de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas"*.<sup>58</sup> Ao passo que as regras representam tipos de normas que são ou não são satisfeitas, mediante determinações realizáveis dentro do campo fático e jurídico.<sup>59</sup>

A representação mais perceptível entre regras e princípios se dá quando ocorre algum *conflito* entre regras, cuja excepcionalidade vige, ou seja, entre a proibição e o dever, a exceção o resolve, sob pena de invalidade. De outro modo, na *colisão* entre princípios, a solução se dá pela precedência de um com relação a outro, cujo âmbito de "disputa" se dá na dimensão do peso.<sup>60</sup> De acordo com essa lógica e modelo, uma regra que define uma política pública direciona a um dever de realizá-la e passa pelo escrutínio, primeiramente, legislativo e, posteriormente, em vigor, ainda se submete à análise se não há conflito com outra regra sobre o tema. Não

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

<sup>59</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

<sup>60</sup> Como Robert Alexy menciona, os conflitos entre regras se dão na dimensão da validade da norma, enquanto as colisões entre princípios se dão na dimensão do peso, em que as soluções se dão de maneiras diferentes. Ver ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-94.

havendo quaisquer cláusulas de exceção, a regra assume contornos de validade. Além disso, essa regra deve ser vista conforme os seus efeitos gerados em uma perspectiva fática e jurídica de seu alcance. Logo, na sua realização gravitam princípios jurídicos, os quais merecem atenção. Dentre eles, como na abordagem de ações afirmativas, há o princípio de não discriminação, o qual tem que ser respeitado no âmbito de concretização da política pública e deve ser avaliado com relação a outros princípios. Seguindo a linha de raciocínio desta investigação, ele pode ser confrontado com o princípio da igualdade em sua face formal, por exemplo. Nesse campo que o modelo alexyano de definição de princípios e sua definição como mandado de otimização atua.

Na dimensão peso, a questão seria sobre qual teria precedência em caso de colisão, sendo que Alexy propõe o chamado *sopesamento* dentro da lei de colisão. Nessa esteira, o escopo é “*definir qual dos interesses-que abstratamente estão no mesmo nível- tem maior peso no caso concreto*”.<sup>61</sup> Com efeito, o procedimento proposto analisa as circunstâncias ou condições de cada caso para a verificação da precedência entre um princípio ou outro, servindo como suporte fático para que uma regra reflita uma consequência jurídica, através dos aludidos mandamentos de otimização.<sup>62</sup> Nessa seara, dado que os princípios se realizam na “*maior medida possível dentro de possibilidades fáticas e jurídicas, sem mandamento definitivo, mas mandamentos prima facie*”, isto é, não são razões definitivas (como no caso das regras) e exigem razões suficientes para ceder-se ou não, princípio é tido como fundamento.<sup>63</sup>

Como decorrência, o lastro de fundamentação no espaço conflitivo entre princípios, como, por exemplo, princípio de igualdade formal e princípio de não discriminação exige a exposição de condicionantes para a precedência de um sobre outro. O ponto de partida é o caráter mandamental de escala inicial de ambos e, dentro do escrutínio das possibilidades fáticas e jurídicas, busca-se razões

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 95.

<sup>62</sup> O autor descreve o papel essencial das condicionantes na relação de precedência, conforme as possibilidades e fórmulas: (1)  $P1 \ P \ P2$  ou (2)  $P2 \ P \ P1$  ou (3)  $(P1 \ P \ P2) \ C$  ou (4)  $(P2 \ P \ P1) \ C$ . Para aprofundar o tema, ver ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 95-97.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 105-108.

suficientes para aquele de maior peso ter precedência sobre o outro. É relevante gizar o quilate jurídico presente no âmbito de realização dos princípios e não só fático, o que pode demonstrar o apego às balizas do Direito na interpretação principiológica ao argumento utilizado no também discurso jurídico. Dessa sorte, restringe-se a atividade do intérprete ao “universo” dotado de juridicidade, mesmo que não alheio às condicionantes fáticas. É estabelecido núcleo duro e jurígeno, nesse sentir, cujos pilares democráticos devem ser sedimentados por junções constitucionais não invadidas pelo *extra juris*, por mais que atentos ao diálogo operativo do intérprete com os fatos e outros saberes, em que pese ainda restar os riscos subjetivistas e discricionários de quem decide.

#### 4 Princípios jurídicos, ponderação e análise crítica

Como princípio é fundamento que estabelece direitos *prima facie*, para Robert Alexy, não são dotados de caráter absoluto. Assim, ele utiliza de suas ferramentas metodológicas e procedimentais para solução das colisões. Para isso, o autor relaciona a sua teoria dos princípios com a máxima da proporcionalidade, composta por três máximas: a idoneidade ou adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>64</sup>

De maneira objetiva, respeitados os limites desta investigação, as máximas podem ser resumidas da seguinte forma, conforme compreensão de alguns autores sobre o tema<sup>65</sup>: a idoneidade busca compreender se o princípio que está no campo de interpretação é adequado para a proteção do direito em discussão; a necessidade é correlacionada com outras medidas, quando tem que se verificar se há outros meios para a proteção do direito por mandamento menos gravoso, isto é, se há outra medida; enquanto a proporcionalidade em sentido estrito (também denominada sopesamento ou ponderação) analisa o peso de afetação dos direitos envolvidos e em colisões, ou seja, campo de atuação em si como mandamentos de otimização em

<sup>64</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117.

<sup>65</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1 (2003): 607-630; HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 1, n. 1, 2000, p. 113-122.

face de possibilidades fáticas e jurídicas. Isso se dá e escala denominada, por Alexy, como triádica, na qual a ponderação se dá no âmbito das possibilidades fáticas, enquanto a idoneidade e a adequação no campo das possibilidades jurídicas.<sup>66</sup>

Desse modo, na relação de precedência entre princípios jurídicos, como no caso de *igualdade formal v. não discriminação*, no modelo Alexy, a máxima da proporcionalidade forneceria subsídios de análise e interpretação capazes de potencializar o direito em discussão. Assim sendo, propor uma política pública por ações afirmativas como cotas raciais e o seu confronto entre normas jurídicas universalizantes e medidas substantivas, atentas ao princípio de não discriminação, reclama meios de solução dessas colisões. A colocação desse embate principiológico sob os elementos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito seria um mote para a higidez do sistema jurídico mediante o contrabalanceamento dos princípios e, ainda, interpretá-los em harmonia com o ordenamento constitucional vigente. Na teoria de Alexy, seria um diálogo entre a teoria da argumentação e a teoria da norma jurídica, com fundamento em seu ideal clivado de regras e princípios em clara ação.

Com efeito, segundo o paradigma de Alexy, no caso da ação afirmativa sob comento, questionamentos como 1) se a política pública eleita está de acordo com objetivos legítimos, 2) se a política pública atinge esse objetivo legítimo sem por limites ou limites mínimos a direitos contrapostos e, 3) se os direitos fundamentais no direito da antidiscriminação de forma sistemática são fomentados, permeiam o centro dessa discussão.

Dentro dessa perspectiva, a diferenciação estabelecida entre princípios e valores é medida relevante, em que pese terem semelhanças. A primordial diferença é que os princípios são tidos como deontológicos e os valores são axiológicos, ou seja, conceitos imbricados com o dever ser, proibido, permitido de um lado e conceitos de bom de outro; valores dizem o que é melhor, princípios o que é devido, sendo que para a seara jurídica o importante é o que deve ser.<sup>67</sup> A abordagem de Alexy sobre o tema tem como fim o Direito como pretensão de correção, no qual

---

<sup>66</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117.

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 146-153.

considera argumentos morais, em que normas jurídicas somente serão válidas quando corretas quanto ao seu conteúdo e conforme a moralidade.<sup>68</sup> É exatamente aqui que o modelo alexyano tem recebido críticas contundentes quanto ao alcance de argumentos e escolhas sobre o critério moral, bem como os limites de sua capacidade em conter o decisionismo e a discricionariedade no processo decisório.

#### 4.1 A ponderação e a Crítica Hermenêutica do Direito

O próprio Alexy menciona em sua obra as críticas à ponderação, no sentido de ser considerado um modelo não atento ao controle racional, no qual permitiria subjetivismo e decisionismo dos julgadores.<sup>69</sup> Realmente qualquer linha teórica e interpretativa no Direito não é imune às refutações e não limita novas contribuições. Fazer ciência comporta a análise, a aplicação, a verificação de resultados e a sua confirmação teórica ou readequações, sendo que na ciência jurídica não é diferente. No laboratório jurídico através das lentes investigativas da interpretação, no tecido social arena de lides e na busca de compreensões sobre diversos temas, a necessária atenção ao Direito e às suas categorias jurídicas iminentes proporcionam ferramentas adequadas para o ato de interpretar. Nesse meio, quando se fala em princípios jurídicos, os choques entre essas ferramentas efervescem e tornam latentes aos olhos do intérprete os seus reais riscos, mormente para aqueles que detêm a função de decidir e para os jurisdicionados. Uma das críticas reveladoras disso parte da constatação de que

[...] o atual sopesamento dos princípios jurídicos, seria a cisão metafísica entre razão teórica e razão prática, característico da filosofia da consciência. A concepção de razão prática, que parece ser determinante também para Alexy, fundar-se-ia na esperança na liberdade deliberativa do sujeito sobre questões morais valorativas, como uma faculdade do querer.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Direito e moral: positivismo, não positivismo e aplicação das normas jurídicas. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 1 – 18 | Jan/Jun. 2018.

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 163-164.

<sup>70</sup> MORAIS, F. S. de. UMA DISCUSSÃO HERMENÊUTICA À CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO. **Unoesc International Legal Seminar**, [S. l.], p. 621–638, 2014.

Mesmo com a diferenciação aludida por Alexy sobre valores e princípios, há os riscos de liberalidade no ato interpretativo, cuja influência da filosofia da consciência ocasionaria uma espécie de contaminação no centro das categorias jurídicas necessárias e autônomas na atividade do intérprete. E, no campo hermenêutico, isso se reveste de riscos para o descalabro decisionista-subjetivista com o uso argumentativo, inclusive, de fundamentos alheios ao Direito. Em que pese a resposta a isso por Alexy pela convalidação racional da escolha<sup>71</sup>, a discricionariedade teria alto potencial de ser parte expressiva no ato de decidir.

Com isso, aponta-se que a participação do intérprete não teria abertura para o que está fora do conhecimento jurídico. A confusão entre princípio e valor tem como obstáculo a linguagem, não podendo se perfazer o tipo sopesamento sem limites.<sup>72</sup> Com esse diálogo crítico, é possível ter em conta que princípio representa, em sua ontologia, a reunião entre direito, moral e ética, cujas razões não devem ser incluídas ao Direito pelo subjetivismo do intérprete, como poderia se dar pela proposta de Alexy, os quais estão presentes desde sempre.<sup>73</sup> É a linha adotada pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD):

[...] a revolução promovida pela Crítica Hermenêutica do Direito contra o regime positivista enfrentaria o chavão pelo qual os princípios jurídicos – como conceitos indeterminados ou abertura semântica das preposições jurídicas – abririam a interpretação. A interpretação do Direito é algo sempre aberto. Quando a filosofia passou a se concentrar no âmbito da linguagem como lócus do filosofar, assumiu-se o ônus das precompreensões como fontes de abertura e

---

Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4387>. Acesso em: 17 ago. 2021, p. 629.

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 164-165 e MORAIS, F. S. de. UMA DISCUSSÃO HERMENÊUTICA À CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO. **Unoesc International Legal Seminar**, [S. l.], p. 621–638, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4387>. Acesso em: 17 ago. 2021, p. 629..

<sup>72</sup> MORAIS, F. S. de. UMA DISCUSSÃO HERMENÊUTICA À CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO. **Unoesc International Legal Seminar**, [S. l.], p. 621–638, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4387>. Acesso em: 17 ago. 2021, p. 630.

<sup>73</sup> MORAIS, F. S. de. UMA DISCUSSÃO HERMENÊUTICA À CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO. **Unoesc International Legal Seminar**, [S. l.], p. 621–638, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4387>. Acesso em: 17 ago. 2021, p. 630.

fechamento da interpretação.<sup>74</sup>

É exatamente esse sentido de fechamento interpretativo que permeia as lições vindas da CHD, cujo propósito é o de justamente sair das eventuais armadilhas pela forma de compreensão sobre os princípios no ordenamento jurídico. A dicotomia sobre os *hard cases* e *easy cases*, em que a abertura interpretativa é capaz de dar azo à interpretação em espaços intersticiais potentes de discursos subjetivos e discricionários, é um exemplo. Em sentido oposto, a CHD revela que os princípios introduzem o mundo prático no Direito e fecham a interpretação<sup>75</sup>, sem os riscos e problemas ocasionados pelo sujeito solipsista da razão prática, identificando a raiz do problema pela carga de subjetividade do processo decisório e diminuindo o seu espaço:

E é justamente nesse aspecto que Alexy se afasta de posturas substancialistas como a Crítica Hermenêutica do Direito e a teoria integrativa de Dworkin. Essa a razão pela qual, ao final da sua teoria da argumentação, Alexy admite haver espaços do “possível discursivamente”, ainda que dentro desse terreno haja respostas antagônicas, ambas sob a tutela da “racionalidade procedimental”. Desse modo, os problemas ligados à ponderação residem no deslocamento da hierarquização “ponderativa” em favor da “subjetividade” (assujeitadora) do intérprete. No fundo, volta-se, com a ponderação, à discricionariedade, apenas sob a ilusão de um suporte metodológico.<sup>76</sup>

Lenio Streck refere que não há o porquê de se estabelecer diferenças entre *hard cases* e *easy cases*, pois há uma pré-compreensão que os antecipa, além do mais o uso da proporcionalidade encerra em hierarquização de princípios pelo intérprete, entendendo o Direito por valores negociáveis e restringindo a força

---

<sup>74</sup> MORAIS, F. S. de. UMA DISCUSSÃO HERMENÊUTICA À CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO. *Unoesc International Legal Seminar*, [S. l.], p. 621–638, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4387>. Acesso em: 17 ago. 2021, p. 630-631.

<sup>75</sup> MORAIS, F. S. de. UMA DISCUSSÃO HERMENÊUTICA À CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO. *Unoesc International Legal Seminar*, [S. l.], p. 621–638, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4387>. Acesso em: 17 ago. 2021, p. 631.

<sup>76</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

normativa de normas jurídicas constitucionais.<sup>77</sup> Seguindo no exemplo utilizado ao longo desta pesquisa, a colisão entre princípios devido à propositura e aplicação de política pública inclusiva de cotas raciais escaparia dos ditames da máxima da proporcionalidade e da ponderação. Assim, a hermenêutica (CHD) não a encararia como abstração e abertura alexyana, mas como parte de fechamento interpretativo em seu ato de aplicação, com viés não discricionário, fundamentado e justificado, com paradigmas substanciais na construção do Direito.<sup>78</sup>

#### 4.2 Potenciais avanços no modelo Alexyano

Em sua obra, ao se dar conta da crítica sobre o decisionismo, Alexy a refuta pelo modelo fundamentado, onde ele traça paralelo entre o sopesamento e a necessária fundamentação racional, ou seja, *“sopesamento é racional quando o enunciado de preferência pode se fundamentado de forma racional”*.<sup>79</sup> Nesse sentido para o jurista alemão, o sopesamento não estaria atrelado a uma questão de importância maior ou menor sobre determinados princípios, mas aos critérios procedimentais sobre a ponderação. No seu sentir, eles não são abstratos ou gerais, mas são uma *“tarefa de otimização”*, na qual há a junção da ponderação ligada à lei de colisão e à argumentação jurídica racional.<sup>80</sup> Nisso, Alexy busca acabamento teórico em seus postulados, agregando a teoria da argumentação jurídica e o seu modelo de princípios e regras baseado nas soluções de colisões pela ponderação e, em resposta às críticas, repisa a sua ideia procedimental e criteriosa no enfrentamento do problema.

A par das críticas, é crível que essa tentativa de certa depuração pelo autor pode ser enriquecida com uma possível estruturação na qual outros critérios podem ser agregados a permitir a aplicação teórica do paradigma alexyano. Se há uma busca estrutural de ponderação para o enfrentamento de discricionariedades nas

<sup>77</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

<sup>78</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 165.

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 173-174.



decisões para segurança e efetivação de direitos<sup>81</sup>, a fórmula peso revela-se de extrema importância para o ideal de Alexy. Essa fórmula é a que “servirá para equacionar e controlar a relação entre graus de intensidade de intervenção e grau de importância.”<sup>82</sup>

Por isso, autores se debruçam com o escopo de aprofundar a realização da ponderação. Como articulado, a regra da ponderação comporta graus, tais como intensidade de intervenção sobre o princípio<sup>83</sup>, por exemplo, o princípio da igualdade formal e a sua justificação, o grau de importância na realização de um princípio como o da não discriminação, também deve ser justificado. Esse cruzamento de graus de justificação, importância, intervenção e realização é característico da ponderação. Nessa perspectiva, discute-se a formulação de níveis de ponderação, em que um nível seria atinente à análise de argumentos substantivos da colisão, conforme a fórmula proposta por Alexy. Enquanto, a chamada ponderação em segundo nível avaliaria a reflexão intersubjetiva dos aplicadores do direito.<sup>84</sup> Seria, segundo LORENZONNI e GAVIÃO FILHO uma via para se evitar ou diminuir o subjetivismo, o que, conforme JAN-R SIECKMANN revelaria:

The idea of autonomy suggests that practical argumentation comprises normative arguments resulting from claims of autonomous agents, the balancing of competing arguments against each other, normative judgements resulting from such a balancing, and a second-order balancing – all of this yielding, then, intersubjectively reflected normative judgements. Being all-things-considered judgements, they can claim definitive validity in a procedural sense.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> LORENZONNI, Pietro Cardia e GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Propostas de desenvolvimento da ponderação: uma análise das críticas de Sieckmann sobre a teoria dos princípios de Alexy. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Volume 39.1, Jan./jun. 2019, p. 209-226.

<sup>82</sup> LORENZONNI, Pietro Cardia e GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Propostas de desenvolvimento da ponderação: uma análise das críticas de Sieckmann sobre a teoria dos princípios de Alexy. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Volume 39.1, Jan./jun. 2019, p. 209-226, p. 214.

<sup>83</sup> LORENZONNI, Pietro Cardia e GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Propostas de desenvolvimento da ponderação: uma análise das críticas de Sieckmann sobre a teoria dos princípios de Alexy. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Volume 39.1, Jan./jun. 2019, p. 209-226, p. 214.

<sup>84</sup> LORENZONNI, Pietro Cardia e GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Propostas de desenvolvimento da ponderação: uma análise das críticas de Sieckmann sobre a teoria dos princípios de Alexy. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Volume 39.1, Jan./jun. 2019, p. 209-226, p. 280.

<sup>85</sup> Tradução do autor: A ideia de autonomia sugere que a argumentação prática compreende argumentos normativos resultantes de reivindicações de agentes autônomos, o equilíbrio de argumentos concorrentes uns contra os outros, julgamentos normativos resultantes de tal equilíbrio,

A inclusão de um segundo nível de ponderação teria potencialidade para o incremento da compreensão sobre a lei de colisão, permitindo um sopesamento mais bem acabado em confronto às tentações subjetivistas-decisionistas na atividade do intérprete. Nessa toada, por mais que as colisões com o princípio da não discriminação reclamem o sopesamento com indício de abertura interpretativa, o seu fechamento poderia se dar pela reflexão intersubjetiva na aplicação jurídica no caso concreto, com modelo substancial para o Direito. Isso ampliaria o espectro de argumentação e de propositura de soluções racionais, fáticas e jurídicas, a permitir uma maior realização do princípio da não discriminação.

## Conclusão

Ao fim deste estudo, foi possível articular a compreensão e interpretação do princípio jurídico da não discriminação com a teoria da argumentação jurídica e da norma jurídica, bem como as suas relações com a técnica da ponderação desenvolvida por Robert Alexy. A problematização da não discriminação na arena democrática e constitucional devido as colisões com princípios pode ser subsidiada pelo modelo alexyano de interpretação. Contudo, como constatado, as lacunas na sua tese, como os riscos de confusão entre princípios e valores, suas hierarquizações e a tendenciosa interpretação decisionista-subjetivista pode dar azo às arbitrariedades no processo decisório.

Como demonstrado ao longo do texto, a literatura jurídica é seminal nas críticas construtivas e substanciais à teoria desenvolvida por Alexy, principalmente nas relações triádicas propostas e a sua técnica de ponderação em casos de colisões entre princípios. Exemplo disso é a Crítica Hermenêutica do Direito, cujos ensinamentos servem como medidas imunizantes às irritações no sistema jurídico e as suas interpretações sob os riscos da discricionariedade e da subjetividade no processo decisório refém da filosofia da consciência e do sujeito solipsista. A

---

e um equilíbrio de segunda ordem - tudo isso rendendo, então, julgamentos normativos refletidos intersubjetivamente. Sendo julgamentos considerados todas as coisas, eles podem reivindicar validade definitiva em um sentido procedimental. SIECKMANN, Jan-R. **The Logic of Autonomy Law, Morality and Autonomous Reasoning**. OXFORD AND PORTLAND, OREGON: Hart Publishing, 2012, p. 23.

compreensão de que princípios colocam o mundo prático no Direito em fechamento interpretativo é hipótese de solução potencial para dirimir a questão enfrentada.

A complexidade do tema problematizado, como nas colisões entre o princípio da não discriminação e eventuais princípios em contraposição, por se tratar de situações de impacto na realidade de indivíduos e grupos subalternizados, requer medidas transformativas. Para isso, as decisões que se debruçam sobre esses temas devem, além de seguir procedimento/metodologia de solução de colisões, o qual a ponderação é uma das alternativas, a restrição do sopesamento ao Direito e a sua pré-compreensão na prática e aplicação, sem liberalidades subjetivistas é um mote de extrema relevância de homenagem à constitucionalidade.

Nessa senda, a argumentação jurídica com justificações racionais e a fórmula peso utilizada na ponderação, comportando as críticas, pode atentar a potenciais avanços em sua aplicação. A inclusão de mais níveis no campo do sopesamento, além dos seus argumentos substantivos, o nível da reflexão intersubjetiva seria aliado a prestar higidez e controle sobre o método, a permitir a sua operacionalidade como ferramental a manter a harmonia do sistema jurídico constitucional e, no caso desta pesquisa, combater a prática discriminatória com conteúdo e concretude.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BAMFORTH, N.; MALEIHA, M.; COLM, O. **Discrimination Law: theory and context**. London: Sweete & Maxwell, 2008.

BORRILLO, Daniel. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 71, pp. 543-556, 2013.

BRASIL. Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 10 ago. 2021.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 1, 2003, 607-630

DROSHOUT, Dimitri. (Coord.). **Non-Discrimination Law**. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination Law**. 2nd edition. New York: Oxford University Press, 2011

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Direito e moral: positivismo, não positivismo e aplicação das normas jurídicas. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 1-18, Jan/Jun. 2018.

HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 1, n. 1, 2000, p. 113-122.

LORENZONNI, Pietro Cardia e GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Propostas de desenvolvimento da ponderação: uma análise das críticas de Sieckmann sobre a teoria dos princípios de Alexy. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Volume 39.1, Jan./jun. 2019, p. 209-226.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAIS, F. S. de. UMA DISCUSSÃO HERMENÊUTICA À CONCEPÇÃO DE PRINCÍPIO COMO MANDAMENTO DE OTIMIZAÇÃO. **Unoesc International Legal Seminar**, [S. l.], p. 621–638, 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4387>. Acesso em: 17 ago. 2021.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

ONU. Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Artigo I: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf) Acesso em 09 ago. 2021.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2003.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIECKMANN, Jan-R. **The Logic of Autonomy Law, Morality and Autonomous Reasoning**. OXFORD AND PORTLAND, OREGON: Hart Publishing, 2012.

SILVA, Rodrigo da. **Discriminação múltipla como discriminação interseccional**: as conquistas do Feminismo Negro e o Direito da Antidiscriminação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.



## 8. A (IN)ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DA DECISÃO QUE VEDOU A CUMULAÇÃO DE ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE



<https://doi.org/10.36592/9786554600057-08>

*Rafael Selicani Teixeira*<sup>1</sup>

### **Resumo**

A pesquisa tem como objetivo analisar em que medida a recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho no IRR 239-55.2011.5.02.0319, vedando a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos, pode ser considerada adequada à constituição brasileira. Inicialmente, serão apresentadas as principais ideias e conceitos da Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida pelo prof. Lenio Streck, principalmente aqueles relacionados com a teoria da resposta adequada à constituição. Posteriormente, será analisada a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho no IRR 239-55.2011.5.02.0319 e os seus fundamentos jurídicos, sob o prisma crítico da hermenêutica jurídica. Ao final, será apresentada a conclusão no sentido de que a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho não pode ser, sob o prisma crítico hermenêutico, considerada uma resposta adequada à constituição brasileira. A pesquisa utilizou o método fenomenológico-hermenêutico, com base na matriz Heideggeriana. Os procedimentos técnicos utilizados foram bibliográficos e documentais.

Palavras-chave: Crítica Hermenêutica Jurídica. Resposta Adequada à Constituição. Tribunal Superior do Trabalho.

### **Introdução**

O presente artigo é resultado dos estudos desenvolvidos no Seminário Hermenêutica, Interpretação do Direito e Linguagem, do curso de doutorado do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, ministrado pelo professor Dr. Lenio Luiz Streck. Neste seminário, os doutorandos debateram o modelo hermenêutico-interpretativo vigorante no Direito brasileiro, bem como leram, diversos autores e teorias que tratam da aplicação/concreção do Direito. Ao final,

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela FMP. Graduado em Direito pela UEM. Membro do Grupo de pesquisa Trabalho e Capital da UFRGS e do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH). Analista Judiciário no TRT4 e professor de Direito Processual do Trabalho e Prática Processual Trabalhista na UNIFIN. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0964047420167332>. Email: rafa\_texa@hotmail.com

houve aprofundamento nos conceitos utilizados pela Crítica Hermenêutica do Direito, a qual foi a base referencial dessa pesquisa.

O tema escolhido é a possibilidade de análise da adequação à Constituição de decisões judiciais. Para tanto, adotou-se a Teoria Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida pelo prof. Lenio Streck, como estrutura teórica para analisar a recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho no IRR 239-55.2011.5.02.0319, vedando a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. Sendo assim, o objetivo geral é analisar a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, a fim de responder o seguinte problema de pesquisa: em que medida a referida decisão pode ser considerada adequada à Constituição brasileira (resposta correta)?

A hipótese que se apresenta à problemática é a de que a Crítica Hermenêutica do Direito é um importante amparo teórico na construção de decisões judiciais corretas (adequadas) aos novos desafios jurídicos modernos, principalmente em países de alto grau de inefetividade constitucional.

O texto será dividido em dois capítulos: no primeiro, serão abordados os principais conceitos utilizados pela Crítica Hermenêutica do Direito, como círculo hermenêutico, *applicatio*, diferença ontológica, constrangimento epistemológico, fusão de horizontes, pré-compreensão, resposta adequada à constituição, senso comum teórico e as ideias de coerência e integridade do Direito; no segundo capítulo, serão apresentados os fundamentos jurídicos utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho na decisão proferida no IRR 239-55.2011.5.02.0319, os quais serão analisados sob o prisma crítico hermenêutico, no intuito de examinar se a resposta dada ao caso concreto pelo Tribunal Superior do Trabalho apresenta-se como adequada (correta) à Constituição brasileira.

A metodologia adotada é do tipo qualitativa, utilizando-se dos métodos de pesquisa do tipo revisão de bibliografia, em que se analisarão as principais obras referentes à Crítica Hermenêutica do Direito, e documental, visto que dedicar-se-á ao estudo da previsão no ordenamento jurídico do direito aos adicionais de insalubridade e periculosidade, mormente da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho no IRR 239-55.2011.5.02.0319.



## 2 A Crítica Hermenêutica do Direito e a Possibilidade de Construção de uma Resposta Adequada à Constituição

No Brasil, a doutrina jurídica basicamente se divide em textualistas (positivismo primitivo que aposta no “juiz boca da lei”) e realistas (positivismo que aposta no juiz como autoridade para dizer o direito posto). Em ambas as correntes, se desconsidera a importância da necessidade de uma teoria da decisão, pois ora se aposta na textualidade fria da lei como ponto de apoio da segurança jurídica, ora se apoia no voluntarismo do julgador para a concretização dos direitos constitucionalmente previstos. Assim, não há uma preocupação em entender e refletir sobre os critérios utilizados pelo intérprete/aplicador da norma. A ineficiência do Estado em cumprir as promessas da modernidade<sup>2</sup> (no Brasil, previstas na Constituição de 1988), liberta então a força descontrolada do juiz solipsista<sup>3</sup>.

A partir do giro ontológico-linguístico e na tentativa de superação do positivismo (em todas as suas formas) e, conseqüentemente, da filosofia da consciência<sup>4</sup> (paradigma que fundamenta o subjetivismo moderno), surge a Crítica Hermenêutica do Direito. Nas palavras do seu criador, o professor Lenio Luiz Streck:

O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos “fora” de nós

---

<sup>2</sup> “[...] o Estado Democrático de Direito é um plus normativo e qualitativo, sustentado em dois pilares: a democracia e o resgate das promessas incumpridas da modernidade (concretização dos direitos fundamentais sociais)”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 348.

<sup>3</sup> O solipsismo é a concepção filosófica de que é o sujeito que submete o mundo e o conhecimento. Na modernidade, com o individualismo, surge a ideia do sujeito assujeitador. É o sujeito que se basta a si próprio. A figura do juiz solipsista é duramente combatida pela Crítica Hermenêutica do Direito, pois “não se pode assujeitar as coisas. O solipsismo judicial se coloca na contramão desses constrangimentos cotidianos, do mundo vivido. No Direito, em face do lugar de fala e da sua autoridade, o juiz pensa que pode - e ao fim e ao cabo, assim o faz - assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes nem a Constituição constrange o aplicador (juiz ou tribunal). STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 273/277.

<sup>4</sup> A filosofia da consciência se caracteriza como paradigma filosófico no qual há aquisição e posse do conhecimento pelo sujeito. É na modernidade, por meio do *cogito* de Descartes, que a razão humana passa a ser entendida como detentora dos sentidos das coisas, em oposição ao paradigma objetivista anterior que entendia que os sentidos estavam na substância das próprias coisas. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 73-74.

mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição. Este é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros, como que para dar uma espécie de “testemunho da verdade”. Essa é uma experiência intersubjetiva que está plasmada na ideia de que a linguagem é a condição de possibilidade para acessarmos o mundo.<sup>5</sup>

A Crítica Hermenêutica do Direito se propõe a construir uma teoria que possa justificar de forma racional os critérios utilizados na decisão e, no limite, constranger as decisões que não se mostrarem adequadas à Constituição<sup>6</sup>. Segundo Lenio Streck,

[...] a Nova Crítica do Direito ou a Crítica Hermenêutica do Direito é uma nova teoria que exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana. Dela exsurge a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como “adequada à Constituição”.<sup>7</sup>

Em primeiro lugar, uma das grandes contribuições de Hans Georg-Gadamer à hermenêutica jurídica é o conceito de *applicatio*, que introduz a ideia de que não é possível separar o ato interpretativo, da compreensão e nem da aplicação<sup>8</sup>. Em outras palavras, na interpretação há sempre uma pré-compreensão<sup>9</sup>, antecipação de

---

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 27.

<sup>6</sup> O professor Lenio Streck tem insistido em toda sua produção acadêmica na importância da fundamentação das decisões judiciais, como uma espécie de *accountability*. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 401.

<sup>7</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 39.

<sup>8</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 460.

<sup>9</sup> “Trata-se da pré-compreensão, da antecipação de sentido, em que o horizonte de sentido (pré-juízos) limita o processo de atribuição de sentido. Essa dimensão pré-compreensiva, forjada no mundo prático (faticidade), não é um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo. Essa dimensão ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso

sentido<sup>10</sup> ou visão prévia<sup>11</sup>. Da mesma forma que a aplicação não se dá em abstrato. Desta forma, *applicatio* seria "o espaço que o intérprete terá para atribuir o sentido"<sup>12</sup>. A impossibilidade de interpretação em abstrato se dá, pois se inicia sempre com um sentido antecipado (pré-compreensão) e resulta em uma aplicação, mesmo quando se trata de exemplos hipotéticos.

Quando se transporta para o Direito, a assertiva é de que o texto jurídico somente pode ser compreendido por meio de sua aplicação. Ou seja, a interpretação de um texto jurídico nada mais é do que a própria explicitação da compreensão que se tem daquele texto. E diante da inexistência de grau zero na interpretação, pois desde sempre se encontra no mundo, a compreensão é acessível por meio da e na linguagem<sup>13</sup>. Quando se fala, por exemplo, em emprego, não se fala em qualquer emprego, ou emprego em tese, mas em um determinado emprego, em um lugar e tempo determinados (eis a importância da historicidade<sup>14</sup>). Os conceitos e as coisas não são colados, mas também não existem um sem o outro. Isto é, quando a lei prevê um direito trabalhista, um sentido já se antecipa, de modo que não existe um texto sem norma (sentido) e nem uma norma (sentido) sem texto. Segundo Streck<sup>15</sup>, "não há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato e vice-versa". É, deste modo, na *applicatio* que o sentido jurídico do direito trabalhista previsto na lei aparece.

*Applicatio* é, assim, o fenômeno complexo da aplicação da norma que sempre se inicia pela compreensão, seguida da explicitação dessa compreensão

---

mediante o esforço fenomenológico de explicitação." STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 427.

<sup>10</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 436.

<sup>11</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** – parte I. trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 204-205.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 22.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 22.

<sup>14</sup> "O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta ao seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso. Pois esse sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete,

e, por consequência, por todo processo objetivo histórico". GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 443.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 210.

(interpretação). O intérprete, portanto, para aplicar uma norma (que sempre se dá em um caso concreto), primeiro a compreende, para depois interpretá-la (explicitação da sua compreensão).

Outro conceito importante trabalhado na Crítica Hermenêutica do Direito é o de círculo hermenêutico, como proposto por Martin Heidegger<sup>16</sup>. Por círculo hermenêutico entende-se a ideia de que o conhecimento prático e o conhecimento teórico se relacionam a partir de uma circularidade. De forma sucinta, o círculo hermenêutico descreve o processo de compreensão de um texto que se dá com referência às partes individuais e a compreensão de cada parte individual, relacionada ao todo. Segundo Streck<sup>17</sup>, “no interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, que vai do todo para a parte e da parte para o todo, sem que um e outro sejam “mundos” estanques/separados, fundem-se os horizontes do intérprete do texto”.

A importância do círculo hermenêutico se encontra no fato de que é por meio dele que será feita a distinção entre os pré-juízos verdadeiros e os falsos, pois há um retorno contínuo à pré-compreensão. O próprio Heidegger explicita tal função ao afirmar que

O círculo não deve ser rebaixado a um vitiosum, mesmo que apenas tolerado. Nele se esconde a possibilidade positiva do conhecimento mais originário que, de certo, só pode ser apreendida de modo autêntico se a interpretação tiver compreendido que sua primeira, única e última tarefa é de não se deixar guiar, na posição prévia, visão prévia e concepção prévia, por conceitos ingênuos e “chutes”. Ela deve, na elaboração da posição prévia, da visão prévia e concepção prévia, assegurar o tema científico a partir das coisas elas mesmas.<sup>18</sup>

Em outras palavras, a circularidade hermenêutica exige do intérprete o questionamento dos seus pré-juízos sobre o dispositivo legal (adicional de

---

<sup>16</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** – parte I. trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 204/210.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 405.

<sup>18</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** – parte I. trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 210.

insalubridade, como no exemplo) antes mesmo de tentar interpretá-la. Ou seja, antes de interpretar determinado dispositivo legal – interpretação esta que se dará por meio da *applicatio* – o jurista deve tomar ciência dos seus juízos prévios sobre o texto, de modo que eles sejam confrontados com a tradição<sup>19</sup>. Este processo segundo o professor Streck<sup>20</sup>, “é o duro e necessário tratamento a ser dado à tradição pela temporalidade”. Heidegger vai utilizar o círculo hermenêutico e a diferença ontológica para superar o esquema sujeito-objeto<sup>21</sup>, sendo consideradas as duas ideias centrais da hermenêutica.

A diferença ontológica traduz a ideia de que há uma diferença entre o ser e o ente. Ou seja, o ser não pode ser visto, mas apenas serve para dar sentido aos entes. Conforme explica Streck, “o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser”<sup>22</sup>. De forma prática, é possível dizer que o texto (ente) não é a norma (ser) e nem a norma é o texto. Ambos compõem uma unidade, mas não se equivalem e essa diferença é denominada por Heidegger de diferença ontológica<sup>23</sup>. Em outras palavras, não há texto jurídico descolado da norma que se atribui a esse texto. Novamente, percebe-se a importância da tradição, pois o intérprete “não é livre para atribuir qualquer sentido ao texto”, pois sofre influência da tradição<sup>24</sup> na qual encontra-se

---

<sup>19</sup> Nas palavras de Gadamer, “conseguir pôr um preconceito diante dos olhos é impossível, enquanto este estiver constante e desapercibidamente em obra, porém somente quando, por assim dizer, ele é atraído por estímulo. Esse estímulo procede precisamente do encontro com a tradição”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 304.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 405.

<sup>21</sup> “A ultrapassagem da relação sujeito-objeto em direção à relação sujeito-sujeito implicou o redimensionamento da relação do homem com a sociedade, com as coisas (e com o direito e seus textos). A invasão da filosofia pela linguagem acarreta a própria superação da epistemologia pela ontologia. Sem o essencialismo e sem a certeza-de-si-do-pensamento-pensante, o homem parte para uma nova inserção no mundo. E isso, evidentemente, tinha de provocar uma revolução hermenêutica no campo jurídico, onde as primeiras vítimas são as concepções objetivistas e objetificantes acerca do modus interpretativo da dogmática jurídica. É nesse contexto que a hermenêutica jurídica salta do paradigma reprodutivo para o paradigma produtivo [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 415-416.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 478.

<sup>23</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** – parte I. trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 29.

<sup>24</sup> “Por isso, elaborar constrangimentos epistemológicos equivale a realizar censuras significativas, no sentido de se poder distinguir, através da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (ou melhor, decisões constitucionalmente corretas das incorretas)”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 42.

inserido.<sup>25</sup>

A ideia de diferença ontológica faz muito sentido quando, no que se refere a legislação trabalhista, por exemplo, o intérprete se depara com um dispositivo legal sobre intervalos intrajornada para descanso, por exemplo. Não se trata de qualquer período de descanso ou um período de descanso genérico. Não é do ser que se fala, mas sim de um ente que recebe o sentido do ser. Trata-se daquele período de descanso específico e determinado, que ocorre em determinada jornada de trabalho, em determinado local de trabalho, que proporciona descanso para determinada tarefa, com determinada intensidade e frequência, realizado sob determinadas condições ergonômicas. Portanto, o reconhecimento da diferença ontológica é essencial na interpretação (*applicatio*) da norma pelo intérprete em cada caso concreto. Eis a problemática das inúmeras súmulas e orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho: são tentativas de equiparar o ente ao ser.

Diante da necessidade de desarticular camadas de sentido inautênticas que compõem o horizonte de sentido, Gadamer propõe o conceito de fusão de horizontes. Streck sintetiza que:

Distância temporal é um importante elemento hermenêutico para uma melhor – e diferente – compreensão das coisas, que resulta justamente do contato do texto com novos horizontes históricos que são posteriores ao de sua produção e que produziram as capas que vão sendo sedimentadas.<sup>26</sup>

A ideia desenvolvida por Gadamer é a de que o intérprete não estaria limitado ao que se encontra próximo a ele, no caso a tradição na qual encontra-se inserido. Ou seja, o intérprete reconhece os pré-juízos oriundos da tradição que se encontra, mas não se limita a eles. Seu horizonte entra em contato com outro, fundindo-se. Os horizontes do presente e do passado são juntados de forma produtiva. A ideia que Gadamer tenta passar é a da possibilidade do horizonte do passado ser expandido

---

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 51.

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 81.

no presente. Portanto, o caráter produtivo da interpretação fica latente<sup>27</sup>.

Essa ideia será de grande valia no segundo capítulo deste trabalho, pois um dos argumentos jurídicos utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho foi o de que mesmo após a promulgação da Constituição em 1988, a jurisprudência se manteve estável no sentido de negar a cumulatividade dos adicionais de insalubridade e periculosidade. A pergunta que Gadamer faria, possivelmente, seria: como pôde se manter imutável esse horizonte de sentido, mesmo após a promulgação da Constituição brasileira de 1988? Conforme será analisado mais adiante, é nítido que o intérprete ao citar a manutenção do entendimento anterior a Constituição, ignora a fusão de horizontes.

A inobservância da fusão de horizontes no processo da aplicação da norma, resulta em um "déficit de doutrinação" expressão apontada por Lenio Streck em seus textos. Tal fenômeno ocorre principalmente em países onde se verifica que a produção doutrinária relacionada com a dogmática jurídica continua caudatária das decisões dos tribunais. A doutrina tem doutrinado pouco<sup>28</sup> e no caso do Direito do Trabalho menos ainda. O fato é que os tribunais trabalhistas, principalmente o Tribunal Superior do Trabalho, têm definido os direitos trabalhistas e seus limites interpretativos, sem que a doutrina consiga fazer uma reflexão crítica eficiente, impedindo assim, que novas possibilidades interpretativas possam aparecer.

O senso comum teórico, termo cunhado por Luís Alberto Warat e muito utilizado na Crítica Hermenêutica do Direito, simplifica o mundo jurídico e conduz os operadores do Direito a um conformismo, possibilitando a existência apenas de um debate periférico, dentro do próprio sentido comum teórico prefixado<sup>29</sup>. Em outras palavras, o senso comum teórico, formado quase sempre por pré-juízos inautênticos<sup>30</sup>, é bom destacar, limita o horizonte de sentido, funcionando como um

---

<sup>27</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 82.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 269.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 270.

<sup>30</sup> Segundo Gadamer, "os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua disposição, enquanto tais. Este não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam, os mal-entendidos." Assim, o intérprete deve colocar à prova os seus pré-juízos, confrontando-os com a tradição, a fim de identificar quais seriam os pré-juízos autênticos e os

teto hermenêutico<sup>31</sup>. Qual seria a função das 326 súmulas e das 301 orientações jurisprudenciais<sup>32</sup> editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho e ainda vigentes, senão limitar o espaço interpretativo dos operadores jurídicos trabalhistas? Isso sem mencionar as súmulas e entendimento prevalecente dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho. É o que se poderia chamar de “realismo jurídico” à brasileira. O curioso é que o alto número de súmulas nada mais é do que resultado da discricionariedade concedida pelo próprio paradigma positivista aos juízes. Explico: a ausência de critérios de controle das decisões, fato inegável no paradigma positivista, causa uma variedade incontável de decisões que ameaça colapsar a segurança jurídica. Assim, o órgão de cúpula unifica seus entendimentos, editando verbetes na tentativa de conter o subjetivismo dos julgadores. O caos decisionista então se instaura e se retroalimenta. Os “Tribunais fazem o Direito segundo sua vontade, inclusive podendo se contradizer impunemente, julgar de um jeito e intervir depois (porque querem) na própria criação jurisprudencial. Ou na criação do Legislador. E na Constituição”<sup>33</sup>.

Diante de tal cenário, seria possível a afirmação da existência de um Direito do Trabalho coerente e íntegro?

A ideia de coerência e integridade no Direito foi desenvolvida por Ronald Dworkin que desenvolveu suas ideias na tentativa de romper com o paradigma positivista. É nesse aspecto que a Crítica Hermenêutica do Direito de aproxima dos estudos de Dworkin, pois ambas buscam a superação do positivismo. Tanto Dworkin quanto Streck tem como objeto de estudo a construção de uma teoria da decisão

---

inautênticos. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 442-443/447.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 270.

<sup>32</sup> A contagem foi feita em agosto de 2021. Além das 320 súmulas vigentes, existem 13 orientações jurisprudenciais do Tribunal Pleno/Órgão Especial, 178 da Seção de Dissídios Individuais I, 82 da Seção de Dissídios Individuais II, 28 da Seção de Dissídios Coletivos, totalizando 301 Orientações Jurisprudenciais, além de 75 Precedentes Normativos também editados pela Seção de Dissídios Coletivos. Portanto, somadas as súmulas, as ojs e os precedentes normativos, a “Jurisprudência Unificada” do Tribunal Superior do Trabalho totaliza 696 entendimentos jurisprudenciais unificados da mais alta corte trabalhista no Brasil. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos**. Brasília: Coordenação de Serviços Gráficos - CSG/SEG/TJDFT, 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63002/LivroInternet+%281%29.pdf/f24990a5-a0b3-f2b3-131a-504c08dace3f?t=1591316052743>. Acesso em: 15 jul. 2021.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 271.



que supere a discricionariedade do julgador, característica marcante do positivismo. No particular, Dworkin busca reconhecer o direito como uma atividade interpretativa, sem assumir, contudo, uma postura relativista na análise dos casos concretos<sup>34</sup>. Assim, haverá coerência quando os mesmos princípios que foram aplicados em determinada decisão sejam aplicados para os demais casos idênticos e será na observância da força normativa da constituição que a integridade se fará presente. Ou seja, a integridade exige do julgador que aceite uma restrição independente e superior, como aquela vinda da Constituição<sup>35</sup>. Didaticamente, a coerência reflete a consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si, enquanto a integridade é a exigência de que o direito como um todo seja preservado na construção dos argumentos das decisões judiciais. Ambos os conceitos serviriam como freios às arbitrariedades interpretativas<sup>36</sup>.

E por fim, o conceito que nessa pesquisa se mostra como o mais relevante: seria possível a existência de uma resposta correta dentro do direito? E se sim, como ela se daria? É o que buscaremos responder mais adiante.

Na tentativa de desenvolver uma teoria da decisão, a Crítica Hermenêutica do Direito propõe o conceito de “resposta adequada à constituição”, que de forma introdutória corresponde a uma resposta hermenêuticamente correta, observada a coerência e a integridade do direito e que possui como vetor de início e fim a Constituição<sup>37</sup>. Deste modo, em um modelo hermenêutico, as decisões judiciais não correspondem a meras escolhas interpretativas do julgador. São verdadeiros atos de poder estatal<sup>38</sup>. Afasta-se, portanto, a ideia, muito difundida na dogmática brasileira e, principalmente na Justiça do Trabalho, de que a decisão judicial é apenas uma opção entre várias. Pelo contrário, a decisão judicial é, ou deveria ser, um ato de compromisso com a comunidade política, representada pela Constituição Federal.

---

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 33.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 47.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 34.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 257.

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 253.

Em outras palavras,

As “escolhas” interpretativas disponíveis ao jurista são limitadas pela tradição, porém não são absolutamente determinadas por ela. É possível dizer, assim, que uma resposta adequada para a questão interpretativa do Direito resulta quando a tradição entra em uma relação dialética com a criatividade e crítica. A tradição não nos amarra a uma via que possa dar uma resposta certa para todas as questões colocadas. Ela dá os limites para a decisão. Após esta limitação é que entra a tarefa da criatividade e da razão crítica, para, assim, construir um sentido (uma decisão) adequada.<sup>39</sup>

É importante destacar que a construção de uma resposta adequada (correta) não depende da mera vinculação aos precedentes judiciais, mas demanda uma fundamentação da síntese hermenêutica, que ocorre na *applicatio*<sup>40</sup>. Fica evidente a aposta da Crítica Hermenêutica do Direito, para contenção do subjetivismo e pragmatismo dos julgadores, na observância da tradição, coerência e integridade do Direito. A resposta (correta) corresponde a explicação das condições de possibilidade do que foi compreendido pelo julgador, de modo que fique claro e evidente como se deu a apropriação e a filtragem dos pré-juízos forjados na tradição<sup>41</sup>.

Tendo em vista que a resposta adequada é a própria *applicatio*, não resta dúvida de que não há que se buscar uma resposta definitiva, sob pena de, segundo Streck<sup>42</sup>, haver um sequestro da temporalidade<sup>43</sup>. Assim, a Crítica Hermenêutica do Direito, preocupada com a democracia e, também, com a concretização dos direitos

---

<sup>39</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 255.

<sup>40</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 254.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 355.

<sup>42</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 257.

<sup>43</sup> “Entre texto e sentido do texto há, portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 336.

fundamentais sociais previstos na constituição, propõe cinco princípios com função de estabelecer critérios hermenêuticos: (1) preservar a autonomia do direito frente aos predadores endógenos (no plano da dogmática, como por exemplo, o senso comum teórico, ativismo, instrumentalismo processual) e exógenos (como por exemplo, o uso da moral para correção do direito ou a influência da economia)<sup>44</sup>; (2) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional, que no limite significa impor limites às decisões judiciais (combate à discricionariedade); (3) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito (evitando assim a fragmentação de decisões pragmatistas); (4) prever a fundamentação das decisões judiciais como dever fundamental (o que atrai uma responsabilidade política ao julgador); e, por fim, (5) garantir que os processos judiciais sejam julgados com base na Constituição e condições para aferição se tais decisões estão adequadas à Constituição – substituindo qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas.<sup>45</sup>

De forma conclusiva, Streck afirma que

A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.<sup>46</sup>

No próximo tópico deste artigo, o objeto de análise passa a ser a recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho no IRR 239-55.2011.5.02.0319, que vedou a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. Sob o prisma crítico

---

<sup>44</sup> Sobre o tema ver o texto "Como usar a jurisdição constitucional na reforma trabalhista". STRECK, Lenio Luiz. Como usar a jurisdição constitucional na reforma trabalhista. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/senso-incomum-usar-jurisdicao-constitucional-reforma-trabalhista>. Acesso em: 25 jul. 2021.

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 585-588.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 405.

hermenêutico e seus conceitos acima apresentados, a pesquisa procura responder se o Tribunal Superior do Trabalho decidiu corretamente (adequadamente à Constituição brasileira) quanto à questão da possibilidade ou não da cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade.

### **3 A Decisão do TST (IRR 239-55.2011.5.02.0319) que vedou a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade sob à perspectiva Hermenêutica Crítica do Direito**

Na primeira parte deste texto, foram abordados alguns conceitos importantes que possibilitam à Crítica Hermenêutica do Direito a construção de uma teoria da decisão que seja apropriada às sociedades democráticas atuais, principalmente aquelas nas quais as promessas modernas ainda não foram cumpridas. Neste contexto, percebe-se que as relações de trabalho na sociedade brasileira ainda não atingiram patamares mínimos de dignidade, seja pela superexploração a que os trabalhadores são submetidos, com remuneração insuficiente para a sua reprodução material e cultural, jornadas de trabalho excessivas, ou ainda pela carência de proteção de suas vidas e de sua saúde, haja vista o alto número de acidentes de trabalho e de doenças de cunho laboral desenvolvidas. Isso sem mencionar o alto índice de subemprego, trabalho informal e o desemprego estrutural, compondo um cenário de intensa litigiosidade que se confirma no alto número de ações trabalhistas.

A realidade brasileira acima descrita é paradoxal quando se verifica no rol de direitos sociais, principalmente nos artigos 7º e 8º da Constituição brasileira, diversas garantias trabalhistas. De fato, a Justiça do Trabalho, nos últimos 30 anos, desde a promulgação da Constituição de 1988, tem sido protagonista na tentativa de efetivação da proteção dos trabalhadores<sup>47</sup>. A opção pelo valor social do trabalho como fundamento da república brasileira (art. 1º da CF), bem como a inserção dos

---

<sup>47</sup> Sobre o tema ver o texto "E a grande ideia é... extinguir a Justiça do Trabalho! Peça em 10 atos!". STRECK, Lenio Luiz. E a grande ideia é... extinguir a Justiça do Trabalho! Peça em 10 atos! **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-17/senso-incomum-grande-ideia-extinguir-justica-trabalho>. Acesso em: 25 jul. 2021.

direitos trabalhistas no capítulo dos direitos fundamentais, evidenciou uma escolha política. É com base nessa escolha política, expressamente inscrita na Constituição que será analisada a recente decisão do Tribunal Superior do Trabalho no IRR 239-55.2011.5.02.0319, que vedou a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos.

O relator do Recurso de Revista 239-55.2011.5.02.0319, Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, verificou a existência de decisões divergentes a respeito do tema 'Cumulação de Adicional de Insalubridade e Periculosidade' entre as Turmas do TST, havendo posição no sentido da cumulação, por parte das 3ª e 7ª Turmas, ao passo que as demais Turmas julgadoras se orientariam pela não cumulação, propondo assim o Incidente de Recurso Repetitivo (artigos 896-B e 896-C, §§ 1º ao 4º da CLT e artigo 2º, §2º da Instrução Normativa n. 38 do TST). Foram recebidos pelo TST diversos Recursos de Revistas encaminhados pelos Tribunais Regionais como representativos da controvérsia. Ainda, foram admitidas algumas associações e sindicatos na figura de *amicus curiae*, recebidos memoriais, manifestações de entidades interessadas e parecer do Ministério Público do Trabalho<sup>48</sup>.

De início, é importante destacar que a divergência julgada pelo TST tem como ponto central a nova tese interpretativa a respeito do tema, calcada na não recepção do art. 193, § 2º, da CLT pela ordem constitucional vigente. A referida tese foi assumida de forma precursora pela 7ª Turma desta Corte, seguida pela 3ª Turma, em oposição ao entendimento tradicionalmente fixado pelas próprias 3ª e 7ª Turmas, bem como pelas demais Turmas julgadoras do TST, que conferiam aplicação regular e literal ao mencionado dispositivo legal<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **IRR-239-55.2011.5.02.0319**. Incidente de Recursos Repetitivos. Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Impossibilidade de cumulação, ainda que amparados em fatos geradores distintos e autônomos. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Recepção do art. 193, §2º da CLT, pela Constituição Federal. Relator: Ministro Alberto Bresciani, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>49</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **IRR-239-55.2011.5.02.0319**. Incidente de Recursos Repetitivos. Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Impossibilidade de cumulação, ainda que amparados em fatos geradores distintos e autônomos. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Recepção do art. 193, §2º da CLT, pela Constituição Federal. Relator: Ministro Alberto Bresciani, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

O acórdão proferido inicia distinguindo três correntes sobre o tema: a minoritária que entende pela não recepção do art. 193, §2º da CLT, uma segunda corrente que recepcionou o artigo 193, §2º da CLT, mas deu uma interpretação conforme à constituição ao admitir a cumulação dos adicionais na hipótese de causas de pedir distintas e, por fim, a corrente majoritária que entende pela impossibilidade da cumulação, uma vez que recepcionado o artigo 193, §2 da CLT<sup>50</sup>.

A Constituição federal prevê expressamente no artigo 7º, incisos XII e XXIII, como direito dos trabalhadores, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como os adicionais de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.<sup>51</sup>

A Consolidação das Lei do Trabalho, no artigo 193, §2º, que trata do adicional de periculosidade, prevê que "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido"<sup>52</sup>. Ainda, convém citar o item 15.3 da Norma Regulamentadora 15 a qual trata de atividades insalubres e dispõe que "no caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa"<sup>53</sup> e o item 16.2.1 da NR 16 (que trata das atividades perigosas) que dispõe "o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido"<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **IRR-239-55.2011.5.02.0319**. Incidente de Recursos Repetitivos. Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Impossibilidade de cumulação, ainda que amparados em fatos geradores distintos e autônomos. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Recepção do art. 193, §2º da CLT, pela Constituição Federal. Relator: Ministro Alberto Bresciani, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>51</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

<sup>52</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 30 maio 2021

<sup>53</sup> BRASIL. **Portaria n. 3.214, de 08 de junho de 1978**. NR 15 – Atividades e operações insalubres. Brasília, DF: Ministério do Trabalho, 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-15.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

<sup>54</sup> BRASIL. **Portaria n. 3.214, de 08 de junho de 1978**. NR 16 – Atividades e operações perigosas. Brasília, DF: Ministério do Trabalho, 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-16.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

O acórdão proferido pelo TST, e ora analisado, “interpretando” os dispositivos acima, conclui que “o legislador, ao facultar ao empregado a opção pelo recebimento de um dos adicionais porventura devidos, por certo, vedou o pagamento cumulado dos títulos, sem qualquer ressalva”<sup>55</sup>. Duas objeções: a primeira é que ainda que se enfoque na compreensão gramatical do texto, o verbo utilizado no artigo 193, §3º da CLT e no item 16.2.1 da NR 16, foi o verbo “poderá” e não “deverá”. Ou seja, a vedação sem ressalvas a que o acórdão se refere somente existiria caso a opção fosse uma exigência, o que definitivamente não é o caso. Por outro lado, a NR 15 trata de “atividades insalubres” (o destaque é proposital) e não empregados ou trabalhos insalubres. Tanto é assim, que o primeiro item da NR expressamente se refere a “atividades ou operações insalubres”. Veja que a NR não se refere ao emprego, ao contrato de trabalho ou mesmo ao cargo ou função. Ela se refere a atividades ou operações. É certo que durante o contrato de trabalho, o contratado realiza diversas atividades e operações, que podem se enquadrar dentro dos requisitos caracterizadores da insalubridade e da periculosidade.

A segunda objeção, essa sim de natureza hermenêutica, passa pelo resgate do conceito de diferença ontológica de Heidegger. Texto e normas são ontologicamente diferentes, mas não descolados. O texto só será compreendido na sua norma e a norma só terá sentido no texto. Nas palavras de Streck<sup>56</sup>, “não há textos sem coisas”. Então pergunta-se: que coisas são essas, a insalubridade e a periculosidade, que precisam ser evitadas a ponto de o sistema jurídico prever, dentre outras medidas protetivas, um acréscimo salarial em contraprestação? E se tais agentes são considerados prejudiciais e ofensivos à saúde humana, a ponto de serem evitados, há de se concluir que não é apenas uma questão de opção entre qual adicional será recebido pelo trabalhador. O fundamento para o pagamento dos adicionais é a compensação pelo dano causado (no caso da insalubridade) ou o risco

---

<sup>55</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **IRR-239-55.2011.5.02.0319**. Incidente de Recursos Repetitivos. Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Impossibilidade de cumulação, ainda que amparados em fatos geradores distintos e autônomos. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Recepção do art. 193, §2º da CLT, pela Constituição Federal. Relator: Ministro Alberto Bresciani, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337.

de dano (no caso da periculosidade). O texto, portanto, estaria dispondo sobre compensações financeiras distintas ao trabalhador em ambos os casos, mas apenas se isolados? Contraditoriamente, quando o trabalho realizado submeta o trabalhador a ambos ao mesmo tempo, a compensação é reduzida. Em outras palavras, a interpretação dada pelo TST no presente caso é de que se exposto a apenas um dos agentes a compensação é de 100%, mas se exposto aos dois a compensação será de apenas 50%. E pergunta-se: quanto mais exposto a diferentes agentes insalubres e perigosos, proporcionalmente, menos compensação o trabalhador terá?

Na sequência, o ministro relator, de forma solipsista, pode-se dizer, desenvolve o seguinte argumento para afastar a corrente intermediária que se baseia na interpretação teleológica do texto legal para admitir a hipótese de cumulação, quando os adicionais forem decorrentes de fontes geradoras distintas: “defendo que a teleologia do texto do art. 193, § 2º, é, propriamente, a vedação à cumulação, para priorizar o paradigma preventivo de tutela da saúde do trabalhador.”<sup>57</sup> Explico: segundo o relator, o legislador ao priorizar o paradigma da prevenção, entende que caso exposto a ambos os agentes, a compensação deve ser somente de um deles. Estar-se-ia diante de um pré-juízo inautêntico? Resistiria esse pré-juízo ao confronto com a tradição? Em que medida a vedação ao pagamento dos adicionais cumulados prioriza a prevenção? Acaso é o trabalhador quem escolhe realizar atividade ou operações insalubres e perigosas? Acaso é o trabalhador quem tem a capacidade para organizar o ambiente de trabalho a ponto de afastar os agentes insalubres e perigosos? Se a resposta for não, não há como defender que a compensação por ambos os adicionais cumulados irá contrariar o paradigma da prevenção. Por outro lado, se o argumento for no sentido de que a escolha pelo pagamento cumulado dos adicionais, caso fosse possível, é do empregador e que a vedação do pagamento cumulado é mais consentânea ao paradigma da prevenção, como explicar a existência de situações de exposição dupla mesmo depois de mais de 80 anos da

---

<sup>57</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **IRR-239-55.2011.5.02.0319**. Incidente de Recursos Repetitivos. Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Impossibilidade de cumulação, ainda que amparados em fatos geradores distintos e autônomos. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Recepção do art. 193, §2º da CLT, pela Constituição Federal. Relator: Ministro Alberto Bressiani, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.



vigência do artigo 193, §2º da CLT?

A Crítica Hermenêutica Jurídica, possibilita o rompimento desse paradigma, possivelmente inautêntico, por meio da fusão de horizontes. Nas palavras de Streck<sup>58</sup>:

A fusão de horizontes pressupõe a tradição (entrega de algo). De que modo, no âmbito jurídico, é feita a entrega do passado, mormente se considerarmos que o passado está eivado de tradições, desrespeito à democracia e refém de um imaginário refratário ao giro-ontológico-linguístico? A fusão de horizontes, neste caso exige rupturas paradigmáticas. Fusão de horizontes implica olhar o que é novo e compreendê-lo como novo. E ter as condições para evitar que o que é velho (inautêntico, não-verdadeiro) obscureça as possibilidades transformadoras de novo (por exemplo, entra aqui o papel do Constitucionalismo Contemporâneo).

No caso analisado, a tradição tem como fundamento uma leitura gramatical e refratária ao giro-ontológico-linguístico. A promulgação da Constituição de 1988 propõe a proteção do trabalhador como direito fundamental, expressamente prevendo o pagamento de um adicional compensatório quando executadas atividades insalubres e perigosas. A fusão de horizontes é essencial para que o intérprete possa superar o que a tradição entregou. A insalubridade não neutraliza a periculosidade e vice e versa, de modo que os adicionais decorrentes também não podem se neutralizar, ou um deles prevalecer sobre o outro, sob pena da violação do direito à redução dos riscos no ambiente de trabalho, previsto na Constituição (novo paradigma que surge para transformar o antigo). De que adianta uma aposta no novo constitucionalismo se não houver o rompimento com os pré-juízos inautênticos antigos? O círculo hermenêutico não se concretiza e a interpretação resulta em uma resposta inadequada à Constituição.

A fundamentação da decisão ainda analisa normas internacionais, novamente apostando em critérios gramaticais, sistemáticos e teleológicos, como se a

---

<sup>58</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

interpretação fosse um método no qual é possível escolher qual critério utilizar nesse ou naquele caso. Novamente se vê claramente uma aposta na discricionariedade judicial na escolha dos critérios interpretativos.

Quando cita as Convenções 148<sup>59</sup> e 155<sup>60</sup> da OIT, ambas vigentes no âmbito interno brasileiro, conclui somente que o enfoque é “nitidamente preventivo”. Acaso a prevenção exclui a compensação pelos danos já causados ou pelo risco exposto? A argumentação tecida no acórdão se enfraquece ainda mais quando respondendo aos argumentos da corrente minoritária, o ministro relator afirma que “A posição sufragada finda por privilegiar medida menor e que já se mostrou impotente para gerar efeitos na prevenção de ambientes insalubres e perigosos”. A medida menor referida é o pagamento dos adicionais que teria sido impotente na prevenção. De fato, o pagamento dos adicionais apenas indiretamente desestimula o empregador a expor o trabalhador às condições insalubres e perigosas, sendo que sua função principal é a compensação pelo dano já causado (insalubridade) ou pelo risco já existente (periculosidade). O pagamento dos adicionais cumulados não reforça a “medida menos aceitável”, pois se tratam de momentos distintos: a prevenção, momento anterior, e a compensação pela exposição. Essa é a diferença central que o acórdão deixa velada ao afirmar sem qualquer comprovação empírica de que “O montante dos aumentos dos salários dos empregados, como providência de desestímulo, equivaleria a recursos que deveriam ser investidos em pesquisa e tecnologia, para a eliminação de agentes insalubres ou perigosos”. Se assim o fosse, como desde sempre não houve pagamento dos adicionais cumulados, a exposição já teria sido preventivamente evitada. A realidade, reforçada pela teoria fundada na

---

<sup>59</sup> O artigo 4º da Convenção 148 da OIT dispõe que “A legislação nacional deverá dispor sobre a adoção de medidas no local de trabalho para prevenir e limitar os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações, e para proteger os trabalhadores contra tais riscos”. OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Convenção 148** - Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações. 1977. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236121/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236121/lang--pt/index.htm). Acesso em: 22 jul. 2021.

<sup>60</sup> O item 3 do artigo 8º da Convenção 155 da OIT dispõe acerca da fixação e revisão periódica de critérios de exposição, sempre observados a evolução de dados e da ciência no particular, “e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho”. OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Convenção 155** - Segurança e Saúde dos Trabalhadores. 1981. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236163/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm). Acesso em: 22 jul. 2021.

razão econômica que comanda as ações do empresário-empregador, contradiz tal conclusão: ainda há inúmeros trabalhadores expostos a condições insalubres e perigosas, de forma isolada ou cumulada no mesmo posto de trabalho<sup>61</sup>. Curiosamente a decisão utiliza a ausência de comprovação empírica para afastar a possibilidade de cumulação ao concluir que “Não é de senso comum que a cumulação de adicionais tem eficácia indubitavelmente preventiva. O argumento é consequencialista e demandaria prova”.<sup>62</sup>

O argumento de que “há lei e jurisprudência consolidada sobre a matéria” e de que “Nada, na conjuntura social, foi alterado”<sup>63</sup> se mostra no mínimo duvidoso. O próprio acórdão refere que duas Turmas do TST (3ª e 7ª Turmas) tinham entendimento em sentido favorável à possibilidade de cumulação dos adicionais. Inclusive no ano de 2016, o mesmo órgão julgador prolator deste acórdão analisado (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais) proferiu decisão no processo 1081-60.2012.5.03.0064, negando a percepção cumulativa dos adicionais de insalubridade e periculosidade se não comprovada a presença de causa de pedir distinta. Restou expresso no referido acórdão que “se presentes os agentes insalubres e de risco, simultaneamente, cada qual amparado em um fato gerador diferenciado e autônomo, em tese **há direito à percepção cumulativa de ambos os adicionais**”<sup>64, 65</sup>.

---

<sup>61</sup> Tal afirmação é confirmada pela própria existência das inúmeras ações judiciais que deram origem ao processo IRR 239-55.2011.5.02.0319, ora analisado.

<sup>62</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **IRR-239-55.2011.5.02.0319**. Incidente de Recursos Repetitivos. Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Impossibilidade de cumulação, ainda que amparados em fatos geradores distintos e autônomos. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Recepção do art. 193, §2º da CLT, pela Constituição Federal. Relator: Ministro Alberto Bresciani, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>63</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **IRR-239-55.2011.5.02.0319**. Incidente de Recursos Repetitivos. Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Impossibilidade de cumulação, ainda que amparados em fatos geradores distintos e autônomos. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Recepção do art. 193, §2º da CLT, pela Constituição Federal. Relator: Ministro Alberto Bresciani, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>64</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064**. Adicionais. Periculosidade e insalubridade. Percepção cumulativa. Art. 193, §2º, da CLT. Alcance. Relator: Ministro João Oreste Dalazen, 28 de Abril de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>65</sup> Soma-se ainda o fato de que dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho no Brasil, 5 deles possuem súmulas que tratam da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, sendo que os TRTs da 2ª, 4ª, 12ª e 17ª Região unificaram o entendimento no sentido da impossibilidade da cumulação e o TRT da 17ª Região, no sentido da possibilidade de cumulação desde que originários

Por fim, destaca-se uma última consideração feita na decisão, que é apresentado como principal e último argumento deste texto. A impressão é a de que o julgador ao final do acórdão tenta se justificar de alguma forma pela resposta dada e para tanto se apoia em um positivismo dos mais exegéticos. Os diversos fundamentos legais trazidos, métodos interpretativos utilizados, doutrina jurídica citada e jurisprudência colacionada, demonstra uma tentativa de, hermenêuticamente falando, manter a coerência e integridade do direito. Mas ao final, o ministro relator, como Pilatos, lava as mãos e faz constar expressamente algo que de fato já estava dentro de si desde o início (em termos hermenêuticos, a pré-compreensão ou o sentido antecipado):

**“Não nego, em nenhum momento, a conveniência de se permitir a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, desde que assim comande o legislador.** O que me preocupa é outorgar-se nova interpretação à legislação, mais de trinta anos depois da promulgação da Constituição Federal e da internalização da Convenção 158, e depois de vinte cinco anos da internalização da Convenção 155 da OIT, sem nenhuma contradição, no ordenamento, criada por regra regularmente editada. No caso sob análise, o direito fundamental e principal, por certo, é o direito à saúde e, apenas supletivamente, à compensação monetária. A despeito disto, noto, não se pode perder de vista que a cumulação ainda pode ser estabelecida e permitida, pelas partes interessadas, na via da negociação coletiva.<sup>66</sup>

Eis a confissão do juiz trabalhista que no limite, como tantos outros juízes brasileiros, aposta no comando do legislador ordinário. Uma confissão antes de tudo textualista, de um juiz “boca da lei”, que ignorando a distinção ontológica entre texto e norma, ignora também o círculo hermenêutico necessário para dar vida à norma do

---

de fatos geradores distintos, o que atesta no mínimo uma forte controvérsia jurisprudencial nas variadas regiões do país.

<sup>66</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **IRR-239-55.2011.5.02.0319**. Incidente de Recursos Repetitivos. Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Impossibilidade de cumulação, ainda que amparados em fatos geradores distintos e autônomos. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Recepção do art. 193, §2º da CLT, pela Constituição Federal. Relator: Ministro Alberto Bresciani, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

caso concreto. Em outras palavras, é uma resposta que simplesmente reproduz um sentido, ao invés de construí-lo por meio da *applicatio* e que, portanto, se mantém preso à pré-compreensão do intérprete (primeiro se julga e depois busca-se os fundamentos). Não há confronto com a tradição, pois a dogmática jurídico-trabalhista se encontra rendida ao paradigma, também positivista, do realismo jurídico. Falta o devido constrangimento epistemológico para que, suspensos os juízos inautênticos do julgador, a fusão de horizontes consiga romper o paradigma anterior à Constituição federal. Por fim, uma confissão dada de forma solipsista, na primeira pessoa do singular (sim, o sentido está na linguagem pública<sup>67</sup>).

A decisão proferida, que agora se transforma em um precedente, declara que “o art. 193, §2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos” e, portanto, na ótica da Crítica Hermenêutica do Direito e dos conceitos e argumentos acima desenvolvidos se mostra inadequada à Constituição brasileira de 1988.

## Conclusão

No presente texto abordou-se inicialmente as ideias e conceitos utilizados pela Crítica Hermenêutica do Direito. Neste sentido, constatou-se que a hermenêutica filosófica desenvolvida por Gadamer possibilitou um giro ontológico linguístico, alterando a ideia da interpretação como método e superando o paradigma da filosofia da consciência e do esquema sujeito-objeto. Ao final do primeiro capítulo, foi abordado o conceito chave de resposta adequada (correta) à Constituição, desenvolvido pelo prof. Lenio Streck.

---

<sup>67</sup>“O Direito importa. E é isso que importa. Porque importa para a democracia. Não vou, pela enésima vez, insistir que, na democracia, a linguagem privada do juiz (sua convicção pessoal, seu “livre convencimento”) deve ser submetida à linguagem pública. A lei é feita na esfera pública”. STRECK, Lenio Luiz. Como amicus do TST (inimicus já tem demais), permito-me dizer que...! **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/senso-incomum-amicus-tst-inimicus-demais-permito-me-dizer>. Acesso em: 20 jul. 2021.

Na sequência passou-se a análise da recente decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho no IRR 239-55.2011.5.02.0319<sup>68</sup>, que vedou a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos, e seus fundamentos jurídicos sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito.

A conclusão que se chegou foi no sentido de que a decisão proferida em sede de Incidente de Recursos Repetitivos e, portanto, de caráter vinculante, não se mostrou adequada à Constituição brasileira, pois os argumentos jurídicos apresentados no acórdão se mostraram inseridos dentro de uma visão positivista, quase exegética, na qual uma interpretação textualista da lei ordinária prevaleceu em detrimento da força normativa constitucional e dos direitos fundamentais do trabalhador e normas protetivas internacionais com plena vigência no ordenamento interno.

## Referências

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Portaria n. 3.214, de 08 de junho de 1978**. NR 15 – Atividades e operações insalubres. Brasília, DF: Ministério do Trabalho, 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-15.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Portaria n. 3.214, de 08 de junho de 1978**. NR 16 – Atividades e operações perigosas. Brasília, DF: Ministério do Trabalho, 1978. Disponível em:

---

<sup>68</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **IRR-239-55.2011.5.02.0319**. Incidente de Recursos Repetitivos. Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Impossibilidade de cumulação, ainda que amparados em fatos geradores distintos e autônomos. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Recepção do art. 193, §2º da CLT, pela Constituição Federal. Relator: Ministro Alberto Bresciani, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

<https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-16.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos**. Brasília: Coordenação de Serviços Gráficos - CSG/SEG/TJDFT, 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/63002/LivroInternet+%281%29.pdf/f24990a5-a0b3-f2b3-131a-504c08dace3f?t=1591316052743>. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **IRR-239-55.2011.5.02.0319**. Incidente de Recursos Repetitivos. Adicionais de periculosidade e de insalubridade. Impossibilidade de cumulação, ainda que amparados em fatos geradores distintos e autônomos. Interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Recepção do art. 193, §2º da CLT, pela Constituição Federal. Relator: Ministro Alberto Bresciani, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **E-ARR-1081-60.2012.5.03.0064**. Adicionais. Periculosidade e insalubridade. Percepção cumulativa. Art. 193, §2º, da CLT. Alcance. Relator: Ministro João Oreste Dalazen, 28 de Abril de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo** – parte I. trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Convenção 148** - Contaminação do Ar, Ruído e Vibrações. 1977. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236121/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236121/lang--pt/index.htm). Acesso em: 22 jul. 2021.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Convenção 155** - Segurança e Saúde dos Trabalhadores. 1981. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236163/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm). Acesso em: 22 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Como amicus do TST (inimicus já tem demais), permito-me dizer que...! **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-22/senso-incomum-amicus-tst-inimicus-demais-permito-me-dizer>. Acesso em: 20 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Como usar a jurisdição constitucional na reforma trabalhista. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/senso-incomum-usar-jurisdiacao-constitucional-reforma-trabalhista>. Acesso em: 25 jul. 2021.

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

STRECK, Lenio Luiz. E a grande ideia é... extinguir a Justiça do Trabalho! Peça em 10 atos! **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-17/senso-incomum-grande-ideia-extinguir-justica-trabalho>. Acesso em: 25 jul. 2021.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.





