



A INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E O DESAFIO DO PODER JUDICIÁRIO EM DECIDIR QUANDO DA AUSÊNCIA OU OBSCURIDADE DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO CASO CONCRETO

Thiago Heitor da Fontoura Porto¹
Caroline Cristiane Werle²

RESUMO: A prestação jurisdicional, no ordenamento jurídico brasileiro, é regida pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Dessa forma, não é permitido ao Poder Judiciário escusar-se de decidir alegando a ausência ou obscuridade da lei. O problema que surge, entretanto, é o de como julgar situações tais, em que a legislação parece não dar uma resposta específica para o caso concreto. Com efeito, a doutrina não tem se mostrado silente acerca deste importante tema, destacando-se as teorias advogadas por Hans Kelsen e, em especial, por Herbert Hart e Ronald Dworkin, em seu eterno debate acerca da discricionariedade judicial e o dever de se buscar a resposta correta. Assim, neste artigo, esforços são feitos a fim de analisar a legislação nacional, bem como as diferentes teses doutrinárias, propendentes a dar uma resposta para a pergunta sobre como decidir ante a ausência ou obscuridade das leis.

PALAVRAS-CHAVE: decisão correta, discricionariedade, lacuna, obscuridade.

ABSTRACT: The jurisdictional provision, in the Brazilian legal system, is regulated by the constitutional principle of non-obviation of Judiciary jurisdiction. Therefore, it is not allowed for the judiciary to excuse himself of making a decision by claiming the absence or obscurity of the law. The problem that arises, however, is how to judge such situations, where the law does not seem to give a specific response to the case. Indeed, the doctrine has been working on this important theme, being distinguished the theories advocated by Hans Kelsen and, in particular, by Herbert Hart and Ronald Dworkin in his eternal debate about the judicial discretion and the duty to get the right decision. Thereby, in this article, efforts will be made to analyze the national legislation and the different doctrinal theses in order to give an answer to the question of how to decide in the absence or obscurity of the law.

KEYWORDS: discretion, gap, obscurity, right decision.

¹ Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Servidor Público Federal (Analista Processual do Ministério Público da União). Integrante do grupo de pesquisas “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos”, coordenado pela Professora Pós-Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal. Endereço eletrônico: thfporto@hotmail.com

² Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa promovida pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogada. Integrante do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado”, coordenado pelo Professor Pós-Dr^a. Jorge Renato dos Reis. Endereço eletrônico: ccwerle@yahoo.com.



1. Introdução

Hodiernamente, verifica-se, na estrutura política brasileira, um relativo protagonismo do Poder Judiciário, de modo que sua atuação tem gerado uma tensão desconfortável entre os poderes, ante o perceptível desequilíbrio na divisão idealizada por Montesquieu. Apesar disso, a sociedade, de um modo geral, reconhece como legítima suas intervenções de cunho legiferante³ e executório⁴. Isso porque, desacreditada em seus representantes políticos, a população prefere ver seus direitos fundamentais garantidos pelo Poder Judiciário – ainda que para tanto seja necessária uma dose daquilo que foi chamado de “ativismo judicial” –, do que aguardar por providências que nunca chegam, por parte do Executivo e do Legislativo.

Ainda assim, faz-se mister reconhecer que, mesmo diante do quadro sumariamente exposto acima, a *principal* função do Poder Judiciário continua sendo a “mera” aplicação das leis⁵. Contudo, a verdade diagnosticada na prática forense revelou a falibilidade dos sistemas legais, os quais evidentemente não comportam respostas para todo e qualquer caso que possa ser levado à apreciação judicial.

A celeuma que se instala origina-se no fato de não ser atualmente aceitável o recurso ao *non liquet*⁶, expressão latina proveniente do Direito Romano que permitia aos juízes escusarem-se do julgamento quando fosse de seu entendimento que o ordenamento jurídico não possuiria uma resposta clara para o caso posto em Juízo. Assim, ante a proibição ao *non liquet*, consubstanciada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, o presente artigo tem como escopo responder ao seguinte problema prático: *de que modo o Poder Judiciário deve decidir uma lide quando restar constatada obscuridade ou lacuna na legislação aplicável ao caso concreto levado à apreciação judicial?*

A fim de se obter tal resposta, analisa-se primeiramente se o ordenamento jurídico possui, de fato, tais inconsistências em sua estrutura ou se, na verdade, afigura-se perfeito e completo, tal como imaginaram os positivistas exegéticos do

³ As súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, dada sua abstração, são um exemplo de produção *mutatis mutandis* legiferante por parte do Poder Judiciário.

⁴ Exemplo disso é a judicialização das políticas públicas, como é o caso das decisões que determinam a concessão de medicamentos pelo Estado ou impõem a criação de vagas para alunos em colégios estaduais.

⁵ Evidentemente que não mais confinada à mecanicidade exigida do chamado “juiz boca de lei”, originado na escola exegética da França do século XIX.

⁶ Do latim, “não está claro”.



século XIX. Após superada essa questão preliminar – com a conclusão de que são verificáveis, sim, algumas inconsistências no sistema legal –, avalia-se a teoria do juspositivista Hans Kelsen, a respeito dos limites que devem ser observados pelos juízes quando do julgamento de casos em que o silogismo jurídico não ocorre de modo hialino – seja porque não existe lei que se subsuma à lide seja porque a lei em tese aplicável é dúbia.

Dando-se prosseguimento à investigação doutrinária, avalia-se o posicionamento de outro renomado juspositivista, Herbert Hart, acerca do mesmo problema. Nesse tópico, analisa-se sua concepção sobre o Direito, a qual se limita ao direito posto, constituído tão somente por regras primárias e secundárias. Ademais, avaliam-se as teorias do referido filósofo acerca da textura aberta do Direito, bem como da discricionariedade judicial. Na sequência, examinam-se as teorias jusmoralistas de Ronald Dworkin a respeito de como o juiz deve decidir quando a lei for lacunosa ou obscura. Nesse item, destaca-se a função exercida pelos princípios, como forma de limitar a liberdade do juiz, a quem incumbe a tarefa hercúlea de proferir a decisão correta.

Por derradeiro, mediante pesquisa na legislação nacional, avalia-se qual a teoria adotada no Brasil, isto é, de que modo o ordenamento jurídico brasileiro procura limitar a discricionariedade judicial nos casos em que a lei é omissa ou obscura, tendo em vista que, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, não é permitida a escusa do julgamento por tais razões.

2. A (in)completude do Direito

*Um homem não sente dificuldade em caminhar por uma
tábua enquanto acredita que ela está apoiada no solo;
mas ele vacila – e afinal despenca – ao se dar conta
de que a tábua está suspensa sobre um abismo.
(AVICENA)*

Inegavelmente, os códigos e leis que constituem um ordenamento jurídico afiguram-se como importantes fontes do Direito. O direito positivado garante à sociedade uma maior segurança jurídica, porquanto serve como mecanismo de defesa dos cidadãos frente a possíveis arbitrariedades do Estado, notadamente as engendradas no âmbito judicial.



Sabendo disso, os burgueses, ao cabo da Revolução Francesa, valeram-se da positivação de leis e códigos a fim de estabelecer de modo inexorável os pilares de seu idealismo liberal. Tendo em vista que não confiavam no Poder Judiciário de sua época (final do século XVIII, início do século XIX), exigiram que seus códigos legais, notadamente o Código Napoleônico, fossem subsumidos aos casos concretos de modo literal e mecânico. A esse *modus* de interpretação se deu o nome de exegese.

Com efeito, é de se observar que a Escola Exegética inocentemente acreditou na plenitude e universalidade do Direito. Confiou que seria possível um sistema jurídico perfeito e imprescritível, em que o Poder Judiciário pudesse (e devesse) figurar como intérprete submisso estritamente à vontade da lei, pejorativamente denominado juiz boca-da-lei.

Consoante o escólio de Norberto Bobbio (2006, p. 119), esse período histórico é marcado pelo princípio iluminista consubstanciado no “dogma da onipotência do legislador”. Para facilitar a compreensão de tal princípio, traz-se à colação os ensinamentos do retrocitado doutrinador:

é, de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a idéia de codificar o direito adquire consistência política. Este projeto nasce da convicção de que possa existir um *legislador universal* (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade e a unidade* do direito é o *Leitmotiv* [do alemão: motivo condutor], a idéia de fundo, que guia os juristas, que nesse período se batem pela codificação (grifos no original) (BOBBIO, 2006, p. 65).

Advém de Boncasse, citado por Bobbio (2006, p. 86), uma frase que identifica com precisão a filosofia desse período, qual seja: “Dura lex, sed lex [A lei é dura, mas é lei]; um bom magistrado humilha sua razão diante da razão da lei: pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para julgá-la. Nada está acima da lei”.

Analisando o apego exagerado à legislação – que é típico desse momento histórico, mas que ecoa até os dias atuais -, Bobbio (2006, p. 121) chegou a denominar o fenômeno como “fetichismo da lei”. De fato, observa-se que muitos juristas até hoje encaram o direito posto como a “tábua apoiada no solo” do filósofo persa citado em epígrafe, de modo que, ao sentirem-na lacunosa, invariavelmente despencam. Ocorre que o Direito, em sendo uma ciência interpretativa, impõe aos seus operadores um confronto diuturno contra os dilemas provenientes da



hermenêutica. E são inúmeras as dificuldades envolvendo a interpretação jurídica, o que, aliás, por si só, já constituiria empecilho intransponível para os intentos da Escola Exegética.

Conforme diagnosticado por Gadamer, a interpretação é eminentemente uma ação *subjetiva*, estando condicionada à história e à finitude de experiências da pessoa que se propõe a fazê-lo (OLIVEIRA, 1996. p. 225-48). Os juízes, como seres humanos que são, também trazem consigo muitas pré-compreensões, as quais fatalmente impedem-nos de serem efetivamente neutros na aplicação das leis.

Outrossim, os magistrados, ante a própria falibilidade humana, estão sempre sujeitos a erros interpretativos. Tal situação já era, em meados do século XVII, do conhecimento de John Locke (1975, p. 489-90), segundo o qual "mesmo que tudo o que está dito no texto seja infalivelmente verdadeiro, o leitor ainda assim pode ser, ou melhor, não tem outra escolha além de ser falível na compreensão do mesmo".

Desse modo, tendo em vista que a incompletude e a imprecisão das leis restou claramente revelada na prática forense – sendo também amplamente reconhecida doutrinariamente, inclusive pelos juspositivistas que serão estudados na sequência (Kelsen e Hart) – fez-se necessária a criação de mecanismos que pudessem dar respaldo às decisões judiciais proferidas em meio às obscuridades e abstenções legais.

Destarte, impende avaliar, primeiramente, de que modo os grandes filósofos do Direito trataram do tema enfrentado neste artigo. Dessa forma, no próximo capítulo, analisam-se teorias pertinentes, de autoria de Hans Kelsen.

3. A moldura de Hans Kelsen como baliza das decisões judiciais

O Direito a aplicar [é] como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação (KELSEN)

Hans Kelsen ficou mais conhecido nos cursos de graduação em Direito pela famosa pirâmide que representa o escalonamento/hierarquia das normas jurídicas (denominada "Pirâmide de Kelsen"). A despeito disso, o aludido filósofo nunca se referiu a essa forma geométrica em sua obra. Kelsen valeu-se, porém, de outra metáfora, isto é, a *moldura do quadro*, por meio da qual o autor pretendeu indicar a área em que o aplicador do Direito possuiria uma margem de apreciação quando da



interpretação das leis. Essa área de apreciação, contudo, estaria adstrita ao direito posto, que constituiria os contornos da moldura jurídica.

O Direito a aplicar forma [...] uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 1985. p. 366).

Dessa forma, de acordo com a teoria de Kelsen, se for verificado que uma determinada lei, por conta de uma imprecisão linguística, pode ser interpretada de mais de uma forma, qualquer interpretação realizada pela autoridade competente será considerada juridicamente autêntica. Logo, deduz-se estar situada exatamente na competência para a aplicação das leis o critério de autenticidade da interpretação efetuada. Com efeito, “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito” (KELSEN, 1985. p. 369). Desse modo, ante a obscuridade das leis, a teoria pura do Direito defende que qualquer interpretação possível de ser realizada, desde que efetuada pela autoridade competente, é autêntica.

De outra parte, com relação às lacunas legais, insta mencionar ser Kelsen um tanto quanto cético no que tange a sua existência. O autor confia na plenitude do ordenamento jurídico, vez que, segundo ele, “quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta” (KELSEN, 1985. p. 263). Todavia, reconhece o autor que *eventualmente* a aplicação dessa lógica pode ser considerada indesejável pelo Poder Judiciário, ante a possibilidade de sua aplicação mecânica ensejar, no sentir do Juiz, uma injustiça.

Nessa senda, consoante o escólio de Kelsen,

verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação - logicamente possível - do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada. (KELSEN, 1985. p. 264).

Em casos tais, Kelsen vai além na liberdade atribuída ao Poder Judiciário. Para o autor, “o preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo”



(KELSEN, 1985. p. 370). Em casos tais, o autor entende ser possível, inclusive, ultrapassarem-se os limites da moldura jurídica. Senão, vejamos:

importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 1985. p. 369).

Destarte, constata-se que, para Kelsen, não há motivos para grandes “alvoroços” quando se está diante de obscuridades ou lacunas nas leis. Isso porque, o ordenamento jurídico sempre indicará a autoridade competente para dar a interpretação autêntica e, bem assim, devolver a plenitude ao Direito. Com efeito, cumpre registrar que a concepção de Kelsen sobre o Direito é deveras restrita (pura), não englobando qualquer elemento abstrato (como é o caso da moral, da religião, da ética, etc.). De acordo com Nogueira (2010. p. 142-3), “para Kelsen o *direito positivo* – e somente ele! – é objeto da ciência do direito”. Ora, ao proferir uma decisão, o Juiz está efetivamente produzindo direito positivo, mediante a criação de uma norma individual. Por essa via positivada, portanto, preenchem-se eventuais lacunas e obscuridades da legislação.

Convém, ainda, mencionar que Kelsen considera benéfico para a sociedade conferir certa margem de apreciação ao Poder Judiciário, ainda que, para tanto, seja necessário sacrificar parcialmente a segurança jurídica. Isso porque, é somente dessa forma que o Direito torna-se adaptável às constantes mutações sociais, não restando confinado a uma legislação que, com o passar do tempo, fatalmente se torna obsoleta e não representativa da vontade social (KELSEN, 2010. p. 252-4).

É de se concluir, portanto, que a teoria de Kelsen confere boa margem de liberdade ao Poder Judiciário sem, contudo – frise-se –, autorizar-lhe a arbitrariedade, vez que este só está autorizado à inovação do Direito quando a legislação se mostrar axiologicamente lacunosa, obscura ou mesmo ultrapassada.

Dando-se prosseguimento à investigação doutrinária, no próximo capítulo, avaliam-se as teorias de outro positivista muito influente: H. L. A. Hart.

4. A discricionariedade judicial em Hart

O poder discricionário [...] deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que [...] a conclusão constitui, na verdade, uma



escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional (HART).

Assim como Kelsen, Hart possui uma concepção positivista do Direito, de modo que exclui de seu conceito a incidência da moral. Para ambos os filósofos, a ciência jurídica é simplesmente um conjunto de regras escritas, as quais são manifestações de vontade humana. Mais precisamente, pode-se dizer que para Hart o Direito é constituído por regras primárias e secundárias.

Sumariamente se pode descrever a referida teoria da seguinte maneira: as regras *primárias* são aquelas que regulam diretamente a conduta das pessoas, prescrevendo-lhes obrigações, proibições ou, ainda, permissões (HART, 2001, 89-101). De outra parte, regras *secundárias* são aquelas que tem como objetivo justamente regular regras primárias, instituindo seu modo de aplicação, critérios para modificação e extinção, modo de controle, sanções, etc. Tratam-se de *regras sobre regras*, portanto (HART, 2001, 89-101). No escólio de Hart, as regras secundárias ainda são subdividas em três, quais sejam: regras de alteração, de julgamento e de reconhecimento.

Em síntese, pode-se dizer que as regras secundárias de *alteração* são as que propendem a assegurar o dinamismo do ordenamento jurídico. São, por exemplo, as regras que versam sobre a criação, alteração e extinção de regras primárias pela via legislativa, atribuindo, ainda, competências e procedimentos para a prática de atos judiciais e legislativos. A tais regras, Hart (2001, p. 105) atribuiu a alcunha de “remédio para a qualidade estática do regime de regras primárias”, reconhecendo a necessidade de sua adaptação diante das constantes mutações sociais. De outra parte, as regras secundárias de *julgamento* são aquelas aplicáveis em caso de *violação* de regras primárias, de modo que têm como finalidade assegurar a eficácia do ordenamento jurídico. Tratam-se notadamente das regras que impõem sanções a serem impingidas para cada conduta desviada da lei.

Porém, a terceira categoria de regras secundárias é a mais relevante para a teoria de Hart. Tratam-se das regras de reconhecimento, apeladas pelo autor como “remédio para a *incerteza* do regime das regras primárias” (HART, 2001, p. 105) (grifado no original). Com efeito, tais regras têm como escopo estabelecer pressupostos e condições à *validade* das regras primárias e, até mesmo, das secundárias. Desse modo, é de sua natureza jurídica que possuam a característica de serem normas de alto escalão no ordenamento jurídico.



Aliás, Hart pressupõe que deveria haver uma regra, no topo hierárquico de toda a ordem normativa, que tivesse força de fixar o critério supremo de validade do Direito. Essa seria, portanto, “a” regra de reconhecimento e a ela todo o sistema jurídico estaria subordinado, inclusive as demais regras de reconhecimento (constituição escrita, direito consuetudinário, etc.).

A apreensão da regra de reconhecimento enseja que se a conceba como padrão de *validade* das demais regras, no sentido de que serão válidas as regras advindas do poder reconhecido por determinada sociedade como competente para legislar. É, portanto, uma regra pela qual se outorgam poder e legitimidade à atividade legiferante, o que foi posteriormente pejorativamente denominado por Dworkin como “teste de *pedigree*”.

Superada, por ora, essa parte conceitual, pode-se agora adentrar um pouco mais no tema discutido neste artigo. Todavia, antes de se abordar o polêmico tema da discricionariedade judicial, convém tratar daquilo que pode ser considerada a causa do problema aqui enfrentado, qual seja, a “textura aberta do direito”. Com efeito, textura aberta é o termo utilizado por Hart para indicar que as normas jurídicas possuem invariavelmente um certo grau de indeterminação, conquanto sejam também constituídas por um “núcleo de certeza” (MACCORMICK, 2010. p. 169) que lhes garante viabilidade de vigência.

Seja qual for o processo escolhido [...] para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta* (HART, 2001, p. 140-1). (grifo no original)

Nesse diapasão, aduz Hart que a textura aberta é característica intrínseca da própria linguagem. Logo, é inevitável a contaminação do Direito por essa indeterminação linguística, visto que, como já dito, a ciência jurídica, na concepção do autor, é constituída *exclusivamente* por leis escritas, ou seja, é manifestada integralmente por meio da linguagem. Nessa senda, a indeterminação do Direito afigura-se como obstáculo intransponível aos seres humanos. “Somos homens, não deuses” (HART, 2001, p. 141), de modo que, por mais detalhada que seja a produção legislativa, jamais haverá condições de previamente regular toda e qualquer situação passível de ocorrência. Inclusive, faz-se mister referir que, por uma questão de técnica legislativa, é até mesmo *recomendável* que o conteúdo das leis seja



relativamente *genérico*. Afinal, somente dessa forma a lei conseguirá regular a vida em sociedade com salutar amplitude.

Ocorre que, ao criar uma norma geral, sempre se tem de enfrentar duas dificuldades: a primeira refere-se à relativa ignorância dos fatos que a mencionada norma irá regular; e a segunda refere-se à relativa indeterminação de finalidade, visto que a intenção do legislador não transcende para alcançar questões historicamente inexistentes quando da criação da norma jurídica.

se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência mecânica. Simplesmente este não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer (HART, 2001, p. 141).

Toda essa indeterminação é revelada por Hart com a finalidade de deixar claro que sua tese doutrinária difere-se substancialmente das teorias formalistas da Escola Exegética (MCCORMICK, 2010, 165-7). De outra sorte, isso também não significa que o autor seja partidário daquilo que denominou como “ceticismo sobre as regras”, cuja Escola mais influente é a do Realismo Jurídico. Para os céticos, a imprecisão semântica das leis lhes descredita da condição de elemento central do sistema jurídico, cedendo este espaço às decisões judiciais efetuadas caso a caso. No escólio de Hart (2001, p. 177)

o “ceticismo em relação às normas”, ou a tese de que o discurso sobre estas é um mito, ocultando a verdade de que o Direito consiste apenas nas decisões dos tribunais e nas previsões a respeito dessas decisões, pode ser muito atraente para os juristas de mentalidade mais concreta. Expresso de forma geral e sem qualificação alguma, para abranger tanto as normas secundárias quanto as primárias, o argumento é completamente incoerente: pois a afirmação de que existem decisões tomadas por tribunais não pode ser coerentemente associada à negação da existência de quaisquer normas. Isso se deve a que [...] a própria existência de um tribunal envolve a existência de normas secundárias que outorgam jurisdição a uma sucessão variável de indivíduos, tornando assim suas decisões vinculantes.

De qualquer sorte, reconhece o autor que a necessária abstração no ato de criação das leis tende a dar ensejo à imprecisão semântica das normas,



demandando, assim, que os contornos da denotação jurídica sejam definidos, lide após lide, mediante a interpretação efetuada pelo Órgão Judicial competente (HART, 2001, 148). Diante disso, conclui o autor que a textura aberta das leis e as lacunas jurídicas permitem ao operador do Direito uma margem de *discricionariedade* (HART, 2001, 149) quando da apreciação dos casos postos em Juízo, não havendo, para ele – assim como para Kelsen – somente *uma* possibilidade de resposta correta.

A discricionariedade judicial serviria, destarte, para aclarar as obscuridades legais “ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis” (HART, 2001, 149). Com relação às lacunas do Direito, Hart também adota posição assemelhada a de Kelsen, no sentido de que caso a subsunção jurídica não seja possível em face da *inexistência* de leis aplicáveis ao caso posto em Juízo, então o julgador deverá assumir a postura de legislador, criando uma norma jurídica individual para solver a lide. Ou seja, criando o Direito.

Nesses casos, a discricionariedade judicial também assume um papel importante no preenchimento das lacunas.

Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de [...] se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo (HART, 2001, p. 335).

Entretanto, o próprio Hart reconhece que esse poder criativo do Direito pelo Judiciário, possibilitado por sua discricionariedade, encontraria seus limites na orientação geral das normas jurídicas. Veja-se que, por mais vagas que possam ser algumas leis, Hart refuta o ceticismo sobre as regras, confiando que a hermenêutica sempre terá de respeitar a certos parâmetros. Dessa maneira, quando a lei é imprecisa

ou quando o direito explícito é omissivo, os juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito. Muito freqüentemente, ao decidirem tais casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objetivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta (HART, 2001, 335).



Desse modo, infere-se que, tendo em conta o posicionamento de Hart, haveria uma margem considerável de liberdade para a decisão judicial, liberdade esta consubstanciada no reconhecimento de seu poder de discricionariedade. Contudo, note-se que essa discricionariedade não é ilimitada e não pode ser confundida com arbitrariedade, visto que, ao menos no que concerne ao núcleo de certeza, as regras devem constituir um norte para os juízes em suas decisões.

Mesmo assim, insatisfeito com a noção de discricionariedade preconizada por Hart, Dworkin pretendeu restringir ainda mais a liberdade do Poder Judiciário na aplicação do Direito, em busca da *única* resposta correta. Esse será o tema do próximo capítulo.

5. A decisão (mais) correta em Dworkin

*Brincamos com o fogo e assumimos as
consequências, pois a alternativa é a
covardia perante o desconhecido
(DWORKIN).*

A obra de Dworkin é uma crítica contumaz ao positivismo jurídico, escola cuja concepção do Direito, segundo ele, é notoriamente incompleta, o que leva à noção equivocada de existirem espaços vazios na ciência jurídica, preenchíveis por via da discricionariedade judicial (DWORKIN, 2007a, p. 127). Isso ocorre em razão de que o positivismo é um “modelo [exclusivamente] de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (DWORKIN, 2007a, p. 127).

Dessa maneira, Dworkin rompe com o caminho trilhado por seus predecessores, mediante a criação de teorias inovadoras acerca da ontologia do Direito. Na concepção dworkiniana, a ciência jurídica não se constitui somente por normas positivadas; possui também “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2007a, p. 36).

Com efeito, os princípios e políticas, embora não passem por nenhum teste de *pedigree* propiciado pela regra de reconhecimento⁷ (SGARBI, 2006. p. 151),

⁷ A crítica dworkiniana reside no fato de que a regra de reconhecimento de Hart propicia tão somente um critério formal de validade, de modo que qualquer norma – e nenhuma outra –, desde que seja



consubstanciam-se como normas jurídicas válidas, as quais são utilizadas pelos magistrados quando da resolução dos casos difíceis (GUEST, 2010. p. 18) (denominados na língua original – inglês – como *hard cases*).

Conceituando e distinguindo princípios e políticas, Dworkin aduz ser uma “política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2007a, p. 36). Em relação às políticas (*policies*), insta referir que o autor entende que sua utilização na fundamentação jurídica deve ser feita com cuidado. Isso porque, a lógica do Direito não deve se pautar na concepção utilitarista de maximização da felicidade – voltada para a satisfação dos interesses da maioria em detrimento da minoria –, uma vez que os direitos são como trunfos (DWORKIN, 1984, p. 153) e, bem assim, devem ser levados a sério, independentemente da vontade coletiva. Exemplificativamente, Dworkin (2001, p. 534) refere que

se alguém tem direito à independência moral, isso significa que [...] é errado que as autoridades atuem violando esse direito, mesmo que acreditem (corretamente) que a comunidade como um todo estaria em melhor situação se assim o fizessem.

De outra parte, com relação aos *princípios*, o autor conceituou-os como *direitos* a serem observados, independentemente de interesses econômicos, políticos ou sociais, uma vez que constituem “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2007a, p. 36). Os princípios, sim, possuem grande relevância para sua concepção jurídica, funcionando como balizas à discricionariedade judicial, porquanto apontam a direção correta no julgamento dos casos difíceis.

Como dito anteriormente, Dworkin (2007a, p. 36) não aceita que os magistrados possam decidir de forma discricionária quando a lei for omissa ou obscura. Para ele, mesmo nesses casos, somente *uma* resposta poderá ser tida como correta e, destarte, estar de acordo com a ciência jurídica. Essa ideia é fundamental para a sua concepção de direito como *integridade*, por meio da qual se “exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em

aprovada pelo poder reconhecido como competente de acordo com as formalidades exigidas, será considerada uma norma válida, independentemente do seu conteúdo. De modo diferente, os princípios não passam por esse critério de validade; nascem no seio de uma comunidade, sendo fruto de seus valores morais, seus costumes, sua concepção de justiça, etc.



princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade” (DWORKIN, 2007b, p. 201).

Ademais, Dworkin vê no *devido processo legal* – virtude jurídica que na sua concepção também compõe a noção de direito como integridade – uma importante ferramenta na busca pela resposta correta.

Queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação (DWORKIN, 2007b, p. 200-1).

O autor considera inadequada a perspectiva adotada por Hart de que, a fim de preencher a textura aberta do Direito, os juízes podem criar, posteriormente à ocorrência dos fatos discutidos em juízo, regras para serem aplicadas retroativamente aos casos levados à apreciação judicial. Assim, Dworkin acusa Hart “de que a criação judicial do direito é injusta e condena-a como uma forma de legislação retroativa ou de criação de direito ex post facto, a qual é, com certeza, considerada, de forma geral, como injusta” (HART, 2001, p. 339). A tese preconizada por ele é no sentido de que,

mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O Juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente (DWORKIN, 2007a, p. 127).

Para Dworkin, portanto, a ciência jurídica sempre indicará quais são os direitos das partes, não podendo ser estes criados *a posteriori*, o que fatalmente violaria legítimas expectativas das partes (HART, 2001, p. 339). Desse modo, observa-se a preocupação do autor com o princípio da segurança jurídica, o qual, paradoxalmente, não foi de todo relevado pelos juspositivistas antes analisados.

Com o fito de melhor elucidar suas teorias, Dworkin, como um típico representante da literatura norte americana, valeu-se em sua obra de diversos casos concretos. Um caso verídico citado no seu livro “O Império do Direito”, é o chamado “Caso Elmer” (DWORKIN, 2007b, 20-5), processo judicial que levou a mais alta corte de Nova Iorque a um grande dilema sobre se deveria ou não reconhecer o direito de herança a Elmer Palmer, o qual assassinara o próprio avô com a finalidade de herdar seus bens.



A dificuldade do caso teve como causa o fato de que a lei de sucessões aplicável à lide, não obstante instituísse outros requisitos para o recebimento da herança, era silente quanto à possibilidade de o assassino do testador receber os bens provenientes de seu Espólio. Exatamente por esse motivo, o juiz Gray, utilizando-se da chamada teoria da interpretação literal⁸, proferiu seu voto no sentido de que Elmer, conquanto tenha assassinado o próprio avô, era legalmente habilitado a receber sua herança.

Todavia, releva salientar que o voto de Gray não foi acompanhado pela maioria dos magistrados, cujo entendimento se apoiou em princípios, notadamente os princípios da justiça⁹, da boa-fé e no valor jurídico segundo o qual a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza. Logo, o resultado do julgamento foi no sentido de excluir Elmer da condição de herdeiro, em que pese a lei aplicável ao caso, se interpretada literalmente, fosse clara em sentido diverso.

O exemplo apresentado por Dworkin confirma, na sua visão, a existência de padrões jurídicos não positivados (princípios), cuja relevância inegável pode ser percebida justamente quando da resolução dos chamados casos difíceis. Inclusive, impende mencionar que, para o autor, não foi sequer uma suposta lacuna legal o que constituía a dificuldade do caso citado.

Dworkin, assim como Kelsen, também é cético em relação à existência de lacunas legais. Mas para ele, um caso apresenta-se difícil, tal qual o caso Elmer, quando a interpretação literal de determinada lei produz um resultado que, caso aplicado, ensejaria na violação de princípios jurídicos (DWORKIN, 2007b, p. 419-24).

Veja-se que, no exemplo citado, a interpretação literal da regra positivada apontava claramente no sentido de Elmer receber a herança do avô. Não havia, de fato, uma lacuna legal. Ocorre que a aplicação mecânica da lei, nesse caso, teria ensejado uma grave violação aos princípios supracitados e, assim, a decisão proferida não seria correta. Tratou-se de um caso em que, para Dworkin, a aplicação literal da *lei* teria resultado em uma afronta ao *Direito*.

⁸ De acordo com Dworkin, “essa teoria propõe que aos termos de uma lei se atribua aquilo que melhor chamaríamos de seu significado *acotextual*, isto é, o significado que lhes atribuiríamos se não dispuséssemos de nenhuma informação especial sobre o contexto de seu uso ou as intenções de seu autor. (DWORKIN, 2007b, p. 22).

⁹ Neste ponto, cabe lembrar o conceito de justiça segundo Aristóteles. De acordo com o filósofo “Justiça significa dar às pessoas o que elas merecem” (SANDEL, 2012. p. 17). Nesse caso, a pergunta a ser feita é a seguinte: alguém que mata o próprio avô merece ser beneficiado com a sua herança?.



Desse modo, são os princípios que dão plenitude ao Direito, indicando o caminho para que o juiz decida, não de modo discricionário, mas sim de modo a efetivamente proferir a decisão correta.

Consoante a concepção jurídica de Dworkin, admite-se que as *leis* (regras positivadas) podem, de fato, apresentar eventualmente certas inconsistências axiológicas ou mesmo lógicas. No entanto, o *Direito*, otimizado pelos princípios jurídicos, é sempre pleno e perfeito, de modo que sempre haverá uma única decisão correta, embora eventualmente ela possa não estar ao nosso alcance¹⁰.

Reconhecendo que, ante as limitações humanas, o ato de proferir a resposta juridicamente correta é uma tarefa deveras complicada (uma tarefa hercúlea, senão humanamente impossível), Dworkin lança mão de um personagem mitológico (Hércules) para figurar como juiz ideal, o qual estaria capacitado a descobri-la em cada caso. Assim, o juiz Hércules é retratado pelo autor como "um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobrehumanas" (DWORKIN, 2007b, p. 287), que deve servir de modelo para a atuação dos magistrados.

Mediante Hércules, Dworkin procura inspirar os julgadores a, mesmo diante de casos difíceis, não se acomodarem no uso de um ilegítimo poder discricionário, esforçando-se, por meio da análise e da construção de argumentos, a descobrir/construir a resposta juridicamente correta. Confia que, assim, ao menos será possível uma correção mais aproximada nas decisões judiciais.

No próximo capítulo, analisam-se alguns dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro, os quais tentaram resolver o problema enfrentado neste artigo.

6. A inafastabilidade da jurisdição e as soluções legais para o problema da incompletude do ordenamento jurídico

O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (Novo Código de Processo Civil)¹¹.

Conforme referido alhures, não é dado ao Juiz evadir-se da responsabilidade do julgamento alegando a ausência de lei ou a dificuldade de sua compreensão. Tal

¹⁰ É verdade que muitas vezes podemos desconhecer a resposta correta, mas isso não significa que ela não exista (GUEST, 2010. p. 160).

¹¹ Com efeito, o novo CPC ainda não entrou em vigor, de modo que convém citar a redação, muito assemelhada, do "velho" CPC. Senão, vejamos: "Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei" (BRASIL, www.planalto.gov.br).



ilação se extrai do novel dispositivo legal colacionado em epígrafe e também do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, elevado à condição de direito fundamental de acesso à Justiça, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Dessa forma, cumpre analisar qual a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro para proporcionar viabilidade ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, preenchendo, assim, eventuais lacunas da lei, bem como aclarando suas obscuridades. Nessa senda, destaca-se o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC), segundo a qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942, www.planalto.gov.br).

De modo muito semelhante, o artigo 126 do Código de Processo Civil (em vigor até o dia 16 de março de 2016), *in fine*, indica que “no julgamento da lide caber-lhe-á [ao Juiz] aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” (BRASIL, 1973, www.planalto.gov.br).

Avaliando os dois últimos dispositivos legais citados, Lênio Streck (2007, p. 105) chega à seguinte conclusão:

pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar nos termos dos arts. 4º da LICC e 126 do CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, completível, através de uma auto-referência ao próprio sistema jurídico.

Impende mencionar, porém, que a completude do ordenamento jurídico não se dá apenas em razão desses dois dispositivos mencionados por Streck. Existem previsões semelhantes em outras áreas jurídicas. Inclusive, pode-se dizer que na seara jus laboral, o legislador foi um pouco além no recurso a fontes integradoras do Direito, determinando no artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas que

as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (BRASIL, 1943, www.planalto.gov.br).



Também na seara tributária existe previsão para o caso de ausência legislativa. Senão, vejamos o comando inserto no artigo 108 do Código Tributário Nacional:

Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade (BRASIL, 1966, www.planalto.gov.br).

Por fim, insta trazer ao presente artigo a previsão contida no direito consumerista. Com efeito, o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor assim dispõe:

os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade (BRASIL, 1990, www.planalto.gov.br).

Desse modo, resta demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro não é omissivo ou obscuro quando o assunto é justamente a omissão ou obscuridade das leis. Assim, reconhecendo a incompletude da *legislação*, o legislador brasileiro acabou por dar plenitude ao *Direito*, preenchendo-o com a analogia, os princípios, os costumes, a equidade, entre outros.

7. Considerações finais

A justiça é a base da sociedade. Chama-se julgamento a aplicação do que é justo.
(ARISTÓTELES)

Infere-se que o sistema legal brasileiro adota uma teoria que se aproxima mais das teses dworkinianas, uma vez que o legislador procurou restringir a discricionariedade judicial nos casos lacunosos e/ou obscuros, mediante a indicação de diretrizes de matiz legal (analogia, direito comparado) e principiológica (princípios gerais do direito, equidade, costumes).

No entanto, é necessário reconhecer que a *positivação* das leis colacionadas faz com que se obtenha, em resultados práticos, um raro consenso entre jusmoralistas e juspositivistas. Os primeiros dirão que elementos morais devem ser utilizados pelo Juiz quando da resolução de casos difíceis, porque a moral também



faz parte do conceito de Direito, indicando, através dos princípios que dela se originam, o caminho para se chegar à decisão judicial correta. Os últimos dirão que, nesse caso, os princípios e a equidade devem ser utilizados pelos magistrados, porque – em que pese não exista uma vinculação conceitual necessária entre Direito e moral – a regra positivada excepcionalmente assim o determina. Vê-se, portanto, que o que muda é apenas a justificativa; os resultados afiguram-se precisamente os mesmos para ambas as escolas jurídicas, nesse caso.

A verdade é que, atualmente no Brasil, em razão da positivação explícita de incontáveis princípios de índole abstrata e moral, a disputa teórica entre o positivismo jurídico e o jusmoralismo se tornou um tanto quanto estéril, isto é, sem grandes repercussões práticas. Ainda assim, confia-se que o modelo jusmoralista de Dworkin é o mais defensável sob o ponto de vista de uma teoria normativa do Direito, visto que oferece maiores garantias de que a ciência jurídica permanecerá ao lado dos cidadãos, mesmo havendo eventuais alterações desastrosas no poder político, como o que ocorreu na Alemanha de Hitler. Afinal, seguir a diretriz dworkiniana significa não reconhecer como Direito uma ordem normativa que viole princípios de equidade e justiça.

Assim, respondendo ao problema inicialmente proposto, conclui-se que, quando restar constatada obscuridade ou lacuna na legislação aplicável ao caso levado à apreciação judicial, o Poder Judiciário deve decidir a lide com base nos princípios jurídicos, notadamente o princípio geral da Justiça, que, afinal, é escopo e corolário do Direito.

8. Referências

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições da filosofia do direito*. São Paulo: Ícone. 2006.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 jul. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 jul. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 jul. 2015.



BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 06 jul. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Rights as trumps*. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1985.

LOCKE, John. *An essay concerning human understanding*. Oxford: Nidditch, 1975.

NOGUEIRA, Gabriel. *Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta Lingüística: pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

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

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.