

DOS CASOS DIFÍCEIS E DOS CASOS FÁCEIS OU DE COMO OS JUÍZES PRATICAM SUA ARTE

Nelson Juliano Cardoso Matos

APRESENTAÇÃO

Pretendeu-se desvendar o significado da distinção entre a interpretação dos casos fáceis e a interpretação dos casos difíceis. A distinção é feita por autores como Herbert Hartⁱ, Ronald Dworkinⁱⁱ, Chaim Perelmanⁱⁱⁱ, Neil McCormick^{iv} e Recasen Siches^v, geralmente, para justificar um estudo minucioso sobre a interpretação e aplicação do direito nos casos difíceis, considerando, como premissa, que nos casos fáceis não há problemas hermenêuticos.

A partir deste estudo tentar-se-á demonstrar que (a) os métodos hermenêuticos dependem da arte jurídica que os utiliza; e (b) que não há distinção substantiva entre os casos fáceis e os casos difíceis, sendo os primeiros aqueles que já se tornaram e que ainda são modelos paradigmáticos e estes os que ainda não são modelos paradigmáticos.

O ensaio está dividido em três partes. Na primeira seção, o problema da cientificidade do direito será situado, inicialmente, a partir do debate travado por Popper^{vi} e Kuhn^{vii} contra a concepção tradicional de ciência^{viii}, para então distinguir as ciências e as artes jurídicas. Na segunda seção, analisar-se-á como os casos fáceis são resolvidos. Na terceira seção, como os casos difíceis são resolvidos. Na seção preliminar – Introdução – serão apresentados os referenciais teóricos do ensaio, bem como será delimitado o objeto do estudo.

INTRODUÇÃO

Referencial teórico

Referencial teórico para o estudo

O referencial teórico para o estudo é o criticismo de Karl Popper (relativizado)^{ix}. Popper enfatiza que a atividade do cientista é principalmente criar novas teorias e submetê-las à crítica (a teoria só poderá ser criticada se puder ser falseada); as ciências humanas e, particularmente, o direito não podem ser falseados. Sendo ou não o direito uma ciência, no entanto, é possível manter uma discussão rigorosa sobre enunciados jurídicos a partir do “método” que incentiva a criação de novas teorias (novas soluções para os problemas jurídicos) submetendo-as à crítica, que mesmo não podendo se submeter a um juízo de falseabilidade, pode se submeter a um juízo de coerência, ainda que seja de coerência com os pontos de partida, ou seja, com o paradigma adotado (mesmo que não seja o paradigma hegemônico)^x.

Seguindo, assim, o criticismo (relativizado) de Popper: apresentar-se-á uma nova explicação para a forma de interpretação dos casos fáceis e difíceis.

O presente ensaio consiste em um estudo de “filosofia não-acadêmica”, no sentido delimitado por Recaséns Siches como aquele que tem por objeto questões relativas à interpretação e à aplicação do direito^{xi}.

Referencial teórico dos casos fáceis

O referencial teórico para a Seção II – Dos Casos Fáceis – parte da adaptação da idéia de paradigma de Thomas Kuhn^{xii}. Ao fazer a crítica à filosofia da ciência tradicional, Kuhn apresenta novos instrumentos para o estudo das ciências (sem, no entanto, estender o conceito de ciência às ciências não naturais). Para Kuhn, a “ciência” é ciência normal apenas quando estiver fundada em um paradigma (único, dominante, consolidado, reconhecido pela comunidade científica).

Kuhn trabalha a idéia de paradigma para as ciências. É possível estender a idéia de paradigma a outras áreas, inclusive às ciências não naturais, às artes ou técnicas e, principalmente, ao senso comum. Neste ponto a teoria de Kuhn se separa substancialmente da obra de Popper: para Kuhn, os paradigmas valem independentemente de serem falseados, o único critério de validade do paradigma é o reconhecimento, por qualquer motivo, pela comunidade científica^{xiii}. Neste sentido, além de ser reconhecido por uma comunidade especial (a dos cientistas), o paradigma das ciências difere-se do paradigma do

senso comum porque seus princípios estão organizados e explícitos. Após a obra de Kuhn, a distinção tradicional entre ciência e senso comum perde o sentido, pois a ciência também aceita premissas (paradigmas) como verdadeiras como dogma, sem submetê-las à dúvida (que era o critério tradicional para separar a pesquisa filosófica e científica do senso comum). Assim, o conceito de paradigma como conjunto de princípios recebidos como dogmas poderá ser utilizado em sentido mais amplo que o pretendido por Kuhn, aplicando-se, por exemplo, para o direito (sendo ciência não natural ou mesmo uma arte).

Seguindo a idéia de paradigma: será apresentada a hipótese de que há um paradigma dominante no direito, de maneira geral, e que cada caso fácil tem sua interpretação e aplicação regida por um paradigma ou modelo paradigmático (no sentido kuhniano).

Referencial teórico dos casos difíceis

Os casos difíceis são estudados por dois ângulos, a partir de dois referenciais teóricos: (a) a teoria da moldura hermenêutica de Hans Kelsen e (b) a lógica do razoável de Recaséns Siches, nos termos explicados a seguir.

Pela perspectiva descritiva, os casos difíceis são decisões tomadas pelo aplicador da norma de acordo com sua vontade dentro de alternativas dadas pela moldura hermenêutica^{xiv}. Assim, para Hans Kelsen, “(...) a interpretação correcta. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar ao ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximadamente” (KELSEN, 1984: 472-3).

Parece, no entanto, que a idéia de moldura hermenêutica serve mais ao sentido negativo que ao positivo. Ou seja, serve menos para determinar as alternativas possíveis que para determinar as alternativas impossíveis. Embora tenha o mesmo significado, com sinal trocado, enfatizar o aspecto negativo, isto é, a moldura indicar como não se pode decidir, evidencia um número menor de alternativas impossíveis e um número maior de alternativas possíveis. Portanto, a moldura hermenêutica é um controle de como **não** se pode decidir.

Além disso, a teoria da moldura hermenêutica de Kelsen tem utilidade para além das pretensões do próprio Kelsen. Pois a moldura não é apenas decorrente de um juízo

lógico, da determinação formal do significados dos enunciados; os enunciados não têm apenas plurissignificado no sentido estático, pois também e principalmente o significado dos enunciados se modificam. Portanto, mesmo a moldura hermenêutica exige a verificação dos sentidos das palavras e uma atualização destes sentidos quando da sua interpretação e/ou aplicação. Desta maneira, mesmo a teoria da moldura hermenêutica precisa ter uma base social, isto é, o grupo que reconhece os vários sentidos das palavras^{xv}. Com adaptações, parece que a teoria da moldura hermenêutica serve como base para a maioria das doutrinas hermenêuticas que pretendem se manter entre o irracionalismo e o racionalismo analítico aplicados ao direito, ou seja, serve de suporte para as teorias que pretendem, ainda, manter um grau atenuado de previsibilidade para as decisões judiciais.

Pela perspectiva prescritiva, os casos difíceis são decisões tomadas pelo aplicador da norma com o objetivo de fazer justiça. A justiça é concretizada a partir da valoração que o julgador faz das normas e dos fatos^{xvi}. Recaséns Siches toma o cuidado para esclarecer que *tais valorações ou estimações não se tratam da projeção do critério axiológico pessoal do juiz, de seu individual juízo valorativo. Pelo contrário, na maioria das vezes sucede, e assim deve ser, que o juiz trabalha com critérios valorativos consagrados na ordem jurídica positiva.* (RECASÉNS SICHES, 1980: 234-5)^{xvii}.

A posição de Recaséns Siches é ao mesmo tempo descritiva e prescritiva. Descritiva quando verifica que toda interpretação é necessariamente, também, uma estimativa axiológica; o que acontece não só no direito como em todas as atividades humanas. Mas é também prescritiva quando conduz o intérprete-aplicador a uma decisão justa: *em cada caso o juiz deve interpretar a lei daquele modo e segundo o método que leve à solução mais justa entre todas as possíveis* (RECASÉNS SICHES, 1980: 181). Neste sentido prescritivo, Recaséns Siches apenas pode indicar como ele desejaria que os juízes agissem, pois não há como assegurar que os juízes, de fato, ajam assim, mesmo que desejassem. Esta teoria prescritiva será tratada adiante como *fim teórico da arte dos juízes*.

Ainda que a doutrina da lógica do razoável esteja incompleta^{xviii}, ela serve como um dever moral do juiz. Um dever pela própria natureza da sua atividade. Parece-nos, inclusive, como veremos adiante, que é neste sentido prescritivo que Ronald Dworkin defende que há apenas uma solução correta para os casos difíceis.

O Direito Objeto do Ensaio

O direito é um objeto complexo, o que significa que pode ser observado sob várias perspectivas. Mas o direito é também vários objetos, que só estão fundidos em um só por ficção dos cientistas. Assim, em qualquer estudo sobre o direito é necessário especificar qual direito será o objeto do estudo, e ainda, se necessário, sob qual perspectiva este direito será estudado.

Neste ensaio, o direito considerado será o *direito estatal dirigido para a solução judicial dos conflitos pelos juízes*. Ou seja, será enfatizado: (a) o direito reconhecido pelo Estado em detrimento de outras fontes jurídicas não reconhecidas pelo Estado e mesmo de outras ordens normativas não consideradas jurídicas; (b) o direito que serve para a solução de conflitos em detrimento do direito que serve para ordenação de grupos sociais; (c) o direito dirigido aos operadores jurídicos em detrimento do direito dirigido a todo mundo; (d) o direito voltado para a prática judicial em detrimento do direito, mesmo estatal, voltado para outras atividades do Estado e da sociedade; e (e) o direito como arte dos juízes em detrimento de outras profissões jurídicas.

É importante esta determinação porque é bastante comum o direito ser tratado como se fosse apenas regras para solução de conflitos ou, o que é ainda mais comum, o estudo do direito sob a perspectiva dos juízes no momento em que resolvem casos concretos. As duas situações são importantes expressões do direito, no entanto, alguns estudos fazem crer que o direito se reduz a elas. Por esta razão foi feita a advertência do parágrafo anterior, que repetimos: este ensaio trata principalmente do direito praticado pelos juízes, que de forma alguma implica em concluir que o direito se reduz a isto, portanto, deve ser considerado apenas como o estudo de um dos vários aspectos do fenômeno jurídico (ou de um dos vários objetos jurídicos).

SEÇÃO I A CIÊNCIA E A ARTE DO DIREITO

Sobre a verdade, a objetividade e a certeza nas ciências

Neste ensaio, pretende-se estudar como se interpreta o direito. Abordar este tema exige posicionar-se sobre alguns aspectos do mesmo: (a) qual o direito objeto da interpretação?, (b) a interpretação jurídica é um ato de conhecimento ou de vontade? e (c) qual o sujeito da interpretação?. O segundo aspecto (b) não deixa de ser o resultado de uma indagação mais ampla: se o direito é ou não ciência e se a ciência pode oferecer respostas verdadeiras, certas e objetivas.

O senso comum, bem como, a visão tradicional de ciência e o uso ideológico da ciência consideram que toda a ciência oferece respostas verdadeiras, certas e objetivas; ao lado destes axiomas está, também, a crença em que o cientista quando está fazendo ciência é neutro (os valores e os interesses do cientista não interferem na sua atividade) e que os enunciados científicos se expressam por enunciados gerais e abstratos de valor universal e atemporal.

Quanto à crença a respeito da verdade, da objetividade e da certeza na ciência, há vasta bibliografia que demonstra que estes dogmas da ciência tradicional precisam ser relativizados. Assim, a verdade deve ser considerada como verdade científica ou como plausibilidade; a certeza como probabilidade e a objetividade como objetividade intersubjetiva. Estas mudanças são decorrentes, sobretudo, de duas inovações na filosofia da ciência: (a) a substituição do juízo de comprovação pelo juízo de falseabilidade feito por Popper e (b) idéia de paradigma como uma espécie de senso comum dos cientistas sobre as bases da própria ciência (portanto mutáveis e não comprovados ou não falseados).

Estas inovações repercutem de forma decisiva nas ciências sociais e no direito, pois dão novo fôlego às tentativas do seu reconhecimento científico. Mas, ainda assim, permanecem excluídas: ou porque não passam pelo teste da falseabilidade ou porque não conseguem se fundamentar em um único paradigma (como ciência normal).

Popper e Kuhn tomam como ponto de partida o modelo das ciências naturais, é sobre este modelo que fazem a sua crítica; assim, as ciências não naturais só são consideradas em comparação ao modelo de ciências naturais.

As ciências naturais apresentam marcantes diferenças das ciências não naturais. Estas diferenças podem ser explicadas: (a) porque as ciências não naturais ainda não atingiram a maturidade das ciências naturais (mas podem atingir) ou (b) porque são conhecimentos, na essência, diferentes e que, portanto, não pode ser reduzido um ao outro e

não podem servir de modelo um ao outro. É neste sentido “b” que hoje se considera que as ciências naturais explicam fenômenos, enquanto as ciências do espírito compreendem os fenômenos. No entanto, se são diferentes, por que as ciências não naturais persistem em se autodenominar “ciências”: se não atingiram a maturidade científica, são quase-ciências (ou seja, não são ciências) e se são ciências diferentes e constituídas historicamente depois das ciências naturais por que não se adota uma denominação distinta? Uma alternativa para este aparente impasse é que a diferença entre as ciências naturais e as ciências não naturais é de grau, sem atingir a essência delas. Popper dá indícios disso, se não enfatizarmos o aspecto da falseabilidade e sim o aspecto da crítica. Kuhn também oferece indícios se considerarmos no conceito de paradigma a possibilidade de vários paradigmas regerem ao mesmo tempo uma mesma ciência, ou seja, uma ciência como a sociologia que tem vários paradigmas, todos eles dominantes (desde que cada paradigma reconheça o outro como diferente); da mesma forma que cada ciência reconhece um paradigma diferente em outra ciência e que um cientista pode manter um diálogo científico com outro cientista de outra ciência desde que saiba conduzir-se dentro de cada paradigma.

De certo modo, parece que Popper e Kuhn estão sendo rigorosos demais (ou pelo menos “naturacentristas” demais). Não resta dúvida que as ciências naturais são diferentes das ciências sociais; que os enunciados das ciências naturais, mesmo que não sejam verdadeiros, são mais plausíveis que os enunciados das ciências não naturais; mesmo que as ciências naturais não sejam (absolutamente) objetivas, são mais objetivas que as ciências não naturais; e mesmo que não sejam certos, seus enunciados (os das ciências naturais) são mais prováveis que aconteçam na realidade.

Não se trata apenas uma distinção de grau, mas de estilo também. Os objetos (os pontos de partida) das ciências sociais são móveis e sua observação não é controlável como nas ciências naturais. Diferentes ou não, na essência, as ciências sociais também têm um grau de rigor: se não são falseáveis, podem se submeter à crítica e assim satisfazer a requisitos como a coerência com os pontos de partida, com o método, com as outras partes do discurso, com os outros enunciados, com as outras conclusões etc.; também, ainda que não tenha apenas um único paradigma, têm paradigmas.

A situação de não ter um “paradigma dominante” não retira a objetividade (intersubjetividade) das ciências não naturais, desde que os paradigmas se reconheçam uns

aos outros. Assim, é possível não só ter discussões entre os paradigmas, como ter discussões a partir (e dentro) de um paradigma, mesmo discordando dele (ou adotando outro paradigma, fazendo apenas um juízo de coerência interna).

Se as ciências não naturais produzem enunciados menos prováveis que os das ciências naturais, ainda assim são prováveis o suficiente para dar certa segurança (previsibilidade) que os eventos acontecerão; mesmo que estes eventos não se realizem como previsto, pode-se conferir em que aspecto as variáveis foram ou não realizadas. Por exemplo, quando a física enuncia que a água mudará do estado líquido para o estado gasoso quando atingir 100°C, o enunciado só se realizará se outras variáveis estiverem presentes também.

Se toda esta crítica à ciência tradicional não serviu para incluir as ciências não naturais no rol das ciências reconhecidas (ciências verdadeiras, puras ou maduras), serviu para excluir as ciências naturais deste rol. Estas não podem mais ser consideradas puras, verdadeiras, objetivas ou perfeitas, mas apenas relativamente puras, verdadeiras, objetivas e perfeitas. É desta maneira, às avessas, que as ciências não naturais se aproximam das ciências naturais.

Parece irrelevante diante das críticas já reconhecidas na comunidade científica sobre os dogmas da ciência tradicional, continuar o debate bizantino sobre se as ciências não naturais são ciências: (a) se são ciências, são ciências de espécie diferente das ciências naturais e (b) se não são ciências, ainda assim, se preocupam em produzir enunciados verdadeiros (plausíveis, com coerência interna), certos (previsíveis) e objetivos (intersubjetivos).

Sobre a cientificidade do direito

Talvez, mais que em outras áreas, no direito se discute sobre sua cientificidade. Há vários aspectos a considerar, destaca-se o aspecto ideológico, que é o reconhecimento dos seus postulados como verdadeiros. Mesmo depois de Popper e de Kuhn, ainda persiste no imaginário sobre a ciência que “o que é científico é verdadeiro”. Assim, o reconhecimento do direito como ciência resulta em que seus enunciados são científicos, ou seja, verdadeiros.

Há sérios problemas em tratar sobre a cientificidade do direito. Principalmente porque há uma tendência em considerar apenas uma ciência do direito válida e não várias ciências do direito ou mesmo em considerar que o direito possa ser estudado por outras ciências sem merecer a denominação de ciência jurídica. Por exemplo: que a sociologia estuda o direito e que a sociologia do direito é mera disciplina sociológica; vale o mesmo raciocínio para a filosofia e a filosofia do direito.

Assim, vários objetos análogos podem ser denominados de direito. Também, um mesmo objeto pode ser estudado por vários métodos. Estas duas dimensões produzem uma infinidade de possibilidades de ciências jurídicas ou de ciências que estudam o direito.

Como as verdades são verdades científicas, ou seja, verdades a partir dos postulados (dos paradigmas) de cada ciência é possível chegar a verdades diferentes sem estarem, a rigor, contraditórias. Só seriam contraditórias se estivessem habitando o mesmo espaço, o que não estão; tratando-se de dimensões epistemológicas diferentes, são, portanto, verdades diferentes.

A(s) ciência(s) prática(s) do direito

Isto é importante porque, talvez, implicitamente, a tendência em determinar “a verdadeira” ciência do direito significa determinar uma ciência que se preocupa em “descobrir” as verdades que servem para a prática do direito. Ou seja, reduzindo e simplificando o problema: quais os pontos de partida, o objeto e o método que o juiz deve utilizar para resolver lides (casos concretos) aplicando cientificamente o direito? Por trás da indagação não está permitida a dualidade de verdades; não está permitida a convivência pacífica de várias verdades. Pois, o juiz não só conhece o direito como decide (e sua decisão precisa ser uma só, aplicada em uma só dimensão: a realidade). A verdade, assim, está voltada para a prática e não apenas para o conhecimento. A atividade do juiz, neste sentido, é diferente da atividade do cientista, que admite enunciados contraditórios desde que com coerência interna no respectivo paradigma/ciência; assim, para um cientista, uma determinada norma (ou conduta concreta) pode ser considerada “legítima ou ilegítima” dependendo do paradigma, por exemplo, a sociologia, a filosofia e a lógica.

Portando, talvez, o que se queira saber é se existe uma ciência do direito voltada para a prática do direito (para os operadores do direito), isto é, se existe uma ciência prática do direito. Isto leva a outra discussão, sobre as distinções entre ciência (teórica^{xix}), ciência prática e arte.

A ciência estuda as causas, é descritivo. A arte estuda as técnicas para se atingir um fim, é prescritivo. As ciências práticas partem do estudo das causas (“descobre” como as coisas são) e as transforma em condutas obrigatórias (prescrições)^{xx}. Ou seja, os enunciados das ciências práticas são prescritivos, mas são descritivos também.

Parece que as distinções entre ciência teórica, ciência prática e arte perdem o sentido após a crítica à teoria tradicional da ciência. Só vale fazer a distinção entre ciência prática e arte se a ciência prática partir de conhecimentos verdadeiros (verdade absoluta) e a arte partir de conhecimentos plausíveis. Sem esta distinção, as ciências práticas são apenas artes com melhor e mais intenso uso dos enunciados científicos. O médico usa conhecimentos da química e da biologia, por exemplo, para sua atividade, mas sua atividade não se confunde com a do químico ou a do biólogo, porque o médico não formula enunciados descritivos, ainda que os enunciados descritivos da química e da biologia se convertam em enunciados que prescrevem como o médico deve agir em tal ou qual circunstância para obter tal ou qual resultado. O mesmo acontece com o engenheiro civil que usa enunciados da física, por exemplo, sem ser físico, mas segue prescrições que foram formuladas a partir de enunciados da física. Neste sentido o direito é tão arte ou ciência prática como a medicina e a engenharia; que só se diferenciam de atividades com a marcenaria, a pesca, a pintura, porque estas artes fazem, regra geral, menor uso dos enunciados científicos. Mais uma vez a distinção é de grau e não de essência.

Portanto, a distinção permanece apenas entre o direito que é ciência prática (ou que é arte) e o direito que é ciência teórica. O direito que é ciência teórica é feito pelos cientistas segundo um respectivo paradigma científico visando à elaboração de enunciados descritivos. O direito que é arte (ou ciência prática) é feito pelos operadores do direito também segundo o respectivo paradigma da arte (ou ciência prática), mas visando a própria prática.

As artes do direito

O direito, portanto se constitui em várias ciências (sociologia, filosofia, lógica etc.), e em várias artes: advocacia, judicatura, ministério público, docência etc.

Esta é outra confusão bastante comum: tratar o direito-arte como se fosse apenas **uma** arte, não percebendo que as atividades do juiz e do advogado, por exemplo, são bem diferentes. Sendo artes diferentes, não apenas visam fins práticos diferentes como também usam técnicas (métodos, procedimentos) diferentes para realização de suas atividades. Ao advogado, por exemplo, exige-se o domínio de técnicas de argumentação e de retórica; ao juiz, exige-se também o domínio de técnicas de mediação e de arbitragem, assim como de técnicas que enfatizem um aspecto de neutralidade; em razão dos fins teóricos dos juízes, é maior a sua preocupação com a coerência entre suas decisões, de suas decisões com as decisões dos outros juízes e de suas decisões com o senso comum das decisões judiciais.

No direito-arte são importantes cinco aspectos: (a) as fontes do direito; (b) os métodos de interpretação das fontes, (c) a atividade do sujeito, (d) os fins práticos e (e) os fins teóricos. Cada arte jurídica precisa determinar os cinco aspectos. Três deles (a, b e c) são determinados por um dos aspectos (d) e o quinto aspecto (e) orienta o exercício dos demais ainda que seja independente deles.

O advogado (sujeito) tem o fim prático de vencer a lide, ou seja, convencer o julgador a decidir em seu favor, assim dispõe de maior abertura de fontes do direito e de métodos de interpretação, os seus métodos de interpretação são, portanto, na verdade, métodos retóricos.

O juiz, por sua vez, tem o fim prático de resolver a lide (e não de vencer a lide) e o fim teórico de promover justiça, por esta razão, suas opções de fontes e de métodos hermenêuticos são mais restritas. Na idéia de justiça estão contidos dois preceitos: (a) o controle da previsibilidade (segurança jurídica e ordem) e a igualdade^{xxi}. O juiz, portanto, mais do que os outros operadores do direito (artistas do direito), tem limitada suas atividades. Em compensação, e exatamente por isso, sua ação produz efeitos imediatos mais intensos que a os efeitos das ações dos outros operadores.

Perceba-se que a arte também é paradigmática. Assim, os métodos e as fontes principais ou exclusivas são determinados pelo reconhecimento das mesmas pela respectiva comunidade científica (ciência prática) ou artística. O método do advogado não é

propriamente hermenêutico, é retórico. O método do juiz é hermenêutico. Quando o advogado usa o método hermenêutico é um argumento retórico para convencer o juiz. Neste sentido, a atividade do juiz é não só determinar o sentido das normas (fonte) seguindo um método, mas reproduzir os paradigmas (soluções) já consagrados pela comunidade de juízes. Os métodos^{xxii} dos juízes se referem aos casos difíceis e não aos casos fáceis, nos casos difíceis, como não há parâmetro para decidir, o juiz admite o argumento retórico, mas sempre em vista o fim teórico de justiça (previsibilidade e igualdade).

SEÇÃO II DOS CASOS FÁCEIS

Distinção entre casos fáceis e casos difíceis

Os estudos mais recentes (principalmente, a partir da segunda metade do século XX)^{xxiii} sobre a hermenêutica jurídica fazem a distinção entre os casos fáceis (ou simples) e os casos difíceis. De certa forma, esta distinção é decorrente do reconhecimento pela comunidade de teóricos que não há hierarquia entre os métodos (estratégias, argumentos) hermenêuticos. Assim, estes teóricos distinguem os casos para os quais há solução controvertida ou não. A controvérsia pode ser tanto (a) porque se encontram soluções diferentes para o mesmo caso aplicando-se métodos diferentes, como também (b) porque se aplicando o mesmo método se chega a conclusões diferentes.

Esta distinção leva a um resultado que merece ser observado com mais atenção. A distinção entre os casos difíceis e os casos fáceis faz crer que nos casos fáceis a interpretação é, de antemão, fácil^{xxiv}. Ou seja, por exemplo, que para a resolução dos casos fáceis basta a aplicação do método lógico-dedutivo (ou que não haja conflito de método). O problema central desta observação é se os casos fáceis são (a) previamente fáceis ou se são (b) fáceis apenas porque não produzem controvérsias. Pela segunda alternativa (b), a distinção carece de toda a importância teórica, pois é apenas uma nova classificação para outra já existente: casos controvertidos e casos não controvertidos. Assim, um caso fácil pode ser controvertido (pelo menos aparentemente) e um caso difícil pode não ser controvertido (porque uma das partes aceitou o argumento da outra parte, por exemplo). Só

faz sentido discutir sobre casos fáceis e difíceis se a distinção for conceitual, ou seja, feita a partir de modelos e condições prévias (antes dos próprios casos).

À primeira vista pode parecer que os casos fáceis sejam aqueles resolvidos com o método lógico-dedutivo, claros o bastante para não suscitar qualquer controvérsia. O conceito de caso fácil pode ainda ser mais abrangente: são aqueles casos que, mesmo que o método lógico-dedutivo seja insuficiente para resolver o caso, aplicando-se outros métodos hermenêuticos, ainda assim, não provocam controvérsias. Portanto, não havendo controvérsia, um caso fácil é aquele que resulta em uma só solução para o caso e o caso difícil é aquele que permite mais de uma solução correta para o caso. Autores como Perelman, Hart e MacCormick defendem esta tese de que para os casos difíceis há várias soluções possíveis. No entanto, autores como Dworkin, consideram que os casos difíceis, assim como os casos fáceis, resultam em apenas uma solução correta. Para Dworkin, portanto, o único critério de distinção é a controvérsia.

Cabe averiguar se a controvérsia da qual tratam estes autores é potencial ou real; ou seja, se o caso difícil é todo aquele que é potencialmente controverso. Considerando esta assertiva como válida, seria preciso concluir também que os casos fáceis são absolutamente incontestados. No entanto, se todo caso (fácil ou difícil) é potencialmente controverso, a única razão para distinção é se no caso concreto, no caso real, haja controvérsia; como não há parâmetro para determinar se a controvérsia é válida ou não, o simples fato de uma das partes contestar o argumento da outra produzirá controvérsia, ou seja, todo caso judicial, sendo controverso, seria um caso difícil. Isto retiraria, mais uma vez, o sentido desta distinção.

Parece-nos que só há razão para a distinção entre casos difíceis e casos fáceis se considerarmos os casos fáceis como casos paradigmáticos^{xxv}; ou seja, modelos de soluções de conflitos reconhecidos pela comunidade jurídica. Nos casos fáceis, o ônus da prova (prova de que é um caso fácil) é invertido; assim, todo caso será considerado fácil até que alguém demonstre que seja um caso difícil. O caso fácil, portanto, não segue as fontes e os métodos dos casos difíceis. As fontes diretas para resolver os casos fáceis são os modelos paradigmáticos, que geralmente estão sistematizados nos manuais jurídicos. O método para a solução dos casos fáceis é o analógico, procurando enquadrar determinado caso concreto a um modelo similar. Quem pleitear que um caso seja considerado difícil, portanto, (1º) terá

que demonstrar que não é um caso fácil, (2º) depois terá que argumentar que determinada fonte e que determinado método são adequados para resolver aquele caso difícil, (3º) por fim, argumentará que determinada solução é adequada para aquele caso. Quando uma solução para o caso difícil é reconhecida pela comunidade jurídica, aquela solução tornar-se-á um modelo paradigmático, ou seja, um modelo de caso fácil. Os casos que se enquadram no modelo paradigmático são casos fáceis^{xxvi}.

Neste sentido, a distinção entre casos fáceis e difíceis só é relevante para a perspectiva do juiz. Sob a perspectiva do advogado, por exemplo, todo caso é um caso difícil, toda interpretação é uma interpretação controversa.

Comunidade Jurídica

Assim, o caso fácil é todo aquele que pode ser resolvido adequando-se a um modelo paradigmático, ou seja, um modelo reconhecido pela comunidade jurídica.

A comunidade jurídica é diferente da comunidade científica^{xxvii}. A comunidade científica é um ente difuso e não hierarquizado composto por cientistas, que se reconhecem como tais. A comunidade jurídica vive a dualidade da dimensão científica do direito e da dimensão prática (operacional) do direito que, embora distintas, se confundem.

A comunidade científica do direito ou comunidade científica em geral é composta pelos cientistas que estudam o direito ou temas relevantes ao direito, assim, de certo modo, é composta por várias comunidades menores: comunidade de filósofos, comunidade de sociólogos, comunidade de lógicos etc. A comunidade operacional do direito é composta por todos os que operam o direito, sob a perspectiva apenas do direito-estatal-judicial, são: os juízes, os advogados, os promotores, os serventuários dos cartórios judiciais, etc.

Em seção anterior, observou-se que a arte (e/ou a ciência prática) toma por base fundamentos, enunciados e preceitos científicos, ou seja, enunciados reconhecidos pela comunidade científica do direito. Os paradigmas (os modelo de casos fáceis) do operador do direito para ter validade, portanto, precisam do reconhecimento, direto, da comunidade operacional do direito e, indireto, da comunidade científica do direito.

A comunidade operacional do direito é hierarquizada e seguímentada. Seguímentada porque juízes, promotores, advogados e doutrinadores^{xxviii}, por exemplo,

constituem seguimentos diferentes, que embora participem de atividades que se relacionam, constituem artes diferentes (cada seguimento busca fins diferentes, usando fontes diferentes e métodos diferentes, ainda que algumas vezes pareça que usem as mesmas fontes, os mesmos métodos e busquem o mesmo fim). É hierarquizada porque, de certo modo, um seguimento, o dos juizes, ocupa um *status* superior na comunidade; e, entre os juizes, os tribunais ocupam uma posição ainda mais elevada. Assim, o reconhecimento pela comunidade operacional se dá em dois sentidos: horizontal e vertical, sendo o reconhecimento vertical o que produz imediatamente o efeito mais intenso.

Outro fator que torna a comunidade operacional diferente das comunidades científicas é que uma classe de membros, os juizes, ao reconhecerem uma decisão como válida não apenas descrevem um objeto (o ordenamento jurídico), como também modificam o objeto. Ou seja, as ações dos juizes, principalmente dos tribunais, são ao mesmo tempo resultado da observação de determinado objeto como o fundamento deste objeto para casos posteriores. Quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF), no Brasil, declara que determinada lei é inconstitucional, não se trata de mera declaração (enunciado descritivo), pois constitui uma situação nova (um enunciado prescritivo): uma lei negativa que altera o sistema jurídico excluindo uma outra norma do sistema; a decisão do STF não precisa do reconhecimento do restante da comunidade operacional para se tornar paradigmática, embora, geralmente, os tribunais decidam com base em preceitos consagrado por esta mesma comunidade. Uma decisão do STF é diferente da petição de um advogado que por si só não tornará sua interpretação reconhecida pela comunidade, pelo contrário, sua posição só será recepcionada pelo sistema jurídico se for reconhecida também, primeiro, por algum juiz, depois, por um número relevante de juizes e reconhecido pelos tribunais superiores. É claro que os tribunais também se sentem impelidos a uma decisão quando houver reconhecimento horizontal do modelo, mas o reconhecimento vertical continua sendo decisivo.

O reconhecimento pela comunidade operacional, no entanto, precisa de algum respaldo da comunidade científica. Uma decisão que, por exemplo, assegure direitos aos animais, precisa estar embasada em (ou pelo menos não conflitante com) enunciados científicos que atestem que os animais possuem grau de discernimento e de sentimento parecido com o dos humanos. Uma decisão que determine simplesmente que mulheres não

podem exercer a profissão de médica, exigirá algum amparo (reconhecimento) em enunciados científicos (por exemplo, a tese de que as mulheres são fisicamente incapazes de exercer a medicina, ou a tese de que as mulheres não podem ter atividades fora de casa para não desagregar os laços família etc.).

Portanto, os casos paradigmáticos (que servirão de modelo para os casos fáceis) precisam do reconhecimento (1) pela comunidade operacional e (2) pela comunidade científica. O reconhecimento pela comunidade científica é indireto, apenas exige que os casos paradigmáticos não afrontem enunciados reconhecidos por esta comunidade. A comunidade operacional reconhece os casos paradigmáticos em dois sentidos. (1.a) Horizontalmente, quando todos os operadores do direito participam da interpretação dos casos; o reconhecimento, portanto, é difuso e resultado da superação das críticas, da maior eficiência para atingir os fim, de um maior consenso entre as partes envolvidas, etc. Mesmo no sentido horizontal, um seguimento especial, o dos juízes, exerce um poder de reconhecimento mais expressivo que os outros seguimentos. (1.b) No sentido vertical, o reconhecimento dos casos se dá hierarquicamente, assim, o reconhecimento pelo órgão superior invalida ou afasta o reconhecimento pelo órgão inferior; no sentido vertical, o reconhecimento é feito apenas pelos órgão com poder de concretização do direito, ou seja, os juízes e os tribunais^{xxix}; desta maneira, os casos resolvidos pelos tribunais têm mais força para se tornar casos paradigmáticos que os casos apenas apreciados por juízes de 1ª instância e os casos resolvidos pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, particularmente, no Brasil, o STF, instituem casos paradigmáticos quando explicitamente firmam jurisprudência.

É preciso ressaltar que o processo de reconhecimento pela comunidade operacional se dá nos dois sentidos simultaneamente e que mesmo no sentido vertical é pouco provável que seja feito reconhecimento a um caso paradigmático quando a mesma comunidade operacional já consolidou outro caso paradigmático em sentido oposto.

De como os juízes resolvem os casos fáceis: o método analógico

Para Abelardo Torré, analogia significa a *aplicar a um caso não previsto, a norma que rege outro caso semelhante ou análogo, quando existe a mesma razão para resolvê-lo*

de igual maneira^{xxx}. É no mesmo sentido o conceito formulado por Maria Helena Diniz: “consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e não na identidade do fato” (DINIZ, 1989: 141). Assim também é no conceito formulado por Carlos Maximiliano: “consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante”. Nos três conceitos, seguindo a doutrina tradicional, a analogia não consiste em interpretação, mas em integração do direito; ao tratarem de integração, estes autores querem dizer que embora o aplicador não aplique silogisticamente a norma ao caso concreto, ele também não cria direito. Em sentido mais radical, Vicente Ráo, seguindo a posição de Emilio Betti, considera a analogia como uma interpretação do direito ainda que não seja uma interpretação da lei: “analogia consiste na aplicação dos princípios extraídos da norma existente a casos outros que não os expressamente contemplados, mas cuja diferença em relação a estes, não seja essencial; consiste, isto é, na aplicação desses princípios aos casos juridicamente iguais ou iguais por sua essência” (RAO, 1991: 458-9). Perceba-se que Ráo fala de casos “iguais” e não de casos “semelhantes”.

O método analógico para os casos fáceis não é este que a hermenêutica tradicional aplica como método de integração do direito ou da lei. O método analógico de que trata este ensaio corresponde ao que Maria Helena Diniz denomina de “argumento lógico-decisional” (DINIZ, 1989: 143-4), ou seja, “um procedimento logicamente imperfeito ou quase lógico, que envolveria dois procedimentos: a constatação (empírica), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças tendo em vista uma decisão jurídica procurada” (DINIZ, 1989: 143).

A analogia, assim, não parte do geral para o particular, mas do particular ao particular. E ao considerar dois casos semelhantes, necessariamente se reconhece que em alguns aspectos são iguais, mas que em outros são diferentes. Um modelo paradigmático, portanto, é apenas uma abstração de determinadas características de um caso-base. Assim, *por analogia*, o tratamento dado ao caso paradigmático também é dado aos casos considerados *análogos*, mas o juízo para considerá-los análogos não pode ser lógico-dedutivo, porque é do particular para o particular; ainda assim os casos análogos apenas por

uma perspectiva predeterminada, pois sendo semelhantes, são idênticos e diferentes ao mesmo tempo. Neste sentido, é uma apreciação valorativa que vai ressaltar os aspectos iguais em detrimento dos aspectos diferentes.

Há quem defenda, inclusive, que toda interpretação pretensamente silogística no direito é, na verdade, analógica. Portanto, que a analogia não é a aplicação seqüenciada dos métodos indutivo e dedutivo como quer Ráo, mas de um método “lógico-decisional” como chama Maria Helena Diniz.

SEÇÃO III DOS CASOS DIFÍCEIS

Quando os juízes resolvem os casos difíceis?

Em essência, não há distinção entre casos fáceis e casos difíceis. Todo caso que não é resolvido como um caso paradigmático, segundo o método analógico, é um caso difícil. Assim, o caso só é difícil porque é controverso e é controverso (a) porque se abriu mão de uma resposta prévia para o caso ou (b) porque não há resposta prévia para o caso.

Como já se afirmou, para os advogados, por exemplo, não tem aplicação a distinção entre casos fáceis e difíceis porque todo o caso precisa ser tratado como caso difícil. É para os juízes que esta distinção tem relevância.

Um caso é difícil, portanto, (a) porque o juiz não consegue “enquadrar” o caso *sub judice* a um dos modelos paradigmáticos conhecidos ou (b) porque ao “enquadrar” o caso *sub judice* em um modelo paradigmático, o resultado lhe causou estranheza ou não era desejado^{xxxii}.

Neste momento, a atuação dos advogados é importante para dificultar a adesão do juiz a um caso paradigmático; convencendo o juiz a resolver o caso fácil como caso difícil. Ou mesmo a induzir o juiz ao equívoco – enquadrando em um caso paradigmático diferente ou interpretando mal o caso paradigmático.

Ressalte-se, assim, o aspecto valorativo na apreciação dos casos e no enquadramento dos casos.

A arte dos juízes

Destacamos cinco aspectos de uma arte jurídica: (a) o sujeito da arte, (b) as fontes do direito, (c) o fim prático, (d) o fim teórico e (e) os métodos.

A atividade do juiz (sujeito da arte) visa a solução de conflitos (fim prático), mas também visa a solução justa (fim teórico) dos conflitos. Por justiça, deve-se entender a realização de dois valores: previsibilidade e igualdade.

No sentido formal destes dois valores, previsibilidade significa que o caso deve ser resolvido de acordo com as normas previamente estabelecidas, ou melhor, deve ser resolvido de acordo com o modelo de decisão previamente estabelecido; e igualdade significa que casos iguais devem ser resolvidos igualmente. Portanto, os casos similares resolvidos sem similaridade precisam ter uma justificativa plausível.

Para os casos difíceis, para atender ao fim teórico da previsibilidade, o juiz deve ter como ponto de partida as regras postas e deve se ater o mais que possível para atendê-las, ainda que a moldura hermenêutica permita várias soluções possíveis. Uma vez encontrada uma solução, o próprio juiz se vincula para os futuros casos semelhantes, assim, precisa manter a coerência entre a forma e o fundamento adotados para resolver casos similares. Ou seja, o juiz tem certa liberdade para a decisão sobre o caso concreto (moldura hermenêutica), mas uma vez tomada uma decisão, isto é, escolhida uma das alternativas possíveis, o juiz se vincula a ela para os casos considerados semelhantes, ou melhor, não se vincula a decisão propriamente, mas ao fundamento da decisão.

Para resolver um caso difícil todos os métodos tradicionais podem ser utilizados. Neste sentido, de certo modo, o juiz quando resolve um caso difícil usa um pouco de retórica e de argumentação, os métodos tradicionais passam a ser usados não como métodos para se conhecer a decisão, mas como estratégias para justificar a decisão. Mas os juízes usam o método retórico em um sentido diferente: o juiz busca uma só solução correta. Ao ter várias opções é porque a valoração pode ser diferente, mas espera-se a valoração sincera. Assim, todos os métodos são aplicados e aquele que obtiver o resultado mais justo é o escolhido. Justo no sentido que o juiz estima^{xxxii}. O fim teórico da arte do juiz é, portanto, um juízo prescritivo, que o juiz poderá ou não atender; mesmo que atenda, não há

garantias de que ele encontrará a decisão correta ou mesmo que exista a decisão correta. Talvez seja este o sentido, prescritivo, da defesa de Dworkin por uma só decisão correta.

Assim, todas as fontes também são válidas, seguindo uma ordem paradigmática. Como, por exemplo, o reconhecimento da primazia da lei sobre as outras fontes do direito. Neste sentido, a atividade dos juízes é mais conservadora que a dos outros operadores judiciais do direito, principalmente porque cabe ao juiz a responsabilidade da decisão.

Entre a lógica e a retórica: há uma resposta correta para os casos difíceis?

A hermenêutica jurídica tradicional foi construída com uma marcante preocupação com a ordem, com a segurança jurídica e com a previsibilidade e certeza das decisões judiciais. Para tanto, os métodos jurídicos se constituíram como métodos racionais e sistemáticos.

Assim, pretensamente um sistema lógico, o direito prometia um sistema de idéias relacionadas entre si, com estreita observância dos princípios da identidade, da não contradição e do terceiro excluído^{xxxiii}.

Fábio Ulhoa Coelho resume a crítica de fundo^{xxxiv} que se faz à hermenêutica jurídica tradicional:

Contudo, a possibilidade de antinomias reais e de lacunas num conjunto sistemático de normas jurídicas caracteriza a desconsideração de princípios lógicos e inviabiliza, por isso, o empreendimento teórico de se tratar o direito sob o ponto de vista da lógica. Em suma, o sistema jurídico não é lógico (COELHO, 2001: 87).

A crítica à racionalidade no direito resultou também na incerteza sobre a decisão judicial, ainda que se procure encontrar um sentido mais amplo de racionalidade abrangendo uma racionalidade não analítica, como a lógica do razoável de Recaséns Siches ou os raciocínios dialéticos descritos por Aristóteles.

Diante da crítica a doutrina tradicional da hermenêutica jurídica - resumidas em obras como as de Savigny^{xxxv}, de Emilio Betti, de Ferrara^{xxxvi} e, no Brasil, em obras como as de Carlos Maximiliano^{xxxvii}, Vicente Ráo^{xxxviii} e Alípio Silveira^{xxxix} – o debate atual versa sobretudo sobre a possibilidade e os limites de se obter uma decisão correta sobre um caso jurídico. Em grande parte, deve-se a Ronald Dworkin que o debate tenha se mantido e que

a hermenêutica jurídica não tenha seguido a trilha do relativismo estremado ou do ceticismo, como foi a opção das teorias chamadas de realistas.

Por fundamentos diferentes, autores como Robert Alexy, Chaïm Perelman e Neil MacCormick defendem que para os casos difíceis há sempre mais do que uma alternativa correta possível. Neste sentido, até aqui, esta tese já havia sido proposta por Hans Kelsen. No entanto, diferentemente do jusfilósofo austríaco, Alexy, Perelman e MacCormick acreditam que a decisão não é resultado apenas da vontade do órgão aplicador do direito, mas o resultado da aplicação de uma racionalidade não analítica^{xl}.

Neste sentido a posição de Perelman é “que a solução justa parece ser menos o resultado da aplicação indiscutível de uma regra incontestada do que da confrontação de opiniões opostas e de uma decisão subsequente, por via de autoridade” (PERELMAN, 1999: 9). Destaca, portanto, os métodos e as técnicas de convencimento e persuasão em detrimento de métodos pretensamente de cognição, como é a pretensão dos métodos da doutrina tradicional^{xli}.

Recaséns Siches, de cuja teoria da lógica do razoável já tratamos, enfatiza o aspecto da intuição para a busca do justo. No caso de Recaséns Siches, mais do que nos outros, trás também uma dimensão irracional oculta, como confirma a opinião de Luís Fernando Coelho: “a lógica do razoável está voltada especialmente para a adequação das soluções aos casos reais, ainda que elas sejam irracionais. Mas são as melhores” (COELHO, 2001: 155).

Em sentido inverso, Ronald Dworkin defende uma tese racionalista e ao mesmo tempo antipositivista. Neste último aspecto se diferencia da doutrina tradicional. Dworkin enfatiza o papel dos princípios para o que a doutrina tradicional chamaria de função integradora. Assim, para cada caso há apenas uma solução correta, se houver antinomias ou lacunas, os princípios servirão de fundamento para a decisão, portanto, sem a necessidade do julgador criar normas para o caso ou escolher a decisão mais correta das possíveis. A busca pela decisão correta, no entanto, não se perde em construções teóricas visando apenas resolver o caso segundo as normas postas, a decisão correta precisa ser também uma decisão justa.

Entre o prescritivo e o descritivo

Dworkin lembra que ao defender a tese de que existe apenas uma solução correta não significa que os juízes decidirão assim. Neste aspecto, a posição de Dworkin parece ser muito próxima da posição de Recaséns Siches. Ambos acreditam que o juiz pode decidir da forma mais correta, ou melhor, que o juiz decidirá da forma justa. Mas cada um a seu modo também explica que esta decisão justa é incerta, que só se saberá no momento da concretização, ou seja, no momento da decisão.

Assim, as teorias de Dworkin e de Recaséns Siches tornam-se compreensíveis se entendidas como teorias prescritivas e não como teorias descritivas. Torna-se, portanto, irrelevante discutir se é possível se chegar à decisão correta/justa ou se é possível saber se a decisão tomada foi justa/correta ou não. Poder-se-ia usar o criticismo de Popper para sair deste impasse, mas as decisões judiciais não se submetem ao juízo de falseabilidade para se saber se são justas ou não.

Sendo teorias prescritivas, é a postura dos juízes frente ao caso que determina que só há uma resposta correta, ou seja, é uma doutrina que impõe aos juízes o dever de observar o caso **como se** existisse apenas uma decisão justa, e que por isto buscarão chegar a esta decisão.

Sob este aspecto, prescritivo, o juiz que parte da premissa que não há uma decisão correta, tenderá mais que os outros a destacar o aspecto da vontade sobre o aspecto da racionalidade e tenderá a destacar o aspecto da valoração pessoal sobre o aspecto da valoração normativa ou social. Uma teoria prescritiva produz seus efeitos sim, e deve ser considerada apenas como tal.

CONCLUSÃO

A ARTE DOS JUÍZES E AS OUTRAS ARTES JURÍDICAS

Tratou-se neste ensaio da arte dos juízes. Estas conclusões só valem para este caso; portanto, não podem ser estendidas indiscriminadamente para a arte dos advogados, dos legisladores, dos controladores, dos doutrinadores, dos professores etc.

Não há uma ciência da interpretação jurídica no sentido de estabelecer a fórmula para dar respostas certas (certas, verdadeiras, objetivas) para os casos, sejam eles fáceis ou difíceis. Há, no entanto, ciências jurídicas que descrevem, parcialmente, o fenômeno jurídico; como, por exemplo, aquelas que sistematizam as normas jurídicas emanadas das

leis, resolvendo antinomias no plano abstrato, ou aquelas que sistematizam as decisões dos tribunais superiores extraindo delas um padrão de decisões, ou ainda aquelas que indutivamente encontram costumes jurídicos na prática cotidiana de um povo. Todas estas ciências jurídicas estão voltadas para o passado ou para o presente, estão voltadas para a contemplação e não para a ação. Só há certeza, verdade e objetividade nelas nesta dimensão. Para o futuro, para a prática, estas ciências só valem como subsídios para as artes jurídicas.

As artes jurídicas são apenas caminhos que melhor conduzem para fins determinados^{xlii}. Portanto, a alteração dos fins significa também a mudança de rota. Também, como arte, apenas se conduz para o melhor caminho, pois não há o caminho certo válido para todos os casos. Encontrar um caminho para cada caso não significa que poderá ser repetido êxito e não encontrá-lo em um caso não significa que não possa ser encontrado em outro. Vale então a lição de Aristóteles em ética a Nicômacos sobre a virtude, que é um conhecimento prático: “Quanto às várias formas de excelência moral, todavia, adquirimo-las por havê-las efetivamente praticado, tal como fazemos com as artes. As coisas que temos de aprender antes de fazer, acendemo-las fazendo-as” (ARISTÓTELES, 1992 : 35).

Um bom método só vale para quem quiser utilizá-lo. Assim, um método para a decisão justa pode não encontrar acolhida em um juiz que não quer decidir com justiça. A validade da decisão não está condicionada ao método. Como Kelsen afirmava: a decisão judicial é um ato de vontade, portanto, o juiz não precisa seguir o método, precisa apenas decidir dentro da moldura hermenêutica. O método está disponível para quem quiser usá-lo, mas não é um dever usá-lo.

Ao mesmo tempo em que estas conclusões constatarem a liberdade do juiz em relação aos textos, afirmando o caráter criativo da atividade judicial, o juiz também se encontra preso como todos os outros seres humanos. Assim, fica livre não para fazer o que quer, mas para fazer o que pode.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, J. M. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica: São Paulo: Saraiva, 2002.

AGULLAR, F. H. Metodologia da ciência do direito. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, R. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ANDRADE, C. J. O problema dos métodos de interpretação jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ARISTÓTELES. Ética a Nicomanos. Brasília: Editora da UnB, 1992.

ARISTÓTLES. Metafísica (Livro I e II). Os Pensadores vol. IV. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

ATIENZA, M. As razões do direito. São Paulo: Landy, 2003.

AZEVEDO, P. F. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

AZEVEDO, P. F. Método e hermenêutica material no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BOBBIO, N. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BORGES, J. S. M. Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos. Recife: Fundação de Cultura da Cidade do Recife, 1994.

BOURDIEU, P. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

CAMARGO, M. M. L. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CHALMERS, A. F. O que é ciência, afinal? São Paulo: Brasiliense, 1993.

COELHO, L. F. Lógica jurídica e interpretação das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DINIZ, M. H. As lacunas no direito. São Paulo: Saraiva, 1989.

DINIZ, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1992.

DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, R. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EHRlich, E. Fundamentos de sociologia do direito. Brasília: Editora da UnB, 1986.

FERRARA, F. Interpretação e aplicação das leis. Coimbra: Armênio Amado, 1978.

FERRAZ JUNIOR, T. S. A ciência do direito. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JUNIOR, T. S. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA SOBRINHO, J. W. Didática e aula em direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FOUREZ, G. A construção das ciências. São Paulo: Editora da Unicamp, 1995.

GUERREIRO, M. A. L. Ceticismo ou senso comum? Porto Alegre: Edipucrs, 1999.

HART, H. L. A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, H. Teoria Geral das Normas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KUHN, T. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAKATOS, I. & MUSGRAVE, A. (org.). A crítica e o desenvolvimento do conhecimento (Quarto volume dos atos do Colóquio Internacional sobre Filosofia da Ciência, realizado em Londres em 1965). São Paulo: Cultrix; Editora da USP, 1979.

LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

LOPES, J. R. L. O direito na história. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MACHADO NETO, A. L. Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 1975.

MARMOR, A. (org.). Direito e interpretação. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAXIMILIANO, C. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTORO, A. F. Estudo de filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, L. Neutros e neutros. In Humanidade.

OLIVEIRA, L. Verdades científicas e relações de força – notas críticas sobre o relativismo de Latour. In Ciência e Cultura 40(5): 442-447.

PERELMAN, C. Lógica jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PISTORI, M. H. C. Argumentação jurídica. São Paulo: LTr, 2001.

POPPER, K. A sociedade aberta e seus inimigos. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da USP, 1987.

POPPER, K. Lógica das ciências sociais. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: Editora da UnB, 1978.

RÁO, V. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, M. Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, M. O direito como experiência. São Paulo: saraiva, 1992.

RECASÉNS SICHES, L. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Mexico: Editorial Porrúa, 1980.

RIGAUX, F. A lei dos juízes. São Paulo: Marins Fontes, 2000.

SANTOS, B. S. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, B. S. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SANTOS, B. S. Pela mão de Alice. São Paulo: Cortez, 1992.

SAVIGNY, F. K. Metodologia jurídica. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SCHAPP, J. Problemas fundamentais da metodologia jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

SILVEIRA, A. Hermenêutica no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SOUTO, C. Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SOUTO, C. Introdução ao direito como ciência social. Brasília: Editora da UnB; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971.

STEGMÜLLER, W. A filosofia contemporânea: introdução crítica. São Paulo: EPU/Editora da USP, 1977.

STRECK, L. L. Hermenêutica jurídica e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TEIXEIRA, J. P. A. Crise moderna e racionalidade argumentativa no direito: o modelo de Aulis Aarnio. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 39 n. 154 abr./jun. 2002.

TORRÉ, A. Introducción al derecho. Buenos Aires: Editorial Perrot, s/d.

VILLEY, M. Filosofia do direito: definição e fins do direito. São Paulo: Atlas, 1977.

WARAT, L. A. & CUNHA, R. M. C. Ensino e saber jurídico. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

WARAT, L. A. Introdução geral ao direito: interpretação da lei; temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

NOTAS

ⁱ Sobre a posição de Hart, foi utilizada sua obra-referência: HART, L. A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. (Especialmente o Capítulo 'Formalismo e ceticismo sobre as regras').

ⁱⁱ Sobre a posição de Dworkin, foram utilizadas três das suas principais obras: DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Especialmente os Capítulos 'Casos difíceis' e 'Os direitos podem ser controversos?'). DWORKIN, R. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Especialmente o Capítulo 'Quando a linguagem é clara?'). DWORKIN, R. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Especialmente o Capítulo 'Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?').

ⁱⁱⁱ Sobre a posição de Perelman, foi utilizada apenas uma obra: PERELMAN, C. Lógica jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

^{iv} A posição de MacCormick foi utilizada de "segunda mão" pela obra bastante difundida e confiável de Manuel Atienza: ATIENZA, M. As razões do direito. São Paulo: Landy, 2003. (Especialmente o Capítulo 5: Neil MacCormick: uma teoria integradora da argumentação jurídica).

^v Sobre a posição de Recaséns Siches foi utilizada a obra: RECASÉNS SICHES, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Mexico: Editorial Porrúa, 1980.

^{vi} Sobre a posição de Karl Popper, foram utilizadas três obras: POPPER, K. A lógica da investigação científica; POPPER, K. Conjecturas e refutações; e POPPER, K. Lógica das ciências sociais. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: Editora da UnB, 1978.

^{vii} Sobre a posição de Thomas Kuhn, foi utilizada sua obra-referência: KUHN, T. A estrutura das revoluções científicas. São Paulo: Perspectiva, 2000.

^{viii} Sobre a concepção tradicional de ciência, particularmente a da Escola de Viena, a base das informações foi extraída da obra: STEGMÜLLER, W. A filosofia contemporânea: introdução crítica. São Paulo: EPU/Editora da USP, 1977.

^{ix} Por "criticismo relativizado" entende-se que os enunciados científicos devem se submeter à crítica, e que a crítica não consiste apenas no juízo de falseabilidade, mas também a juízo de coerência; portanto, estende-se o criticismo de Popper (relativizado) às ciências não empíricas.

^x Gerard Fourez considera que a comprovação empírica não passa de um juízo de coerência com os preceitos do modelo referencial, ou seja, considera que mesmo nas ciências naturais a comprovação empírica é apenas uma comprovação paradigmática, um atestado de que o fato demonstrado se ajusta coerentemente ao modelo adotado. (cf. FOUREZ, 1995: 37-8).

^{xi} Cf. RECASÉNS SICHES, Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Mexico: Editorial Porrúa, 1980.

^{xii} Por "criticismo relativizado" entende-se que os enunciados científicos devem se submeter à crítica, e que a crítica não consiste apenas no juízo de falseabilidade, mas também a juízo de coerência; portanto, estende-se o criticismo de Popper (relativizado) às ciências não empíricas. Por "idéia de paradigma adaptada" entende-se duas coisas: (1º) que as ciências consideradas por Kuhn como não normais também são regidas por paradigmas, ainda que por vários paradigmas (portanto, considerando que o conceito de paradigma admite a convivência de vários paradigmas dominantes simultaneamente para a mesma ciência, desde que se reconheçam como distintos); e (2º) que todo modelo, desde que reconhecido pela comunidade que lhe dá validade, é um modelo paradigmático (portanto, aplicando-se também a situações mais particulares).

^{xiii} Em oposição a qualquer tendência de utilização da obra de Kuhn para um relativismo e/ou ceticismo radical, Luciano Oliveira e Mário Guerreiro, de formas diferentes, alertam para a necessidade de um certo grau de eficácia dos enunciados do paradigma na realidade. (cf. GUERREIRO, 1995 e OLIVEIRA. Verdades científicas e relações de força – notas críticas sobre o relativismo de Latour).

^{xiv} "Se por <interpretação> se entende a fixação por via cognitiva do sentido do objecto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que (...) têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito (...). Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro, que a lei representa (...)". (KELSEN, 1984: 467).

^{xv} Deve se perceber que a teoria da moldura hermenêutica de Kelsen é instrumento da atividade científica do direito; aqui, usamos a teoria da moldura hermenêutica para a atividade prática do direito. Portanto, a teoria de Kelsen foi adaptada para os fins deste ensaio.

^{xvi} Neste sentido, para Recaséns Siches o *juízo de conhecimento* do juiz *entranha sempre um juízo estimativo, não um juízo de conhecimento*. (RECASÉNS SICHES, 1980: 185)

^{xvii} Recaséns Siches lembra que a ação humana não é completamente livre, está condicionada e sujeita a um número limitado de possibilidades. Cf. RECASÉNS SICHES, 1980: 134-5. Um dos fatores para esta limitação de possibilidades é “pré-compreensão do interprete”, Margarida Maria Lacombe Camargo, influenciada pela obra de Gadamer, sintetiza: “no processo jurídico-decisório, a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios e, de certa forma, sedimentados, que nos possibilita alcançar suas conclusões com um mínimo de previsibilidade” (CAMARGO, 1999: 46).

^{xviii} Recaséns Siches considera a lógica do razoável um método, mas não indica qualquer procedimento para realizá-lo.

^{xix} Fez-se uso da expressão “ciência teórica” na falta de outra expressão melhor que sirva para distinguir a ciência preocupada em formular enunciados descritivos e a “ciência” preocupada em formular enunciados prescritivos. Geralmente, a “ciência” que formula enunciados prescritivos é também descritiva, mas em um sentido particular: a partir da formulação de enunciados descritivos, estes se convertem em um dever; por exemplo, constatar que a liberdade é inata ao homem é um enunciado descritivo que se converte no direito à liberdade e no dever de respeitar a liberdade.

^{xx} Aqui se optou pela clássica distinção aristotélica. Merecendo portanto todas as ressalvas da filosofia da ciência moderna e contemporânea.

^{xxi} Outros fins teóricos podem ser acrescentados. Por exemplo, no paradigma do Estado de Direito, acrescenta-se a liberdade; e, no paradigma do Estado Democrático (Democracia moderna-representativa-liberal-elitista), acrescenta-se que a principal fonte do direito deve ser derivada de normas editadas por um Parlamento cujos membros foram eleitos por um conjunto expressivo dos destinatários das normas para mandatos não muito longos. Para mais sobre a “teoria hegemônica da democracia”, cf. MATOS, 2002.

^{xxii} Aqui, por “método”, entende-se os tradicionais e novos métodos de hermenêutica ou de interpretação jurídica.

^{xxiii} Destacam-se: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Chaim Perelman, Herbert Hart e Neil MacCormick.

^{xxiv} O que implicitamente parece significar que nos casos fáceis não há interpretação, porque o fundamento jurídico é claro. Ainda que esta impressão seja expressamente rejeitada por todos os autores referidos acima, esta distinção leva a pensar se a teoria dos casos fáceis seria uma versão atualizada do brocardo medieval *in claris cessat interpretatio*. Pois produz o mesmo efeito, isto é, não submeter à dúvida a solução clara / fácil.

^{xxv} É neste sentido que usamos a teoria de Thomas Kuhn adaptada. O conceito de paradigma, aqui, não é usado no sentido específico empregado por Kuhn, mas como um modelo paradigmático reconhecido pela comunidade jurídica e tratado como um dogma (dispensando, portanto, a comprovação da sua validade).

^{xxvi} Vale a ressalva que não se está afirmando que necessariamente um determinado caso concreto se enquadrará no caso paradigmático; como a técnica é analógica, um caso nunca será **necessariamente** enquadrado no modelo precedente, pois sendo casos similares e não iguais, aquele nunca se enquadrará perfeitamente. Assim, o caso é fácil quando o intérprete-aplicador opta pelo caso fácil, ao considerá-lo caso fácil inverte-se o ônus da prova para aquele que considerá-lo difícil.

^{xxvii} Comunidade científica no sentido kuhiano que fará o reconhecimento dos paradigmas científicos.

^{xxviii} Os doutrinadores foram considerados aqui membros da comunidade operacional e não da comunidade científica, considera-se, aqui, doutrinadores os sistematizadores dos modelos paradigmáticos. No entanto, como membros da comunidade operacional, os doutrinadores não apenas sistematizam os modelos paradigmáticos já consagrados, mas também contribuem para sua formação, ou seja, influenciam e são influenciados pela comunidade operacional.

^{xxix} No âmbito do direito público, o reconhecimento vertical se dá de outra maneira. Pois, paralelamente aos órgãos jurisdicionais, determinados órgãos da administração pública também exercem este poder hierarquizado de reconhecimento.

^{xxx} Cf. TORRÉ, s/d: 372. No mesmo sentido, conferir ainda o conceito elaborado por Maria Helena Diniz: “consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e não na identidade do fato” (DINIZ, 1989: 141).

^{xxxi} Ao afirmar que o resultado “não era desejado”, não se quer dizer que o juiz já tenha uma decisão prévia e que, deliberadamente, apenas busque fundamentos para ela, mas que há decisões que atentam contra os sentimentos e os valores do que o juiz acha correto. Assim, aquelas decisões que são indiferentes não são recusadas.

^{xxxii} Sobre o sentido da valoração do juiz na busca da decisão justa, cf. a posição de Recaséns Siches em sua doutrina da lógica do razoável (RECASÉNS SICHES, 1980).

^{xxxiii} Sobre as características de um sistema lógico cf. COELHO, 2001: 87.

^{xxxiv} João Paulo Allain Teixeira também sistematiza sob a perspectiva da história da filosofia os fundamentos do predomínio da racionalidade e da sua insuficiência na modernidade. Cf. TEIXEIRA, 2002.

^{xxxv} Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von. Metodologia jurídica. Buenos Aires: Depalma, 1979.

^{xxxvi} Cf. FERRARA, Francesco. Interpretação e aplicação das leis. Coimbra: Armênio Amado, 1978.

^{xxxvii} Cf. MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

^{xxxviii} Cf. RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

^{xxxix} Cf. SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

^{xl} Parece se necessário fazer justiça a Kelsen. Enquanto que Alexy, Perelman e MacCormick estão preocupados com temas da “filosofia não-acadêmica”, a posição de Kelsen é uma teoria da “filosofia acadêmica” (no sentido empregado por Recaséns Siches).

^{xli} Luís Fernando Coelho procura destacar o aspecto central da teoria de Perelman: “Perelman parte da idéia de auditório; quem argumenta, o faz para alguém, assim, argumentar é dialogar, enquanto que raciocinar é monologar” (COELHO, 1981: 159).

^{xlii} Neste sentido, Aberlardo Torre entende por *técnica em geral*, o conjunto de procedimentos que se seguem para chegar a um objetivo dado, isto é, para realizar um fim concreto. (TORRÉ, s/d: 255).