

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

PAULA ADRIANE GAUER SOUZA

**O PAPEL DA INTEGRIDADE E DA COERÊNCIA NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA E
NA REALIZAÇÃO EFETIVA DO DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE RONALD DWORKIN
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2018

PAULA ADRIANE GAUER SOUZA

**O PAPEL DA INTEGRIDADE E DA COERÊNCIA NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA E
NA REALIZAÇÃO EFETIVA DO DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DE RONALD DWORKIN
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Ms. Tiago Neu Jardim

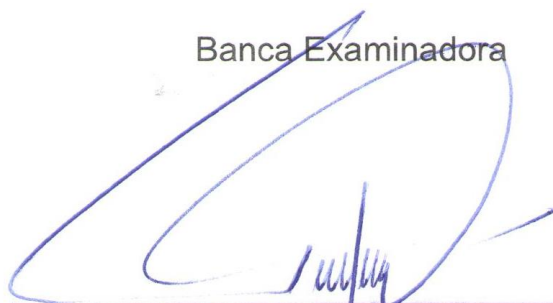
Santa Rosa
2018

PAULA ADRIANE GAUER SOUZA

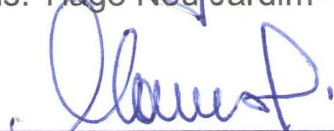
**O PAPEL DA INTEGRIDADE E DA COERÊNCIA NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA E
NA REALIZAÇÃO EFETIVA DO DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA
DE RONALD DWORKIN
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas
Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

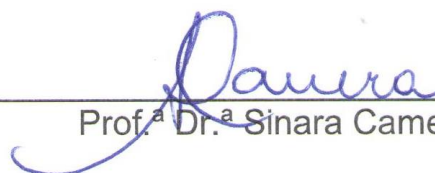
Banca Examinadora



Prof. Ms. Tiago Neu Jardim – Orientador



Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira



Prof.ª Dr.ª Sinara Camera

Santa Rosa, 12 de julho de 2018.

DEDICATÓRIA

Dedico esta conquista especialmente a Deus, que é a fonte de luz e energia desta jornada. Ao meu companheiro, amigo de todas as horas, Eduardo, que sempre acreditou me encorajando e incentivando carinhosamente a seguir em frente. E aos meus queridos e amados filhos, Ana Luiza e João Vítor, seres iluminados que me inspiram a viver. Sempre foi e sempre será por vocês!

AGRADECIMENTO

Primeiramente agradeço à Deus, que me agraciou com o dom da vida, presenteando-me com fé, saúde e sabedoria, permitindo assim que este momento seja vivido. O maior apoio nos momentos difíceis.

A minha linda e abençoada família, que se manteve firme ao me apoiar em cada momento de dificuldade. Em especial ao meu amado esposo e companheiro, que não mediu esforços para cuidar de nossos filhos na minha ausência diária.

A todos aqueles que em algum momento estiveram presentes cuidando dos meus queridos filhos, a ajuda de vocês foi fundamental para esta conquista, pois sem vocês não conseguiria vencer a dificuldade de deixá-los todas as noites para estudar.

A esta instituição, professores, direção e administração, que oportunizaram o ampliar de meu horizonte, fazendo com que cada vez mais eu acredite que a educação é o melhor caminho para um futuro melhor.

Por fim, de forma mais que especial, ao meu orientador, Prof. Ms. Tiago Neu Jardim, pela disponibilidade e atenção, que proporcionaram reflexões profundas sobre o direito e a justiça, mas sobretudo de alteridade. Meu muito obrigada!

“Cada um que passa em nossa vida, passa sozinho, pois cada pessoa é única e nenhuma substitui a outra. Cada um que passa em nossa vida, passa sozinho, mas não vai só, nem nos deixa sós; leva um pouco de nós mesmos, deixa um pouco de si mesmo. Há os que levam muito, mas não há os que levam nada; há os que deixam muito, mas não há os que deixam nada. Essa é a maior responsabilidade de nossas vidas e a prova evidente que duas almas não se encontram por acaso”.

Antoine de Saint-Exupéry

RESUMO

O tema deste trabalho é o papel da integridade e da coerência para a promoção da justiça. Nesta senda, a delimitação temática é a relação entre a integridade e a coerência no ordenamento jurídico brasileiro, expressões afetas à teoria de Ronald Dworkin, e a busca pela realização efetiva do direito como forma de promoção da justiça na contemporaneidade. Logo, o problema desta monografia consiste em pesquisar se a integridade e a coerência contidas na teoria de Dworkin são indispensáveis para a realização efetiva do direito conforme exigência metodológica de Castanheira Neves? O objetivo geral deste trabalho é analisar a importância da interpretação da lei e a sua aplicação coerente, partindo do estudo da teoria de Ronald Dworkin, a fim de compreender a relevância do binômio da interpretação versus aplicação do direito e os seus reflexos para a concretização da segurança jurídica no contexto contemporâneo da justiça brasileira. Especificamente, a análise da teoria dworkiana, o jurisprudencialismo de Castanheira Neves e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Justifica-se essa investigação, pela relevância da necessidade de critérios metodológicos na aplicação das leis e jurisprudência, onde integridade e coerência são elementos constitutivos de um sistema jurídico capaz de garantir segurança jurídica. A pesquisa realizada é teórica, a forma estabelecida para a geração de dados é qualitativa, e os fins são explicativos. Nesse contexto, o método utilizado é o hipotético dedutivo, com base na doutrina, jurisprudência e nas normas de direito, sendo analisada a importância do conteúdo das leis para a uniformização das decisões judiciais. Nesse viés, os dados coletados se justificam para fomentar questões com procedimento comparativo e histórico. Este trabalho está organizado em três capítulos. O primeiro capítulo, aborda a teoria de Ronald Dworkin, inovando com sua distinção qualitativa entre princípios e normas, em sua teoria do direito como integridade; O segundo capítulo, restará para o exame do jurisprudencialismo de Castanheira Neves como crítica ao direito como integridade de Dworkin; O terceiro capítulo, se reserva a uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tangenciando sempre a efetivação prática da justiça. A principal conclusão é a de que, em princípio, não é possível a realização do direito sem integridade e coerência, no entanto, na análise do caso concreto, seguindo parâmetros de racionalidade, podem ser relativizados para a promoção da justiça, conforme teoria jurisprudencialista de Castanheira Neves.

Palavras-chave: Integridade – Coerência – Segurança Jurídica – Justiça - Jurisprudencialismo

ABSTRACT

The theme of this work is the role of integrity and coherence for the promotion of justice. On this path, the thematic delimitation is the relation between integrity and coherence in the legal order in Brazilian, expressions that are related to Ronald Dworkin's theory, and the search for the effective realization of law as a form of promotion of justice in the contemporaneity. Therefore, the issue of this monograph is to investigate whether the integrity and coherence contained in the Dworkin theory are indispensable for the effective realization of the law according to the methodological requirement of Castanheira Neves? The overall goal of this work is to analyze the importance of interpreting the law and its coherent application, starting from the study of Ronald Dworkin's theory, in order to understand the relevance of the binomial of the interpretation versus application of the law and its reflexes for the concretization of legal security in the contemporary context of Brazilian justice. Specifically, the analysis of Dworkian theory, the jurisprudentialism of Castanheira Neves and the jurisprudence of the Superior Justice Tribunal. This research is justified by the relevance of the need for methodological criteria in the application of laws and jurisprudence, where integrity and coherence are constitutive elements of a legal system capable of ensuring legal certainty. The research is realized in a theoretical way, the established form for data generation is qualitative, and the purposes are explanatory. In this context, the method used is the hypothetical deductive, based on doctrine, jurisprudence and rules of law, analyzing the importance of the content of laws for the standardization of judicial decisions. In this sense, the collected data are justified to foment questions with comparative and historical procedure. This work is organized in three chapters. The first chapter, addresses Ronald Dworkin's theory, innovating with his qualitative distinction between principles and norms, in his theory of law as integrity; The second chapter, will remain for the examination of the jurisprudentialism of Castanheira Neves as critic to the right like Dworkin's integrity. The third chapter, is reserved to an analysis of the jurisprudence of the Superior Justice Tribunal, always tangentiating to the practical realization of justice. The main conclusion is that, in principle, it is not possible to realize the right without integrity and coherence, however, in the analysis of the concrete case, following parameters of rationality, can be relativizados for the promotion of justice, according to jurisprudential theory of Castanheira Neves.

Keywords: Integrity - Coherence - Legal Security - Justice - Jurisprudentialism

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS

§ – parágrafo

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – artigo

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição Federal

IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

JEC – Juizado Especial Cível

P. – página

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE EM RONALD DWORKIN	13
1.1 SENTENÇAS JUSTAS NOS CASOS DIFÍCEIS: A DECISÃO DOS JUÍZES.....	15
1.2 O BRASIL E O DESAFIO DA INTEGRAÇÃO DO DIREITO	23
2 CRÍTICA DE CASTANHEIRA NEVES À TEORIA DE DWORKIN: SISTEMA E PROBLEMA JURÍDICO	31
2.1 JURISPRUDENCIALISMO	33
2.1 A ÚNICA RESPOSTA CORRETA FRENTE A COMPLEXIDADE DA DECISÃO JUDICIAL	41
3 A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE OS MODELOS DE DWORKIN E CASTANHEIRA NEVES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA	48
3.1 ACÓRDÃOS E SEUS REFLEXOS NA REALIZAÇÃO DO DIREITO.....	50
3.2 A COERÊNCIA PARA FIXAÇÃO DE PRECEDENTES	57
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como tema o papel da integridade e da coerência para a promoção da justiça. Nesta senda, a delimitação temática é a relação entre a integridade e a coerência no ordenamento jurídico, expressões afetas à teoria de Ronald Dworkin, e a busca pela realização efetiva do direito como forma de promoção de justiça na contemporaneidade. Em outras palavras, dedica-se a investigar se o modelo é destinado apenas a proporcionar unicidade e segurança jurídica nas decisões judiciais ou se ele também é capaz de ser instrumento de transformação social e mudança de perspectiva para a concretização do direito, fazendo um cotejo entre a teoria dworkiana e o jurisprudencialismo de Castanheira Neves.

Frente à temática apresentada, o presente estudo tem como problema de pesquisa responder a seguinte questão: A integridade e a coerência contidas na teoria de Dworkin são indispensáveis para a realização efetiva do direito conforme exigência metodológica de Castanheira Neves?

No Brasil, a estrutura jurídica oficialmente adotada é o da *Civil Law*, em que o eixo estruturante da formação das leis é o Poder Legislativo. Destarte, propõe-se três hipóteses: a primeira de que modelos importados para o Brasil tal como o de Ronald Dworkin (estigmatizado sob o prisma de um sistema jurídico de *Common Law*) encontram limitações, necessitando de adequações ou de teorias complementares que levem em conta a realidade social e as circunstâncias do problema com o qual se depara o intérprete; a segunda que em um sistema como o da *Civil Law*, a Lei exerce papel substancial sobre o comportamento da coletividade e, por vezes, pode comprometer os efeitos práticos da aplicação das regras, mesmo que o intérprete respeite os condicionantes de coerência e integridade na interpretação; e a terceira de que a falta de técnica legislativa e a hipertrofia das leis no Brasil compromete a integridade e a coerência do sistema jurídico.

Nesse sentido, a elucidação acerca da Teoria do Direito como Integridade, do autor norte americano Ronald Myles Dworkin, é fundamental para que sejam ampliados os horizontes do pensar e agir direito. Assim, são abordados os “hard cases” (casos difíceis) das obras *O Império do Direito* e *Uma Questão de Princípios*,

o romance em cadeia e o juiz Hércules. Nesse contexto, foi analisado o Código de Processo Civil de 2015, e suas alterações em relação à lei que o precedeu, apontando contribuições no sentido de que o juiz tenha de motivar e fundamentar adequadamente as questões a ele trazidas a partir do acervo probatório.

O objetivo geral desta monografia é analisar a importância da interpretação da lei e a sua aplicação coerente, partindo do estudo da teoria de Ronald Dworkin, a fim de compreender a relevância do binômio da interpretação versus aplicação do direito e os seus reflexos para a concretização da segurança jurídica no contexto contemporâneo da justiça brasileira. O desenvolvimento do estudo realizado neste trabalho está direcionado à falta de segurança jurídica a que o cidadão jurisdicionado tem de se sujeitar em busca da justiça, em um Estado Democrático de Direito em que diversas garantias constitucionais e legais são violadas.

Nesta senda, os objetivos específicos deste trabalho serão: a) estudar a importância da integridade e coerência das decisões judiciais, com foco na Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, a fim de compreender a essência da teoria e a possível adequação desta ao sistema de jurisdição adotado no Brasil; b) analisar a crítica de Castanheira Neves à teoria de Ronald Dworkin, na perspectiva de compreender a relação entre a interpretação adequada da norma jurídica e a coesão na sua efetivação prática, seguindo parâmetros de racionalidade para a jurisprudencialização do direito no Brasil; c) pesquisar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a relação entre segurança jurídica e efetividade normativa.

A opção pelo estudo deste tema se deve à grande identificação com a área do direito e a preocupação com a falta de critérios metodológicos na aplicação das leis e jurisprudência. Ainda, a aspiração para a elucidação de como a fragmentação do ato interpretativo pode ser incalculavelmente prejudicial ao bom e justo andamento da justiça e para a promoção racional do direito, tendo como base a relação entre a falta de integridade e coerência na aplicação da lei e a insegurança jurídica que se tem no cenário atual brasileiro.

Diante disso é de suma importância a análise jurisprudencial e doutrinária acerca da necessidade de integridade e coerência na elaboração das leis, para que se efetive um Estado Democrático de Direito, em que a Lei seja vista como uma forma de alcançar a efetivação da Justiça, e não apenas como um instrumento de aplicação do Direito. E, para a análise de coerência e integridade é necessário que sejam observados os critérios morais e éticos dos aplicadores da lei. E, para tanto, foi

imprescindível a obra de Castanheira Neves para uma contraposição entre o positivismo jurídico, como único conhecimento verdadeiro e adequado, e o jusnaturalismo, que não concebe uma norma como sendo válida se esta não preencher requisitos éticos e morais que, segundo esta corrente filosófica, são universalmente válidos.

Em relação à geração de dados, a pesquisa é viável pois o acesso à informação acerca do entendimento do STJ é de domínio público, sendo que a partir de um estudo baseado em pesquisa doutrinária comparada a jurisprudência far-se-á uma análise relativa aos julgados. Do mesmo modo buscar-se-á um conceito para o princípio da integridade do direito, uma vez que no contexto jurídico brasileiro contemporâneo existe a real necessidade de adequação de uma teoria da decisão para amenizar a insegurança jurídica e a falta de fé da sociedade nos julgamentos, que deveriam ser a máxima representação de justiça.

O tema é de grande relevância no mundo jurídico, pois o estudo da metodologia da interpretação jurídica, apesar de não ser um tema novo, é insurgente em todas as fases do direito. De tal maneira, merece ser analisado no sentido de buscar respostas hermeneuticamente coerentes para questões peculiares a uma sociedade vulnerável, pela falta de conhecimentos técnicos, e a possibilidade de traçar novos horizontes aos aplicadores do direito.

A pesquisa realizada é de caráter teórico, a forma estabelecida para a geração de dados é qualitativa, preservando ao máximo as particularidades da teoria e do direito. Neste caso, os fins são explicativos, visando a construção de informações realmente aproximadas do que ocorre na prestação da tutela jurisdicional do Estado, deixando de lado concepções positivistas ou procedimentalistas. Nesse contexto, será utilizado o método hipotético dedutivo, com base na doutrina, jurisprudência e nas normas de direito, sendo analisada a importância do conteúdo das leis para a uniformização das decisões judiciais. Nesse viés, os dados serão coletados para fomentar questões com procedimento comparativo e histórico.

O trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo estuda a teoria de Ronald Dworkin, inovando com sua distinção qualitativa entre princípios e normas em sua teoria do direito como integridade. O segundo capítulo analisa o interpretativismo jurídico de Castanheira Neves como crítica ao direito como integridade em Dworkin. E o terceiro capítulo restará para uma análise da jurisprudência do STJ, tangenciando sempre a efetivação prática da justiça.

1 TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE EM RONALD DWORKIN

Sabe-se que a lei é muito mais do que apenas um conjunto de palavras que servem para reger as condutas humanas. A busca por uma definição concreta do conceito de direito é realizada arduamente por pesquisadores, que, incansavelmente, estudam a história e a criação do direito.

Primeiramente, cabe definir o que, para Dworkin, é o direito. Em sua obra, *O Império do Direito*, o filósofo responde com ares poetizados a questão

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve estar onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. [...] O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciousa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. (DWORKIN, 2007, p.492).

Percebe-se de tal forma que o direito não deve ser pragmatizado. Na sua obra, o filósofo refere-se ao caráter construtivo do direito. “[...] sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado.” (DWORKIN, 2007, p.492).

Segundo Dworkin, é fundamental também lembrar-se da atitude fraterna do direito, que apesar de que cada ser tem seus próprios projetos, interesses e convicções, individualmente todos fazem parte de uma comunidade. De tal maneira que é isso que o direito deve representar para a construção do ser e de sua comunidade.

Quando se fala em direito como integridade, e seguindo a mesma linha de pensamento, não se deve deixar de estabelecer um ponto de partida, qual seja as primeiras notícias que houve acerca de regras criadas para manter equilibrada a vida nas sociedades antigas. Mas, para o filósofo, mais importante que rebuscar o passado é construir um presente com coerência e justeza. Analisando de forma ampla a ideia do direito como integridade, o autor define as afirmações jurídicas como “opiniões

interpretativas”, que “[...] combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.” (DWORKIN, 2007, p.271).

De acordo com essa tese, o fato de os juízes descobrirem ou inventarem o direito, é irrelevante, pois, para o filósofo, somente é possível entender o raciocínio jurídico, pois os juízes descobrem e inventam da mesma maneira que apenas interpretam, a partir do caso que a eles é apresentado. Então, para se construir um direito com integridade, não se exige que, historicamente, aquela norma tenha sido um princípio basilar de justiça. Para tanto

A história é importante no direito como integridade: muito, mas apenas em certo sentido. A integridade não exige coerência de princípios em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insiste em que o direito – direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários à sua justificativa [...]. (DWORKIN, 2007, p. 273).

Para haver uma melhor compreensão dos motivos pelos quais se faz necessária uma construção íntegra e coerente¹ das questões de direito, Dworkin analisa a forma de julgamento e a interpretação dada às leis em alguns casos difíceis de grande repercussão ocorridos nos Estados Unidos e na Inglaterra, mostrando como o juiz Hércules, que seria o intérprete perfeito e capaz de alcançar uma única resposta correta para estes casos, agiria frente a eles.

A seguir, serão analisados alguns dos casos difíceis, e ainda os escritos do romance em cadeia, para que seja possível, a *priori*, um melhor posicionamento acerca da real necessidade de um direito com integridade e coerente com o contexto legal. Da mesma forma, serão elencados precedentes brasileiros em que o confronto entre princípios igualmente válidos faz com que o julgador tenha de estabelecer um

¹ Integridade e Coerência segundo a teoria de Dworkin são indispensáveis para o que ele chama de única resposta correta. Contudo, esta teoria se desenvolveu a partir do sistema jurídico da *common law*, onde qualquer precedente vincula as decisões futuras, diferente do Brasil, que adotou a *civil law* como sistema jurídico, e a lei que diz, ou deveria dizer, o direito, e os precedentes apenas vinculam quando forem julgados pelos Tribunais Superiores. Assim, nesta pesquisa as condicionantes de coerência e integridade serão analisadas por um aspecto particular em relação a teoria dworkiana, com as ponderações pertinentes acerca da *civil law*, e um cotejo com o jurisprudencialismo de António Castanheira Neves.

parâmetro objetivo para o julgamento. Nesse passo, é realizada uma explanação dos casos difíceis de maior repercussão, da forma como se posicionaram os julgadores frente a casos sem lei anterior que os definisse, ou em que a lei a ser aplicada não representasse a melhor face da justiça.

1.1 SENTENÇA JUSTA NOS CASOS DIFÍCEIS: A DECISÃO DOS JUÍZES

Não é difícil constatar que tomar decisões que afetam diretamente a vida de outros é uma missão deveras árdua. Assim, os juízes ao julgar determinados casos sem precedentes históricos influenciam muito mais que um caso isoladamente, e sim todos os casos semelhante que possam vir a ser julgados no futuro. Nesse sentido, serão abordados alguns dos casos retratados por Dworkin em suas obras, e por ele definidos como “casos difíceis”.

O caso Elmer aconteceu em Nova York, em 1822. Elmer assassinou, por envenenamento, o seu avô, que havia feito um testamento que deixava a maior parte de seus bens ao neto. Como o avô se casara novamente, havia pouco tempo, Elmer imaginou que ele pudesse alterar seu testamento, e assim deixá-lo sem ser beneficiado. O crime foi descoberto e o neto foi considerado culpado, sendo condenado a alguns anos de prisão. Os legatários residuais, no caso, as filhas do testador, que seriam as habilitadas legais no caso de falecimento deste antes do avô, processaram o inventariante do espólio, argumentado que como o neto havia sido o responsável pelo envenenamento e conseqüente morte do testador, não poderia herdar nada (DWORKIN, 2007).

Analisando o caso, superficialmente, esse não parece nem se tratar de um caso difícil, pois, para um julgamento baseado em princípios morais de justiça, seria muito fácil uma decisão, considerando que não é moralmente aceito que alguém ceife a vida de outrem e continue habilitado a herdar seu patrimônio. E, isso se deve, pelo visível afastamento da ação com os princípios que regem o direito, independentemente de haver lei positivada.

Para Neil MacCormick, quando na prática se argumenta excluindo algumas abordagens de determinados problemas por serem considerados impossíveis, ou seja, não razoáveis, está havendo uma escolha. E, esta escolha, segundo Dworkin, tem de considerar muito mais do que simples aplicação da norma legal, deve levar em

consideração o ato construtivo do direito, e respeitar sua integridade. Para MacCormik

Entre as hipóteses razoáveis ou “discursivamente possíveis”, que sobrevivem, pode haver uma pluralidade de possibilidades abertas aparentes. Questões podem parecer inconclusivas não porque a razoabilidade e a resposta correta não possam ser objetivas, mas porque elas podem ser objetivamente inconclusivas entre opiniões rivais. (MACCORMICK, 2008, p.359).

Assim, segundo MacCormick, quando é realizada uma avaliação acerca das hipóteses de um caso concreto, entre as afirmativas razoáveis, mesmo que sejam avaliadas várias possibilidades, ainda restarão muitas outras em aberto. Afastando, assim, a “teoria da única resposta correta” de Dworkin, e alavancando a confrontação dos argumentos, opostos e fortes, para chegar na solução mais plausível nos casos em que a solução se mostra obscura (MACCORMICK, 2008).

E, em análise exclusivamente jurídica, sem levar em consideração critérios de moral, se não houver lei em que esteja prevista determinada situação, não é justo, que o judiciário, para suprir uma lacuna, legisle e negue o direito transmitido por testamento a Elmer. Nesse sentido, no Brasil, o Art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88 diz que, não existe crime se inexistir lei anterior que assim o defina, de modo que, seria injusto, o mesmo julgamento do caso para o direito vigente no Brasil (BRASIL, 1988).

No ano em que ocorreu o caso, a Lei de Sucessões vigente em Nova York não abordava a possibilidade de testamentários que matassem o testador. O advogado de Elmer alegou em sua defesa que não foram violados nenhum dos termos do testamento e nenhuma das cláusulas explícitas da lei e, portanto, o testamento seria totalmente válido e seu cliente seria o herdeiro legal. Prosseguindo na defesa, o advogado afirmou que caso o Tribunal decidisse de forma diversa estaria agindo de acordo com suas próprias convicções morais deixando de observar a forma legal prescrita para o caso (DWORKIN, 2007).

O juiz apresentou duas razões: primeiro que os legisladores tendem a respeitar os princípios de justiça e, segundo, que as leis fazem parte de um sistema de compreensão bem maior do que elas próprias, qual seja o direito e devem ser interpretadas da forma mais adequada, para que o sistema se torne mais coerente. “[...] Earl argumentava que, em outros contextos, o direito respeita o princípio de que ninguém deve beneficiar-se de seu próprio erro, de tal modo que a lei sucessória devia

ser lida no sentido de negar uma herança a alguém que tivesse cometido um homicídio para obtê-la.” (DWORKIN, 2007, p. 25).

No julgamento do caso, o juiz Earl escreveu que a intenção dos legisladores faz parte da lei, como se estivesse escrita nela própria, fazendo uma justificação política acerca dos direitos e deveres criados por uma lei específica, considerando o contexto e os princípios gerais do direito válidos naquele momento da história. Ao formar sua decisão

O juiz Earl não se apoiou apenas em princípios sobre a intenção do legislador; sua teoria da legislação continha outro princípio relevante. Ele afirmava que na interpretação das leis a partir dos textos não se deveria ignorar o contexto histórico, mas levar-se em conta os antecedentes daquilo que denominava de princípios gerais do direito: ou seja, que os juízes deveriam interpretar uma lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outra parte do direito. (DWORKIN, 2007, p. 24).

Por outro lado, o juiz Gray tinha o entendimento de que a lei deveria ser interpretada na sua literalidade, ou seja que aos termos da lei não se aplicasse nada mais do que seu sentido formal, “[...] 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, 2007, p.22). Assim, deixando de lado qualquer forma de interpretação contextual, considerando apenas a inexistência de exceções para assassinos na lei, o seu voto foi favorável a Elmer, porém só foi acompanhado por um juiz, sendo que quatro juízes acompanharam o voto de Earl, e Elmer perdeu o direito a herdar, mesmo após pagar sua pena de privação de liberdade.

Desse modo, relacionando à herança ao direito de herdar daquele que foi o responsável pela morte do testador, prevaleceu o entendimento de que o direito e as regras devem ser analisados extensivamente. Dessa maneira, não tem direito a se beneficiar de algo aquele que foi responsável pela sua concretização, prevalecendo um princípio pela falta de regra específica adequada ao caso (DWORKIN, 2007).

Segundo a teoria dworkiana, somente um juiz poderia ser capaz de julgar de maneira a estabelecer a única resposta correta, o juiz Hércules². O método de

2 Dworkin tentou estabelecer a maneira como um juiz filosófico conseguiria equilibrar os princípios jurídicos e a intenção legislativa nos casos concretos. Destarte, [...] “inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules.” E este juiz, com poderes quase divinos, seria o único capaz de analisar todos os conceitos avaliados para que seja realizada a justiça, pois tem consciência da tarefa complexa que é a decisão judicial, conhece a lei e tem tempo e capacidade ilimitados para tomar decisões dentro de parâmetros de adequação e justificação. (DWORKIN, 2007, p.165).

interpretação de Hércules desafia os aspectos da intenção do locutor, afastando o nascimento beatificado de uma lei, com significado perpétuo. Para o autor,

Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando. Não identifica certas pessoas como os “criadores” exclusivos de uma lei, para em seguida considerar somente suas esperanças, expectativas, convicções concretas, declarações ou reações. Cada uma das considerações políticas que examina em sua pergunta geral – como melhorar ao máximo a análise de lei – identifica uma multiplicidade de pessoas, grupos e instituições cujas afirmações ou convicções poderiam ser relevantes de diferentes maneiras. (DWORKIN, 2007, p. 416).

De tal modo, somente o juiz Hércules poderia julgar os casos difíceis, e ser capaz de observar todas as práticas jurídicas reguladas pelo direito. Aplicando, a partir da escolha entre princípios válidos, a única regra capaz de garantir a efetivação da justiça. De modo diverso ao posicionamento de Castanheira Neves, que em sua tese afirma que não existe uma única resposta correta para os casos, e que estes devem ser analisados sempre a partir de um problema jurídico.

Outro caso, que se iniciou pela criação de uma lei, o do *snail darter* é mais recente em relação ao caso de Elmer, aconteceu em 1973. Período em que existia uma preocupação amplamente difundida acerca da proteção e preservação das espécies nos Estados Unidos. Foi quando o Congresso Nacional dos Estados Unidos promulgou a Lei das Espécies Ameaçadas. Esta lei dava ao Ministro do Interior a prerrogativa de indicar as espécies que, segundo ele, estariam ameaçadas pela destruição de seu habitat, correndo risco de desaparecer. O *snail darter* é um peixe de 7,5 centímetros, sem qualquer beleza, irrelevante valor biológico ou importância ecológica e seu único habitat no Vale do Tennessee estava ameaçado devido a construção de uma barragem (DWORKIN, 2007).

Quando preservacionistas do Tennessee (EUA) descobriram que a construção da barragem ameaçava acabar com a espécie convenceram o ministro a declarar este peixe como uma espécie ameaçada. Procedendo da forma como pediram os ativistas o ministro declarou a espécie ameaçada. A Administração do Vale do Tennessee usou o argumento de que a obra da construção da barragem já estava em fase avançada com investimento superior a cem milhões de dólares e a lei deveria ser interpretada de forma a impedir que novos projetos que ameaçassem espécies fossem coibidos, e não projetos em fase de conclusão (DWORKIN, 2007).

O Congresso, mesmo após o ministro declarar a conclusão da barragem como responsável pela destruição do *snail darter*, continuou a aprovar leis que autorizavam o repasse de recursos para a conclusão da obra. E, ainda que todas alegações da administradora fossem válidas, a Suprema Corte ordenou a interrupção da construção da barragem. De forma que essa decisão se assemelha a interpretação dada pelo juiz Gray no caso Elmer, o presidente da Suprema Corte, Warren Burger, apontou “[...] que quando o texto é claro a corte não tem o direito de recusar-se a aplicá-lo apenas por acreditar que os resultados são tolos.” (DWORKIN, 2007, p. 27).

O juiz Lewis Powell, acompanhado por apenas um juiz, asseverou a época que não era coerente a interpretação dada pela maioria, de tal modo que o texto da Lei das Espécies interpretado de modo a interromper uma obra em fase de conclusão e que beneficiaria milhares de pessoas por causa de uma lei posterior deveria ser considerada absurda. Powell afirmava que não cabia a Corte retificar políticas ou juízos políticos vindos do Poder Legislativo, mesmo sendo este notoriamente um desserviço para o interesse público. Contudo, em casos que a lei não precisa ser interpretada, a Corte deve valer-se do bom senso e avaliar o resultado para o bem-estar público (DWORKIN, 2007).

A teoria de Burger se faz aos moldes da teoria de Gray, e atribui papel a intenção do legislador. A teoria de Powell e a de Earl são equivalentes, sendo substituído o princípio da justiça utilizado em outras ocasiões, pelo bom senso. Dworkin argumenta que

Mais uma vez, se tomarmos as opiniões desses dois juízes por seu significado aparente, eles não divergiram sobre nenhuma questão de fato histórico. Não divergiram quanto ao estado mental dos vários congressistas que se reuniram para promulgar a Lei das Espécies Ameaçadas. Ambos os juízes presumiram que a maioria dos congressistas jamais se perguntaram se a lei poderia ser usada para interromper uma barragem que, além de muito dispendiosa, já estava quase concluída [...]. Discordaram sobre o sentido da lei; discordaram sobre o modo como os juízes deveriam decidir sobre qual norma jurídica resultava de um texto específico promulgado pelo Congresso, quando os congressistas tinham as crenças e intenções que os dois juízes concordavam que eles tinham nesse caso. (DWORKIN, 2007, p. 29).

Nos dois casos narrados havia uma lei que deu origem a discussão acerca de como deveria ser interpretada. Já no caso McLoughlin não havia lei anterior, apenas decisões dos tribunais em casos semelhantes. O caso ocorreu em outubro de 1973, quando a senhora McLoughlin foi avisada, por seu vizinho, que seu marido e seus

quatro filhos haviam sofrido um acidente de automóvel, imediatamente, foi até o hospital, onde recebeu a notícia da morte de sua filha e do estado grave em que se encontravam os outros membros de sua família. No momento em que recebeu a trágica notícia teve um colapso nervoso (DWORKIN, 2007).

Após a sua recuperação, entrou com um processo judicial contra o motorista negligente e todas as outras pessoas envolvidas de alguma forma no acidente. Fazendo referência a outros processos em que pessoas que haviam visto seus entes queridos feridos no local do acidente tiveram reconhecido o direito a indenização por danos morais dos responsáveis pelo acidente. Em primeira instância, o juiz negou provimento ao pedido, alegando que o fato de não ter se feito presente no local do acidente fez com que não fosse possível comprovar a previsibilidade do colapso sofrido pela sra. McLoughlin (DWORKIN, 2007).

Os advogados da sra. McLoughlin recorreram da decisão ao Tribunal de Apelação britânico, que manteve a decisão de primeiro grau. Não satisfeitos com a justificativa do Tribunal, recorreram à Câmara dos Lordes, que revogou a decisão do Tribunal e ordenou um novo processo sob a justificativa de que as razões descritas pelo Tribunal de Apelação eram de senso comum e a possibilidade de um dilúvio de ações não era argumento suficiente para negar o pedido da sra. McLoughlin. Os lordes, em suas argumentações, revelaram a diferença acerca do papel que cabe a política judiciária na decisão sobre quais resultados as partes de um processo têm direito (DWORKIN, 2007).

Outro caso amplamente discutido, e considerado de difícil solução, foi o caso de Allan Bakke contra os Regentes da Universidade da Califórnia em Davis. A Universidade da Califórnia, especificamente a escola de medicina, implementou um programa intitulado “força-tarefa”, para garantir o ingresso de negros e outras minorias no curso, reservando dezesseis vagas a estes. Allan Bakke, apesar de ter ficado com a nota superior a aqueles que concorreram as vagas do programa de cotas, não ficou entre os outros oitenta e quatro classificados para cursarem medicina. E assim iniciou uma discussão judicial épica (DWORKIN, 2005).

Bakke ingressou com uma ação argumentando que aquele programa havia tolhido seus direitos previstos na Constituição. Teve êxito na ação, e o Supremo Tribunal da Califórnia ordenou que a Universidade o admitisse na escola de medicina. Contudo, houve recurso ao Supremo Tribunal (DWORKIN, 2005).

Diversas instituições ingressaram com pedidos para que o Tribunal modificasse a decisão californiana, apontando “*amicus curiae*”³ para defesa de que é necessária a liberdade para criar programas de admissão. Sendo que, naquele momento histórico, programas de cotas eram a maneira mais eficiente para que as instituições cumprissem o seu papel na sociedade, qual seja de inclusão das minorias em um sistema social. E, estes programas de inclusão social continuam até a contemporaneidade fazendo a diferença para as minorias (DWORKIN, 2005).

Para Dworkin, os programas são baseados em dois juízos, que devem ser analisados sob o aspecto histórico e cultural da humanidade. E, neste sentido, o legislador tem de considerar toda a evolução histórica, e se comprometer em aumentar o bem estar da comunidade, buscando diminuir a desigualdade em termos de riqueza material. O primeiro juízo é de que as carreiras e profissões mais lucrativas continuarão a ser ocupadas pelos brancos, enquanto os outros são excluídos das elites profissionais e sociais, e esta seria a teoria social. E o segundo juízo é muito mais que uma questão teórica, gera reflexos no sentido de que

[...] é um cálculo de estratégia: que aumentar o número de negros atuando nas várias profissões irá, a longo prazo, reduzir o sentimento de frustração, injustiça e constrangimento racial na comunidade negra, até que os negros passem a pensar em si mesmo como indivíduos capazes de ter sucesso, como os outros, por meio do talento e da iniciativa. Nesse ponto futuro, as consequências, quaisquer que venham a ser elas, dos programas de admissão não raciais, poderão ser aceitas sem nenhuma impressão de barreiras ou injustiças raciais. (DWORKIN, 2005, p. 239)

Durante o julgamento, na fase de sustentação oral, no Supremo Tribunal, foi questionado ao advogado de Bakke, Reynold H. Colvin, se “[.] aceitava que os objetivos dos programas de ação afirmativa eram objetivos importantes.” (DWORKIN, 2005, p. 444). Mesmo concordando com a importância das cotas, o advogado continuaria a defender a tese da inconstitucionalidade destas. Pois irrelevante, segundo ele, as consequências das ações afirmativas para a sociedade, quando o objetivo de Bakke é o reconhecimento de seu direito de igualdade, e é esta a reparação que o Tribunal deve lhe conceder (DWORKIN, 2005).

3 Segundo a doutrina, o *amicus curiae* é a admissão de manifestação de pessoa física ou jurídica, com respeitabilidade notável, e saber científico reconhecido ou representatividade para opinar sobre a matéria em pauta, que pode ser por consenso entre as partes ou por permissão da Corte. (NERY JÚNIOR, ROSA NERY, 2003). No CPC de 2015, a intervenção do *amicus curiae* está prevista no Art. 138 e parágrafos.

Duas foram as teses levantadas por Colvin. Primeiro, que o programa afrontava a igualdade prevista na Lei de Direitos Civis de 1964, e segundo que negava a Bakke o direito constitucional de proteção igualitária, previsto na Décima Quarta Emenda. Os juízes se dividiram. Cinco, em nove juízes, consideraram que a Lei de Direitos Civis não poderia ser considerada no caso, e este devesse ser julgado segundo a Constituição. Bakke venceu. Apesar de não chegarem em um consenso, acerca de qual fundamento deveria ser usado, eles concordaram que Bakke deveria ser admitido na escola de medicina da Universidade da Califórnia em Davis, pois não poderia ser prejudicado em seu direito individual (DWORKIN, 2005).

Para Dworkin, o julgamento pouco resolveu acerca dos programas de ações afirmativas, pois o voto do juiz Powell, apesar de ser popular, não era forte o suficiente para fornecer suporte para um direito constitucional coerente e duradouro da ação afirmativa. E seu voto, mesmo tendo o apoio da comunidade em geral, não é forte o bastante para manter uma estabilidade dentro do sistema, e possivelmente sofrerá alterações e interpretações das mais variadas acerca da questão jurídica das cotas. Assim,

Os casos posteriores, é claro, tentarão absorver sua opinião numa solução mais geral, porque foi a coisa mais próxima de uma opinião do Tribunal no famoso caso *Bakke* e porque é uma prática louvável do Tribunal tentar acomodar, em vez de desautorizar, a história inicial de sua própria doutrina. Mas a opinião de Powell sofre de fraquezas fundamentais e, para que o Tribunal chegue a uma posição coerente, resta muito mais trabalho judicial a ser feito do que percebe o público aliviado. (DWORKIN, 2005, p. 469).

Pois, para o filósofo, ao julgar superficialmente o caso, o Tribunal não decidiu nada, deixando muitas das decisões para debates futuros. Para Dworkin,

A diferença entre uma classificação racial geral que causa desvantagem adicional aos que sofreram por preconceito, e uma classificação desenvolvida para ajuda-los é moralmente significativa e não pode ser coerentemente negada por um Direito constitucional que não exclua inteiramente o uso da raça. Se o padrão nominal para testar as classificações raciais nega a diferença, esta, não obstante, reaparece quando o padrão é aplicado, pois (como mostram esses improváveis exemplos hipotéticos) nosso senso de justiça insistirá numa distinção. (DWORKIN, 2005, p. 468).

Se forem analisados apenas os termos da forma de julgamento, é possível afirmar que o julgador a partir da aplicação da lei é o responsável pela efetivação ou não da justiça. Contudo, se forem estudados os textos legislativos e a técnica legislativa, no seu processo de criação, tem-se a possibilidade de compreensão de

que quando não existe coerência e integridade também na sua elaboração, dando espaço a um processo diferenciado, qual seja o ativismo judicial⁴, não é possível uma aplicação tão harmônica. Tal fenômeno tem abarcado espaço deveras assustador no contexto do sistema jurídico brasileiro.

De tal sorte, que é impossível conceber, segundo a teoria de Dworkin, que a promoção da justiça seja concretizada sem a observância da integridade e da coerência, considerando que esta teoria foi edificada sob a perspectiva de um sistema jurídico de *common law*. Contudo, sob o prisma de um sistema jurídico de *civil law*, para a concretização efetiva da justiça é necessário que se estabeleçam critérios mais objetivos para a fundamentação das decisões jurídicas, relativizando alguns paradigmas dworkianos.

Ademais, é possível inferir que, no Brasil, mesmo existindo norma escrita alguns julgadores continuam a insistir na aplicação da lei conforme os seus critérios subjetivos de interpretação, afastando de imediato a segurança jurídica necessária para a promoção da justiça defendida pela teoria de Dworkin. Contudo, conforme a metodologia prescrita por Castanheira Neves, a justiça a ser perquirida é a que mais se adequa ao caso concreto. Assim, serão analisados e comparados alguns casos julgados pela corte brasileira, considerando integridade e coerência como parâmetro de justiça.

1.2 O BRASIL E O DESAFIO DA INTEGRAÇÃO DO DIREITO

Diferente do sistema jurisdicional adotado nos EUA, que é de *common law* e os precedentes são fonte direta de direito vinculando os juízes, no Brasil o sistema jurisdicional é de *civil law*, cuja competência para criar direito novo é, em tese, do Poder Legislativo. Contudo, nos dois sistemas, os precedentes devem ser respeitados, e vinculam as decisões futuras. Para Norberto Bobbio, nas nações de *civil law* a sociedade tem a aspiração de estabilidade nas decisões por se pautarem

4 O termo ativismo judicial será utilizado no sentido a ele atribuído pelo Ministro do STF Roberto Barroso que assim o define, "A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas". (BARROSO, 2012, p.6).

em legislações escritas, como se isso realmente fosse possível. Para o autor a doutrina neste sistema tem de ser usada como base para o máximo possível de uniformização da jurisprudência (BOBBIO, 2000).

Na contemporaneidade, o Brasil encontra dificuldades para se adequar ao sistema jurisdicional de *civil law*. Como ensina o professor Lênio Streck, quando aponta a falta de critérios objetivos na discricionariedade legal creditada aos juízes, e que segundo ele pode causar um desequilíbrio considerável pelo fato de que cada juiz poderá decidir conforme sua interpretação do sentido da lei (STRECK, 2003).

Em outubro de 2016, houve o julgamento pelo STF (Supremo Tribunal Federal) da possível constitucionalidade do instituto da desaposentação. Os ministros divergiram acerca da legalidade ou não do segurado aposentado voltar ao mercado de trabalho, continuar contribuindo com a Previdência Social, e após determinado período solicitar revisão de seu benefício com base na nova contribuição. No julgamento dos RE nº 381367, RE nº 661256 e RE nº 827833 os relatores, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello e Luís Roberto Barroso, se posicionaram no sentido da validade do instituto de desaposentação. Somente no relatório do RE nº 827833 o Ministro Luís Roberto alterou seu voto para negar provimento ao recurso, considerando a impossibilidade de acumulação de aposentadorias no Regime Geral da Previdência Social.

A votação foi no plenário da corte, sendo que o voto decisivo acerca da constitucionalidade da desaposentação foi da presidente do STF, Ministra Carmem Lúcia, que negou provimento à demanda, considerando não apenas o direito, e sim fazendo uma análise econômica do direito em pauta⁵. A discussão levou anos para ser resolvida. A doutrina diverge acerca do tema em questão. Parte dela acredita que a desaposentação somente é legal e válida se houver alguma espécie de indenização, como é o caso de Wladimir Novaes Martinez, que assevera ser possível a desaposentação se o valor recebido antes do requerimento for devolvido à Previdência Social, sendo o mais importante não haver prejuízos aos demais

⁵ Em seu voto a presidente do STF afirmou que “[a] ampliação da margem de receitas desvinculadas impacta diretamente a viabilidade econômica da Seguridade Social, sendo que este tema deve ser julgado como questão prejudicial ao RE 661.256 (onde se discute a possibilidade da desaposentação), pois a indevida alteração nas regras orçamentárias previstas pela Constituição Federal pode vulnerar a implementação das políticas públicas de Previdência Social. (BRASIL, 2016).

contribuintes, a Administração Pública e ao equilíbrio do sistema financeiro (MARTINEZ, 2001).

Por outro lado, doutrinadores como Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari defendem que por ter sido a aposentadoria um ato legalmente constituído não há o que se falar em restituição de valores, considerando para tal a Lei nº 8.112/1990, que não prevê devolução de verbas recebidas em casos de reversão do ato. (CASTRO, LAZZARI, 2005). O julgamento foi demasiadamente tenso, pois a discussão envolvia o direito de milhares de pessoas que se encontravam em situação de incerteza acerca de seus direitos, e o equilíbrio financeiro institucional do INSS. De um lado alegações de direitos individuais e de outro a estabilidade financeira de uma instituição nacional. A tese implementada pelo STF se fixou no sentido de considerar inconstitucional a desaposentação. Neste sentido

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91. (BRASIL, 2016).

Não é difícil perceber o confronto principiológico inerente a esta questão, e quando analisado sob a óptica de integridade e coerência é possível inferir a importância do julgamento de casos em que inexiste regra positivada. Em busca de uma única resposta correta ao problema qual seria a decisão do juiz Hércules neste caso? Demasiadamente complexa e com várias possibilidades de resolução a questão foi decidida, com repercussão geral, considerando inconstitucional o instituto da desaposentação⁶.

Como no caso do *snail darter*, que quando chegou ao Tribunal de Hércules, teve de ser decidido pela obscuridade na lei criada, que não mencionava nada acerca das obras que já estivessem em fase terminativa. Hércules analisaria a intenção do Congresso, este como seu antecessor na cadeia do direito, e assim decidiria se permitiria ou não que o Ministro do Interior interrompesse uma obra quase concluída, que traria benefícios para uma comunidade inteira. Contudo, no caso do *snail darter*, Hércules não estaria enfrentando uma série de decisões judiciais, e sim interpretando uma lei. (DWORKIN, 2007). Para o autor, Hércules teria de se basear na intenção do

⁶ Para aprofundamento do conflito de paradigmas, referente ao instituto da desaposentação, é interessante a leitura do livro intitulado Desaposentação – novas perspectivas teóricas e práticas, do autor Marco Aurélio Serau Júnior.

legislador, e quais os direitos criados pela lei, para que fosse interpretada sob o regime de integridade, sem considerar o que o juiz entende ser justo. Dessa forma Dworkin alega que

O método de Hércules não leva em conta o importante princípio, firmemente enraizado em nossa prática jurídica, de que as leis devem ser interpretadas não de acordo com o que os juízes acreditam que iria torná-las melhores mas de acordo como o que pretendiam os legisladores que realmente as adotaram. Suponhamos que Hércules decida, depois de ter levado em conta tudo que seu método interpretativo recomenda, que a lei é melhor se entendida que não concede ao ministro o poder de interromper projetos muito dispendiosos e quase concluídos. Os congressistas que a promulgaram podem ter pretendido dar ao ministro exatamente aquele poder. (DWORKIN, 2007, p. 378).

Hércules, pela prática adotada com base em princípios democráticos, nessas circunstâncias deveria se submeter à intenção dos congressistas e não no seu ponto de vista, que poderia ser antagônico. Assim, o ponto de vista do locutor [...] “supõe que a legislação é uma ocasião ou um exemplo de comunicação, e que os juízes se voltam para a história legislativa quando uma lei não é clara, para descobrir qual era o estado de espírito que os legisladores tentaram comunicar através de seus votos.” (DWORKIN, 2007, p.379).

O caso do *snail darter* iniciou a partir da criação de uma lei, com relação às possíveis formas de interpretação da intenção do legislador. Diferente do caso da desaposentação, que da mesma forma que no caso McLoughlin, não existia uma previsão legal acerca do tema. No caso britânico, a Corte entendeu que mesmo que houvesse uma enxurrada de ações pleiteando o mesmo direito não seria coerente negar o direito a quem o teve violado. Já o Tribunal brasileiro julgou em sentido contrário, negando direito ao indivíduo e considerando o risco do provimento à estabilidade do sistema financeiro brasileiro, conforme o voto da Presidente do STF Ministra Cármen Lúcia.

Percebe-se de tal forma, que uma grande preocupação do direito contemporâneo é a pretensão de legitimidade. Na tese elaborada pelo STF, acerca da desaposentação, a presidente do Tribunal afirma que é inviável outra decisão, pois, para criar regras direcionadas à concessão de benefícios e vantagens previdenciárias, é necessário lei que as crie, não sendo o judiciário competente para tal, cabendo ao Poder Legislativo tais inovações positivadas, independentemente das possíveis argumentações apresentadas (BRASIL, 2016).

Assim, segundo o pensamento de Dworkin, prevaleceu a integridade da cadeia do direito, pois o tribunal não se eximiu de julgar o caso da desaposentação. Julgou a sua inconstitucionalidade, pela falta de legislação que autorize a sua realização. Devolvendo, de tal sorte, a competência ao Poder Legislativo para que regulamente demais situações advindas deste julgamento. E, mais uma vez, se contrapondo ao posicionamento de Castanheira Neves, que defenderia o julgamento de cada caso a partir dos fatos narrados.

Outros dois importantes julgamentos aconteceram no Tribunal Pleno do STF. Os dois voltados a cotas destinadas a pessoas negras e pardas. O primeiro foi a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 186, quando a Corte assentou a viabilidade de corte étnico-racial com a adoção temporária de ações afirmativas, para ensejar a efetivação da igualdade material para diminuição de desigualdades historicamente constituídas. E o segundo, foi a ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) 41/DF⁷, que versa acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.990 de 2014, também conhecida como Lei de Cotas.

Da mesma forma como ocorreu no julgamento estadunidense do caso de Bakke, no Brasil, a discussão rendeu teses plausíveis. Vários pedidos de intervenção de *amicus curiae* foram protocolados, e, para os quais o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, ao votar pela participação destes no julgamento, deu significado no sentido de representação daqueles pelos quais aqueles direitos estavam sendo perquiridos, e anotou

“Ressalto ainda que a admissão de *amicus curiae* configura circunstância de fundamental importância, porém de caráter excepcional, e que pressupõe, para se tornar efetiva, a demonstração do atendimento de requisitos, dentre eles, a adequada representatividade daquele que a pleiteia”. (STF, ADC 41. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso. DJU, Brasília, 17 ago. 2017).

Nos dois julgamentos, por unanimidade, venceu o voto dos relatores, que defenderam teses de constitucionalidade da reserva de vagas em concursos público e vagas em universidades para pessoas de pele negra e parda, e a participação de *amicus curiae* foi fundamental para aclarar aos ministros a situação histórica e sociológica, pois demonstrou objetivamente as desigualdades sociais. O relator da

7 Em 12 de abril de 2018, o Tribunal Pleno do STF deu provimento aos embargos de declaração interpostos em face da ADC 41/DF, ao entendimento de que as cotas previstas na Lei nº 12.990/2014, se aplicam aos concursos das Forças Armadas. (BRASIL, 2018).

ADPF 186, Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, em parte do dispositivo de seu voto asseverou

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF. (STF, ADPF 186. Rel. Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. DJU, Brasília, 20 out. 2014).

Não houve divergências nos julgamentos, apenas apontamentos de diversas formas de interpretação da lei no sentido de demonstrar a legalidade das cotas. Para Dworkin,

Muitas vezes se diz que os programas de ações afirmativas têm como objetivo alcançar uma sociedade racialmente consciente, dividida em grupos raciais e étnicos, cada um deles, como grupo, com direito a uma parcela proporcional de recursos, carreiras ou oportunidades. Essa é uma análise incorreta. [...] Homens e mulheres, meninos e meninas negros não são livres para escolher por si mesmo em que papéis – ou como membros de quais grupos sociais – outros irão caracterizá-los. Eles são negros e nenhum outro atributo de personalidade, lealdade ou ambição irá influenciar tanto o modo como os outros irão vê-los ou tratá-los, e que tipo de dimensão de vida estarão abertos a eles. (DWORKIN, 2005, p.438).

E assim, é possível compreender que, no caso das cotas, e no sentido dado por Dworkin, o Estado se justifica para assegurar os direitos dos cidadãos. E em relação às minorias, indiferentemente do caráter atribuído as cotas, não é possível realizar o direito sem considerar a integridade. Pois, integridade para o autor é muito mais do que algo rígido de difícil tangibilidade. Integridade é a união do que é necessário para concretização da justiça hoje, sem deixar de lado o que a história apresenta, e quanto aos negros, nada mais do que justo a implementação dessas ações afirmativas.

Neste sentido, muito mais importante do que encontrar a “única resposta correta” é, com base no direito, encontrar a melhor maneira de realização da justiça, buscando a resposta mais adequada segundo a Constituição. Pois justiça é muito mais do que a aplicação da lei, justiça é dar a cada caso a importância necessária

para que o cidadão se sinta parte do sistema, nem que seja apenas com uma resposta jurídica coerente⁸, ou seja, a resposta adequada a Constituição (DWORKIN, 2010).

Esta resposta jurídica coerente atribui-se aos precedentes obrigatórios, sendo que para a integração do direito é necessário que haja segurança jurídica. Para Marinoni, [...] “o sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas.” (MARINONI, 2011, p. 126).

Assim, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira avaliam que

Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica de “redação do preceito normativo jurisprudencial”, a *ratio decidendi*, a “norma jurídica geral” construída a partir de casos concretos. (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2009, p. 392).

Possível assim inferir que não somente é necessária a estabilização e uniformização dos precedentes, tão importante quanto, é a construção e consolidação da jurisprudência com base íntegra e texto compatível com a norma vigente. Na teoria do direito como integridade, Dworkin afirma que o julgador deve procurar entender qual o sentido que o legislador quis dar a lei, como se fosse criada considerando um caso concreto (DWORKIN, 2005).

Desta forma, é evidente que, segundo esta teoria, os juízes não são e nem devem ser legisladores. Mas, para aclarar essa ideia, Dworkin promove uma distinção entre argumentos políticos e argumentos principiológicos. Os primeiros justificam uma decisão política demonstrando que favorece ou protege alguma meta coletiva da comunidade enquanto um todo. Os segundos são aqueles que justificam uma decisão política demonstrando que tal decisão respeita ou assegura algum direito, individual ou do grupo. Quando nenhuma norma resolve o caso, Dworkin acredita ser possível que, apesar disso, as partes tenham direito e, independentemente da existência de lacuna legislativa, será o juiz quem deverá descobrir o direito das partes neste momento, sem, contudo, inventar direitos novos.

⁸ Para Castanheira Neves é importante que cada caso seja analisado nas suas particularidades, e uma resposta coerente nem sempre é a resposta que mais se aproxima da lei. (Castanheira Neves, 1993).

Frente aos casos difíceis, Dworkin põe em dúvida a falta de clareza da lei em certas circunstâncias, e desta posição ele desfaz o mito da certeza que o posicionamento positivista assume, propondo explicitamente que há sentenças diferentes sobre casos difíceis parecidos e até mesmo iguais, e isso se deve, sobretudo à existência de normas contraditórias ou pela ausência de norma aplicável. Para solucionar tal problema ele relaciona os casos difíceis com o Direito, propondo de fato uma aproximação com base mais na teoria política do que na teoria jurídica. O juiz diante de um caso difícil deve ter em mente uma teoria constitucional apropriada para poder resolvê-lo. Segundo Dworkin, o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos estabelecidos a partir de princípios de justiça.

Em igual sentido, no Brasil, mesmo com o sistema de *civil law*, os tribunais superiores, após proferir decisão acerca de determinada questão constitucional ou legal, mesmo sem súmula editada, devem reger a aplicação do direito nas instâncias inferiores, servindo como parâmetro de julgamento para os casos semelhantes, e em caso de superação daquele entendimento este somente pode ser modificado por novo entendimento do mesmo tribunal, conforme a CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Finalizando, é necessário aclarar que o julgamento dos casos difíceis, em observância a teoria dworkiana, deve levar em conta desde a vontade do legislador na elaboração da lei, até as consequências de sua aplicação no caso concreto. Que nos casos em que a lei não está clara, ou que não haja lei específica, os juízes têm o dever de se nortear pela integração do direito, analisando o presente, sem deixar de lado o passado, e com ampla preocupação dos seus reflexos no futuro.

Assim, seria de grande relevância a adequação a uma teoria da decisão, para que fosse possível superar o paradigma da insegurança jurídica. A teoria de Dworkin, de integridade e coerência, com todas ponderações pertinentes, encontraria diversos obstáculos para a sua efetivação. Para tanto, o jurisprudencialismo de Castanheira Neves será trabalho de modo a avaliar a possibilidade de adequação destas teorias no sistema jurídico brasileiro, diante da adoção de parâmetros objetivos para a realização do direito.

2 CRÍTICA DE CASTANHEIRA NEVES À TEORIA DE DWORKIN: SISTEMA E PROBLEMA JURÍDICO

A princípio, é preciso ter em mente que a norma não é composta apenas pelo sentido do intérprete. Uma parte dela é realizada pelo legislador, tendo ele um papel preponderante no desfecho que a aplicação do direito terá. É nesse ponto que a teoria de Dworkin parece esbarrar em limitações, que, automaticamente, necessitam ser analisadas mais de perto. Assim, será empreendido um cotejamento entre a teoria do direito como integridade em Dworkin, e a teoria jurisprudencialista de Castanheira Neves⁹.

A característica básica das teses de Castanheira Neves, sempre foi a postulação para o direito de uma racionalidade que englobe tanto o sistema quanto o problema, abduzindo a tônica da realização do direito da norma e a depositando sobre o juízo (o que coloca sobre o juízo grande responsabilidade). Diferente das teses de Dworkin, o professor aborda a questão jurídica num contexto mais amplo, considerando que os problemas políticos de discriminação de poderes do Estado não devem ser confundidos com os problemas relacionados as fontes do direito, pois para ele existem diferenças entre a posição que o legislador e o juízo ocupam dentro do sistema jurídico, e desconsiderar tal situação poderia comprometer as decisões jurídicas. Para Castanheira Neves

Seria isso postular ideologicamente que só a lei é direito e recusar, na mesma atitude de espírito, o verdadeiramente problemático, a autêntica questão de saber se outros actos constitutivos, além do acto legislativo, não são exigidos e não concorrem efetivamente, no âmbito da intencionalidade normativamente constitutiva da experiência jurídica, para a manifestação do direito. (NEVES, 1975, p. 137).

Assim, se para Dworkin o que tem de ser respeitado é a cadeia do direito, em que a integridade é fundamental para a realização efetiva do direito, para Castanheira Neves o mais importante é que a prestação jurisdicional se estabeleça no sentido de analisar cada caso individualmente. E ainda, segundo o professor é o juízo decisório que a partir da aplicação de uma norma jurídica estabelecerá o grau de concretização do direito, que deve ser o socialmente mais justo.

⁹ António Castanheira Neves é filósofo português, e o mais influente autor Jurisprudencialista, iniciou seus deslindes essencialmente com a defesa de sua tese de doutorado intitulada *Questão de Facto – Questão de Direito: O Problema Metodológico da Juridicidade*, em 1967.

Para o autor, o direito tem de ser visto a partir da ideia de problema jurídico. Ele faz uma diferenciação entre metodologia e método. Apresentando o método como o caminho a ser seguido, e a metodologia como a reflexão acerca do caminho. Apontando três caminhos metodológicos, para que se estabeleça uma relação entre *logos* e método: prescritivo, descritivo, e o mais importante, crítico reflexivo¹⁰ (NEVES, 1993).

Nessa senda, o STJ tem analisado sua tese jurisprudencialista, e não são poucas as vezes em que os julgadores fazem menção a sua teoria para justificar a decisão tomada, abordando sua metodologia jurídica. No julgamento do Recurso Especial nº 540057/PR, o relator Ministro Humberto Martins usou citação de sua obra como base para que não fosse configurado o erro de procedimento, sendo expostos da seguinte forma

A distinção entre "juízo de fato" e "juízo de valor" se mostra intensamente controvertida, principalmente em virtude da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e sobretudo ao Direito. O "fato" e o "direito" se revelam qualitativa e materialmente análogos, pois, consoante os ensinamentos de Antônio Castanheira Neves, não tem sentido "o querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas 'idéia' transcendental) do homem real (não do 'sujeito em geral' ou gnoseológico) a 'puro facto' ou vê-lo apenas como a matéria de puros juízos-de-facto. O que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstracta, mas situações, acontecimentos, unitárias realidades de sentido" (in "Questão de Facto-Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade". Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p.500). (BRASIL, 2006).

É possível compreender neste acórdão que não são apenas questões processuais que integram o direito. Para o ministro relator, com fundamento na tese de Castanheira Neves, a justiça tem de ser perquirida, com questões de fato e de

10 Para Castanheira Neves o caminho prescritivo detém [...] “uma *relação de exterioridade construtiva*, na qual o método será *objecto* da razão que o modela como um *instrumentum* (uma operatória instrumental) finalisticamente predeterminado” [...]. Ou seja, prescreve uma prática, sendo seu critério de validade. Já o descritivo, [...] “uma *relação de imanência constitutiva*, em que a razão é o *constituens* da prática e apenas pela própria prática manifestado (numa intencional unidade de razão e prática) e o «método» simplesmente o interno *modus operandi* dessa mesma prática e por isso só reconhecível *a posteriori* através de uma sua análise explicitante”. Quer dizer, que enquanto no caminho prescritivo o objeto produto da razão é o método, no descritivo “a razão é a racionalidade constitutiva do método que a prática em si mesmo realiza e manifesta”. E o mais importante, o crítico reflexivo, em que [...] “uma relação de reconstrução crítico-reflexiva em que a razão não prescreve a priori um método à prática e também não o descobre apenas a posteriori na descrição de uma prática metódica e antes a razão, vai referir esta aos sentidos fundamentantes – aqueles que correspondem à própria intencionalidade e vocação da prática em causa – para a reconduzir, numa atitude criticamente reflexiva que terá naqueles fundamentos o seu horizonte e justificação, como que a própria razão dessa mesma prática.” (NEVES, 1993, p. 10/11)

direito, não é possível fazer uma divisão sistêmica dos institutos de materialidade e processualística, sendo necessário muito mais do que integridade para julgar, é necessário compreender o todo e aplicar com coerência, buscando as realidades de sentido.

Nesse viés, será realizada análise acerca da adequação das teorias no sistema jurisdicional brasileiro. Abordando inicialmente o jurisprudencialismo de Castanheira Neves, e em seguida o cotejo entre sua teoria e a teoria de Ronald Dworkin, na perspectiva de compreender a relação entre a interpretação adequada da norma jurídica e a coesão na sua efetivação prática, como forma de perquirição da segurança jurídica e concretização da justiça.

2.1 JURISPRUDENCIALISMO

No âmbito da tese defendida por Castanheira Neves, e, antagonicamente, a teoria de Dworkin, o direito se realiza na interpretação jurídica do caso concreto. De tal sorte que, o caso jurídico apresentado deve ser o *prius metodológico*¹¹. Assim, os casos devem ser analisados em suas particularidades, para que então seja viável a interpretação hermenêutica, da norma positivada, que mais se amolde ao direito material prescrito para determinado fato.

Para Castanheira Neves, o caso jurídico concreto se localiza entre a situação e o problema, e é por ele definido como

[...] a pré síntese de um interrogativo sentido concreto de intenção jurídica que conjuga uma intenção normativa geral ou de validade com uma situação concreta, enquanto fundamenta naquela intenção a pergunta que dirige a esta situação. (NEVES, 1993, p. 162).

Contudo, é mister entender que a metodologia defendida por Castanheira Neves é analítica, revelando-se um caminho para a solução do problema, devendo ser submetida a uma problematização, ou seja, uma análise racional de seu âmago problemático como requisito prévio de uma solução fundada. Para tanto, solucionar a questão aduzida no problema jurídico é tanto entender o caso, quanto encontrar a norma, ou as normas, do sistema jurídico que sejam, hipoteticamente, as mais adequadas ao caso (NEVES, 1993).

11 O *prius metodológico* pode ser definido, conforme leitura das obras de Castanheira Neves, como o ponto de partida. Em sua teoria jurisprudencialista, define o caso concreto como o ponto de partida para análise metodológica realizativa do direito. (NEVES, 1993).

Para tanto, na análise do caso jurídico concreto, Castanheira Neves distingue momentos metodológicos, para os quais devem ser analisados distintamente a *questão-de-facto* e a *questão-de-direito*. Assim,

A *questão-de-facto* – no sentido metodológico aludido – comporta dois momentos fundamentais: 1) a determinação do âmbito da *relevância* jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática; 2) a *comprovação* dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos. Com o que a *questão-de-facto* se nos revela também como uma questão jurídica: a questão da metodológico-jurídica determinação e comprovação dos «dados» do problema jurídico concreto. (NEVES, 1993, p.163).

Nesta senda, no primeiro momento metodológico, exposto por Castanheira Neves, da *questão-de-facto*, é realizada a problematização, para posterior controle crítico da relevância jurídica daquela situação dentro do contexto histórico e cultural, de determinada situação fática diante de uma sociedade. De tal forma que, “Esse momento é assim função da intenção problemática que «pré-reflexivamente» se dirige ao caso no juízo autónomo que o *objectivou* como *caso jurídico*; e no seu resultado teremos o pressuposto *objectivo* da realização do direito nesse caso.” (NEVES, 1993, p.163).

No segundo momento metodológico, da *questão-de-facto*, deve ser realizada a comprovação da relevância, sua efetividade e a adequação de seu conteúdo. Castanheira Neves posiciona este momento como sendo fundamentalmente o problema da prova, ou seja, o problema da verdade jurídica, a verdade correlativa da conduta jurídico-social. Quando a prova deixa de ser puramente fatos (ou como eles aconteceram), e se torna especificamente a comprovação dos fatos jurídicos, lapidados pela intenção jurídica.

A análise da *questão-de-direito*, da mesma forma, se subdivide em *questão-de-direito em abstracto* e *questão-de-direito em concreto*. No sentido aduzido pelo professor, a *questão de direito em abstracto* deve determinar o critério jurídico a ser adotado para orientar a fundamentação, para a solução do caso jurídico a ser resolvido, a partir da análise dos fatos, que deverão responder o suscitado na resolução do caso jurídico. E, a *questão-de-direito em concreto* é o problema do juízo, que deverá decidir o caso jurídico concreto. Fazendo de tal maneira, a distinção entre o momento em que se estabelecem os critérios jurídicos a serem adotados e o momento em que efetivamente o juízo decidirá o caso, enquanto no primeiro momento

é analisada a fundamentação, no segundo momento o juízo deve tomar sua decisão. Assim, Castanheira Neves, anota que

Num ponto temos de insistir quanto a determinação do critério jurídico. É que esse critério, devendo embora ser aquele (ou aqueles) que a índole concreta do problema jurídico justifique (com o seu particular sentido problemático e o âmbito de relevância que esse sentido começa por definir), terá, no entanto, de ser procurado no âmbito e no horizonte do sistema jurídico em que o problema se põe. Esse sistema jurídico, com a estrutura e o conteúdo que conhecemos, oferece na sua normatividade abstractamente positivada para uma materialmente adequada realização do direito – nem por outra razão o sistema é aberto e numa contínua reconstituição estimulada por aquela realização. O que não exclui, em segundo lugar, que a normatividade do sistema jurídico seja sempre o *horizonte* do critério a seleccionar ou a constituir, tanto positiva (se o critério já estiver disponível no sistema) como negativamente (se não houver no sistema um critério positivo imediatamente praticável) – porquanto, neste segundo caso, é ainda o sistema, ou a sua perspectiva de normatividade, a condição para a determinação da própria novidade do tipo do problema concretamente decidendo. (NEVES, 1993, p. 166).

No entanto, para o autor, a divisão é muito mais necessária pela premência de exposição da ideia de forma mais didática, do que metodológica. Pois, entre questões de fato e de direito não é possível haver uma cisão, já que abordam uma mesma intenção problemática. Neste sentido, a determinação da pertinência objetiva do caso se vincula ao sentido problemático. Nesse diapasão, Castanheira Neves ao defender seu posicionamento, assevera que

É assim que, por um lado, a seleção do critério jurídico não pode desligar-se totalmente do sentido de solução que o caso solicita, só vindo mesmo aquele critério a obter nesta solução quer a confirmação da sua adequação normativa, quer a sua última determinação; e, por outro lado, a solução concreta não poderá deixar de ser o resultado da assimilação do critério pelo juízo decisório concreto. Trata-se, pois, de uma unidade problemático-metodológica que bem se poderá dizer circular. [...] Duas unidades estas – entre o momento de relevância da questão-de-facto e a questão-de-direito em abstracto e entre esta última e a questão-de-direito em concreto. (NEVES, 1993, p. 165).

Essa distinção é realizada para esclarecer que o problema jurídico concreto é resolvido a partir de uma síntese do problema e da metodologia. Assim, essa distinção esclarece e fundamenta o problema. Entretanto, é indispensável a determinação dos critérios jurídicos que devem ser estabelecidos, *a priori*, com supedâneo no sistema jurídico a que o caso concreto se apresenta, porque é neste sistema que se estabelecem os critérios subjetivos (NEVES, 1993).

Nesse aspecto, o jurisprudencialismo considera que o direito deve ser estudado de forma a avaliar a influência dos contingentes históricos e culturais de determinada comunidade. Devendo, de tal maneira, o caso jurídico concreto ser analisado sob a perspectiva da realização do direito, e não da intenção do legislador¹², analisando metodologicamente as questões de fato e de direito (para Dworkin a intencionalidade do legislador deve ser veemente compreendida, pois do contrário toda a cadeia do direito estaria comprometida, pois não existe, segundo o autor a possibilidade de aplicar a lei sem compreender seus objetivos fundamentais).

Percebe-se, portanto, que para Castanheira Neves o caso concreto é um problema jurídico a ser decidido, e para esta decisão o juiz deve analisar as particularidades e o momento histórico e social em que ocorreram os fatos, buscando sempre a realização do direito. Assim, nos casos jurídicos o problema suscitado pelas partes é o ponto pé inicial para a análise de qual norma deve ser aplicada, considerando as individualidades históricas e aplicando a que mais se adequa aquele contexto social. Contudo, é impossível idealizar um sistema de normas que aborde todas as possibilidades que se apresentam no cotidiano do sistema jurídico. Assim, o autor descreve que

Em termos, portanto, de haver entre aqueles e estas perfeita correspondência lógica – em cada caso jurídico não haveria nada mais do que fora previsto numa qualquer norma e para cada caso seria inequívoco haver uma norma aplicável e uma só norma aplicável, aquela que o previa. Essa ideia, que levaria pressuposto, mais uma vez, o problema resolvido – as atitudes puramente lógicas não podem nunca libertar-se deste círculo –, esquece que a vida jurídica histórica não constitui os seus «casos» (casos «jurídicos»), é certo, mas sem deixarem de ser «casos da vida», com a sua originária individualidade) para corresponderem logicamente a um certo quadro conceitual-normativo previamente traçado. (NEVES, 1993, p. 168).

Percebe-se, novamente, a teor da transcrição, que a tese do professor denota ampla relevância ao caso jurídico concreto, pois mesmo que as normas existam inequivocamente para todos os casos, não é mister anular as possibilidades. Pois, nos casos decididos podem existir elementos juridicamente relevantes que os diferencie, mesmo que na norma a ser aplicada ao caso não estejam previstos. E

¹² A intenção do legislador, conforme Castanheira Neves, se substancia na função política. Assim, o legislador cria direitos, define uma estratégia política para estabelecer um padrão político social, mas se distancia da realização normativa e concreta do direito. A realização do direito se fundamenta a partir da autonomia do juiz, que deve se ater a sua realização prática, deixando de lado as interferências políticas (NEVES, 2003).

assim, não pode haver a única resposta correta, no sentido de que, mesmo que esteja previsto determinada conduta na norma, esta pode ser afastada, se outras circunstâncias relevantes justificarem a não aplicação da norma que enunciou a conduta.

Por outro lado, Dworkin defende que, independentemente da situação apresentada, a integridade do direito tem de ser respeitada. E, se houver precedente que tenha julgado caso semelhante, este deve ser utilizado como parâmetro para futuros julgamentos. Assim, em casos em que exista divergência quanto à norma a ser aplicada, os princípios do direito devem preencher as lacunas e dar a única resposta correta, sendo que o juiz não pode criar direitos novos, porque esta não é sua função jurídica. Como no caso do *snail darter*, no qual a função dos juízes era apenas a de aplicar a Lei das Espécies, e não a de discorrer acerca da previsibilidade dos reflexos de sua promulgação, pois estas atitudes afastam a realização da norma legal, e corroboram para o protagonismo judicial. (DWORKIN, 2010).

Ainda, é fundamental considerar as possibilidades argumentativas. Neste sentido, Robert Alexy, importante filósofo alemão, diante da teoria da argumentação, aduz que um importante passo para a concretização da justiça é passar do plano da argumentação prática, para o plano da argumentação jurídica. Para Alexy, a decisão jurídica deve ser justificada sob dois aspectos. O primeiro, chamado por ele de justificação interna, intrinsecamente ligado ao silogismo jurídico¹³, na esfera interna da decisão judicial, e o segundo, por ele denominado de justificação externa, relacionado ao fundamento da justificação interna (ALEXY, 2011).

A justificação e a compreensão do sentido de concretização da justiça não podem se afastar da interpretação do direito. Nesse sentido, a interpretação se faz a partir da argumentação utilizada para cada caso concreto. Como bem ensina Anizio Pires Gavião Filho, quando assevera que é necessário justificar a utilização de uma determinada norma jurídica em detrimento de outra, quando existir a possibilidade de

13 O silogismo é um mecanismo coeso, pelo qual se decifra uma conclusão a partir de alegações. Há uma premissa maior, na qual se atesta que todo termo médio é um termo maior. Há uma premissa menor, na qual se atesta que o termo menor é um termo médio. Em conclusão, se o termo menor é um termo médio e se todo termo médio é um termo maior, pode-se dizer que o termo menor é um termo maior. Exemplificando o silogismo jurídico, tem-se a premissa maior, a premissa menor e a conclusão. Assim, a premissa maior é de que o motorista que violar as regras de trânsito será multado. A premissa menor é de que João é motorista e dirige um veículo desrespeitando as regras de trânsito. Assim, a conclusão é de que João deve ser multado. (ALEXY, 2011).

aplicação das duas, e isso, para ele, se dá pela argumentação jurídica (GAVIÃO FILHO, 2001). Assim, o autor afirma que

Em uma grande quantidade de casos de aplicação das normas jurídicas resultantes do procedimento da criação do Direito, para uma mesma questão jurídica particular, várias proposições normativas são possíveis. Com isso, está colocada a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica para dar conta de que a proposição normativa particular seja acompanhada das melhores razões e, assim, melhor justificada racionalmente. Isso somente pode ser alcançado no marco do discurso jurídico racional entendido, então, como um caso especial (Sonderfall) do discurso prático geral. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 143).

Diferente de Dworkin, que defende a “teoria da única resposta correta”, e assevera que, possivelmente, os juízes divergem sobre casos difíceis, contudo eles não podem criar o direito, independente da justificação interna ou externa. Os juízes, com exceção de Hércules, que é o julgador perfeito, devem descobrir qual é o direito das partes e não o inventar. Para o autor, existe sempre uma lei aplicável, não existem lacunas, e sim argumentos fortes que vão de encontro a princípios morais, como no caso Elmer, que não existia lei tirando-lhe o direito à herança, apenas princípios morais de repulsa a quem comete homicídio para se beneficiar de um testamento (DWORKIN, 2007).

Nesse viés, Dworkin faz indagações relativas à forma como os juízes decidem e como eles deveriam decidir um caso em que exista controvérsia na aplicação da norma. Os juízes, ao decidirem, possivelmente sofrem alguma influência política, e nesta senda, o julgador tem o dever de se questionar se aqueles fundamentos políticos¹⁴, que influenciaram a decisão do caso concreto, respeitam os princípios de moralidade política mais adequados aquele contexto jurídico. Sendo que, para o autor, as decisões dos juízes devem se basear em argumentos de princípio político, e não em argumentos de fundamentos políticos (DWORKIN, 2010).

Para o filósofo americano, é possível uma distinção, mas não a separação de critérios jurídicos e políticos, uma vez que aqueles são consequência dos atos praticados por estes. Enquanto a função criadora da lei é de reponsabilidade política, e de tal maneira deve representar a melhor escolha para o bem estar geral e o

14 Dworkin diferencia os fundamentos políticos dos fundamentos de política partidária. Assim, o autor infere que o julgador não deve se ater a um princípio porque determinado partido político o considera o mais importante. O juiz tem de analisar os princípios com coerência em relação a comunidade personificada na figura do legislador, mesmo que a orientação seja de não haver julgamentos com decisões baseadas em política (DWORKIN, 2010).

interesse público, os atos jurídicos, ou seja, as decisões judiciais devem interpretar o que o legislador (função política) positivou, a partir de critérios de moral, afastando contudo, a correção do direito pela moral, buscando essencialmente a garantia dos direitos dos cidadãos.

Alinhado e este pensamento, Habermas afirma que a realização do direito é muito mais do que criação e aplicação. Afirma que o direito não é neutro a questões morais ou políticas, que a criação de uma lei, mesmo que observados os critérios legais de legitimação, não a tornam válida se não houver princípios morais que a justifiquem, como o princípio que aduz que a todos deve ser dispensado o mesmo grau de respeito¹⁵ (HABERMAS, 2003). Para tanto, Dworkin distingue integridade e coerência, aduzindo que

O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade. Mas o legislativo toma muitas decisões que favorecem um grupo particular, não porque a melhor concepção de justiça declara que tal grupo tem direito de obter esse benefício, mas apenas porque o fato de beneficiá-lo acaba por trabalhar pelo interesse geral. (DWORKIN, 2007, p.266).

Assim, pode-se perceber que, Dworkin considera a criação legislativa o exórdio da integração do direito. Enquanto para o autor a integridade tem de ser o princípio basilar da realização do direito, e isto afasta a discricionariedade do julgador conferindo as decisões um grau mais elevado de coerência. Para Castanheira Neves, como já mencionado, a realização do direito está entre o sistema e o problema¹⁶. Para tanto, ele conceitua o sistema como sendo [...] “ uma unidade de totalização normativa

15 Francisco José Borges Motta, em sua tese de mestrado intitulada Levando o Direito a Sério: Uma Exploração Hermenêutica do Protagonismo Judicial no Processo Jurisdicional Brasileiro, expõe uma análise cristalina em relação aos estudos desenvolvidos pela teoria habermasiana, cotejando com outros importantes filósofos jurídicos. (MOTTA, 2009).

16 Os elementos da unidade de totalização normativa, o sistema, segundo Castanheira Neves, são os princípios, as normas, a jurisprudência e a doutrina jurídica. Os princípios (normativo-jurídicos) seriam o momento de realização da intenção axiológica-normativa, da validade fundamentante, e graças ao qual o direito não se esgota em normatum ou ordinatum (norma ou padrão). Enquanto as normas, constituem o momento de positivação, onde a prescrição se dá por agentes políticos legitimados, se revelando indispensáveis, pelo fato de que os princípios, não necessariamente, impõem uma validade positivada. Já o terceiro estrato [...] “é expressão da *jurisprudência* – do *Richterrecht*, na expressão alemã. É o momento da objectivação e estabilização de uma já experimentada realização problemático-concreta do direito, com o valor normativo que resulta de uma presunção de justiça dessa realização e que assim só poderá ser posta em causa, por posições diferentes ou contrárias, através de um infirmante «ônus de contra-argumentação»[...]. E, por fim, a doutrina jurídica, que é o resultado de uma elaboração livre que se sustenta apenas na própria normatividade, conforme fundamentação racional, ou seja, o entendimento segundo a lei. (NEVES, 1993, p. 156 e ss).

que se analisa em quatro elementos – os elementos constitutivos de sua normatividade, organizados em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante.” (NEVES, 1993, p.155).

E, o problema é conceituado pelo autor como, a intenção traduzida segundo a problemática do caso a ser decidido. E, para este problema, a solução impõe que a problematidade apresentada seja julgada, e respeitada a normatividade adequada, seja lograda uma resposta (não a única resposta correta buscada por Dworkin) com o grau máximo de justeza (NEVES, 1993).

Nesta senda, é possível entender que, para Castanheira Neves, a realização do direito vai muito além da aplicação dos preceitos legais, validados pela positividade. A sua teoria defende que, para a realização do direito, a partir do problema jurídico, tem-se que analisar os fatos que individualizam as condutas apontadas no caso concreto, afastando a intencionalidade do legislador. E, ainda, é o julgador que indicará os critérios utilizados para o julgamento, apontado quais os elementos constitutivos da normatividade são os mais adequados para a efetivação dos direitos garantidos legalmente ao cidadão.

Por outro lado, Dworkin, estabelece que, para a realização do direito, é indispensável a integridade no sistema jurídico. Neste sentido, ele aponta algumas diferenças entre a integridade e a coerência em abstrato. E, ainda, para que não seja rompida a integridade, é fundamental, segundo a sua teoria, que se busque as realidades de sentido¹⁷, idealizadas pelo legislador no momento de elaboração da norma legal. Pois, segundo o jusfilósofo, diferente do legislador, que não tem muitas exigências referente a coerência na sua atuação, em relação aos outros legisladores, porque estes podem ter metas distintas para realização de objetivos de determinada comunidade, o juiz tem de se comprometer em interpretar a lei e analisar o caso conforme as decisões anteriores, tomando sua decisão com coerência ao liame dos precedentes já estabelecidos. (DWORKIN, 2007).

Portanto, tem-se duas teorias, a *priori*, divergentes. A teoria de Dworkin, buscando o grau máximo de segurança jurídica, indicando o princípio da integridade como meio para efetivação do direito. De outra banda, Castanheira Neves, considerando método e metodologia, estabelecendo como parâmetro para a

17 Para melhor entendimento acerca da racionalidade teleológica ver a obra As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica, de Manoel Atienza.

realização do direito a distinção entre sistema e problema, definindo o caso concreto como um problema jurídico. Assim, na seção seguinte, será analisada a possibilidade de adequação das teorias no sistema jurídico do Brasil, em busca da realização efetiva do direito .

2.2 A ÚNICA RESPOSTA CORRETA FRENTE À COMPLEXIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

No âmbito da justiça brasileira, considerando a hipertrofia legislativa e o número crescente de processos judiciais, a decisão judicial carece muitas vezes da fundamentação adequada, que individualize o caso concreto. Embora a busca pela única resposta correta esteja muito além da proposta desta pesquisa, Dworkin afirma que para Hércules

Nenhum aspecto do direito como integridade tem sido tão mal compreendido quanto sua recusa em aceitar a opinião popular de que não existem respostas exclusivamente certas nos casos difíceis do direito. Eis uma afirmação representativa do ponto de vista que Hércules rejeita: “Os casos difíceis são difíceis porque diferentes grupos de princípios se ajustam suficientemente bem a decisão do passado para serem considerados como interpretações aceitáveis deles. Advogados e juízes vão divergir sobre qual deles é mais equitativo ou mais justo, mas nenhuma das partes pode estar ‘realmente’ certa, pois não existem padrões objetivos de equidade e justiça que um observador neutro pudesse utilizar para decidir-se por um deles.” (DWORKIN, 2007, p.317).

Nesse sentido, a resposta correta nos casos fáceis (que conforme definição do autor, são formas especiais de casos difíceis) não precisa ser perquirida, pois, segundo Dworkin, não é necessário fazer questionamentos quando já se tem uma resposta adequada ao caso¹⁸. Diferentemente, nos casos difíceis, em que existem possibilidades distintas de princípios aplicáveis, e então é necessário fazer questionamentos relacionados à adequação destes princípios ao caso em análise, sem contudo deixar que o contexto em que o caso concreto acontece influencie na decisão jurídica. E, mesmo que não exista uma resposta correta, o juiz tem de descobrir quais os direitos das partes, e isso não o libera para criar direitos novos

¹⁸ A superação do paradigma de diferenciação entre casos fáceis e casos difíceis se constitui na busca, não pela única e melhor resposta, mas aquela que seja mais correta, e em conformidade com a Constituição. Assim, Streck afirma que não existem casos fáceis e casos difíceis, sendo estas expressões hermeneuticamente inadequadas. (STRECK, 2009)

regressivamente, sendo que, para tal análise não existe uma forma mecanizada de conduta (DWORKIN, 2007).

Assim, para Dworkin, um Estado de Direito deve analisar os casos (independentemente do grau de dificuldade) considerando o contexto cultural e histórico, valorando a intenção legislativa. Mas o que é o Estado de Direito? Segundo o autor, existem duas concepções distintas do Estado de Direito. A primeira concepção é a centrada no texto legal

Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto de normas. (DWORKIN, 2005, p.5)

Para o autor, essa concepção é restrita ao texto da norma, não considera o conteúdo das regras. E, os idealizadores desta concepção afirmam que as leis devem ser respeitadas até que outra lei as modifique, o que seria uma espécie de justiça substantiva, e que Dworkin afirma ser qualquer coisa, exceto parte do ideal realizado em um Estado de Direito. A segunda concepção de Estado de Direito é denominada por Dworkin de “centrada nos direitos”, e segundo o jusfilósofo

De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos *quando da exigência de cidadãos individuais* por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique. (DWORKIN, 2005, p. 7).

A diferenciação no âmbito de validade das concepções de Estado de Direito não deveria ser cindida. Pois, segundo o autor, uma sociedade que assume a concepção centrada no texto jurídico pode fracassar se suas regras forem incongruentes (ao não considerar o seu conteúdo), mesmo que seus administradores tenham um elevado grau de justiça em suas atitudes. No sentido reverso, o Estado de Direito, admitido por uma sociedade que assume a concepção centrada nos

direitos, pode fracassar, mesmo que consiga um bom índice de idealização das dimensões desta concepção, se for mal administrada (DWORKIN, 2005).

Essas concepções se afastam quando oferecem soluções diversas para os casos controversos. Enquanto a concepção centrada no repertório legal argumenta em dois sentidos, positivo e negativo¹⁹, a concepção centrada nos direitos defende que em casos controversos a moral deve ser parte constituinte da decisão. Nesta senda, juristas de gerações diferentes podem divergir acerca de expressões utilizadas em determinado momento histórico²⁰, e esta situação pode interferir na forma de julgamento, e, conforme a tese desenvolvida por Dworkin, não corrobora para a integridade da cadeia do direito.

Em contrapartida, Castanheira Neves que defende a análise da normatividade axiológica, afirma que a realização do direito não está na busca pela resposta correta. Para o professor, a realização do direito é compreendida a partir da análise do caso jurídico, e o Estado de Direito se afirma na dimensão em que são assegurados os direitos dos cidadãos, partindo da prescrição de um direito, submetida à intencionalidade, que confere problematidade ao caso jurídico concreto.

Para tanto, o jurisprudencialismo afasta o direito como integridade em Dworkin, pois não julga exequível realizar o direito solidificado sobre este princípio. De tal forma, Castanheira Neves afirma que o direito se realiza, quando, a partir do caso concreto, encontra o problema jurídico a ser solucionado, e a norma a ser aplicada é decidida a

19 Para Dworkin, a importância de estabelecer qual a concepção de Estado de Direito é considerada a ideal, diz respeito a prestação jurisdicional que será prestada. Em caso de utilização da concepção centrada no texto legal, a resposta a casos controversos tem conselhos que argumentam “[...] positivamente, que os juízes devem decidir casos controversos tentando descobrir o que está “realmente” no texto jurídico, em um outro sentido dessa afirmação. Argumenta, negativamente, que os juízes nunca devem decidir tais casos com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas antes, uma decisão sobre o que deveria estar lá.” (DWORKIN, 2005, p. 10).

20 Estas expressões, com entendimento diferenciado conforme o momento histórico, pode ser exemplificado com a expressão carregador, que a princípio era o termo utilizado para quem carregava algo, e, com o passar dos anos, com o avanço da tecnologia, esta expressão é também utilizada para denominar o objeto utilizado para dar carga em aparelhos eletrônicos. Portanto, se um juiz se deparasse, a alguns anos, com a expressão “furtou o carregador”, possivelmente decidiria imaginando que este carregador era uma pessoa, e não estaria equivocado. Contudo, na contemporaneidade possivelmente julgaria como se o furto houvesse ocorrido com relação ao objeto destinado a carregar equipamentos eletrônicos. Assim, em nenhum dos casos o juiz estaria equivocado, estaria julgando conforme o momento histórico. Neste viés, conforme a exigência metodológica de Castanheira Neves, a análise do caso jurídico concreto é essencial para realização do direito, pois não deve considerar apenas a normatividade, deve considerar o contexto histórico e cultural onde se deu o desfecho e o julgamento da situação a ser decidida. (NEVES, 1975).

posteriori. Neste sentido, a simples subsunção do caso à norma não é, de forma alguma, a realização do direito para o jurisprudencialismo, pois

Deforma-se, na verdade, o problema e em termos tais que acabamos mesmo por vê-lo omitido, posto que querer resolver o problema da forma aludida – querendo tão só saber, de acordo com um direito ou sistema jurídico pressuposto, quais os *loci* em que depararíamos com o «direito» (com os critérios ou norma jurídicas daquele pressuposto sistema jurídico), *loci* e o seu conteúdo considerados também assim pré existentes, e isto manifestamente com o único objectivo os critérios jurídicos postos (impostos e pressupostos) para uma sua aplicação técnica (técnico-jurídica) –, é compreender apenas como uma questão de identificação (conhecimento-identificação) de certos dados normativos o que é um problema de constituição da específica normatividade desses dados, e confundir assim as fontes com o que deveria ser o seu resultado. (NEVES, 1975, p.127).

Assim, na busca pela única resposta correta, ou, a resposta adequada a Constituição, compreendida por Dworkin como a mais coerente com a integridade da cadeia do direito, e baseada na realização do direito a partir da interpretação das regras e princípios, no sentido de buscar na lei, e não no caso concreto, a resolução do problema, é possível que as particularidades dos fatos não sejam consideradas. É então que, se apresentam as limitações da teoria do direito como integridade em Dworkin, segundo a interpretação trazida por Castanheira Neves, pois como se pode perceber na transcrição acima, analisar apenas os critérios legais, não é realizar o direito. Neste sentido, Castanheira Neves defende que a realização do direito se inicia pela análise do caso jurídico, e não da norma legal. Para tanto

[...] perante um *caso jurídico* (um problema jurídico situacional-concretamente específico), o primeiro passo metodológico, suscitado pela analítica também metodológica desse caso, como caso decidendo, se dirige simultaneamente à compreensão e à solução da *questão-de-direito em abstracto* e que esta questão se traduz em dois pontos metódicos, a procura e selecção do critério normativo-jurídico que para esse caso ofereça o sistema jurídico vigente – fundamentalmente a procura e selecção da «norma aplicável» – e a determinação do sentido normativo jurídico hipotético dessa norma como *critério* da problematicamente concreta decisão judicativa. (NEVES, 1993, p. 205).

Segundo esta premissa, quando a segurança jurídica estiver em contradição insanável com a justiça, aquela deve ser relativizada, para que esta se concretize. Pois para o jurisprudencialismo a realização do direito (que deve buscar o grau máximo de justeza) não está na concretude da coerência com a lei, e sim na análise do caso jurídico. Seguindo a mesma linha lógica, Castanheira Neves afirma que: “A

norma aplicável é assim um elemento normativamente dinâmico e aberto – aberto à problematização da questão-de-direito concreta para que remete.” (NEVES, 1993, p.167).

Afirma ainda que, “[...] se sabemos que o sentido jurídico do caso é nuclearmente determinado pelo problema jurídico que ele implica, só uma referência problemática que seja susceptível, ao próprio nível da norma, de relevar aquele problema poderá ser critério da norma aplicada.” (NEVES, 1993, p. 174). No mais, apenas a norma como solução normativa em abstrato de um problema poderá prescrever o problema jurídico que lhe corresponde, e só desta maneira é que se pode, segundo o professor, dar ao problema do caso concreto uma solução adequada. (NEVES, 1973).

Nesta senda, quando, a partir do caso jurídico, já tiver sido selecionada a norma a ser aplicada, esta tem de ser compreendida no seu exato sentido hipotético normativo. Ou seja, o caso jurídico deverá ter sido elucidado e o próximo passo seria o da interpretação, ou a definição da questão de direito em abstrato, devendo, então, ser sucedido pela questão de direito em concreto, ou o momento do juízo decisório, que deve ser resolvida pela medição dessa norma. Assim, Castanheira Neves propõe um juízo de confrontação entre a *norma-critério* e o caso decidendo. Esclarecendo que

A norma-hipótese e o caso jurídico delimitam e objectivam ambos uma correlativa relevância material que a sua específica intenção problemático-normativa (dirigida à realidade nele pressuposta e que se compreende pelas exigências normativo-jurídicas que deviam cumprir-se nessa realidade) concretamente constitui. Na norma-hipótese, a relevância material que, constituída do mesmo modo normativo-intencionalmente problemático, é a sua pressuposição hipotético-material (i. é, a relevância material constituída e tipificada em abstracto). E do juízo da confrontação poderemos chegar a uma de três conclusões: ou a relevância material do caso é fundamentalmente assimilada pela da norma ou só parcialmente e de certo modo é assimilável; ou não é mesmo possível tal assimilação. (NEVES, 1993, p. 176).

Quando Castanheira Neves afirma que deve haver um juízo de confrontação, está se referindo à situação muito debatida entre os juristas brasileiros, qual seja, a premência de fundamentação antes da tomada de decisão (Streck, em sua obra *Verdade e Consenso*, faz críticas acerca do posicionamento dos juízes, que decidem o caso, para então fundamentar, segundo o autor, não se pode admitir que o julgador

analise o mérito quando na verdade já tomou sua decisão). Nesse viés, se estampa similarmente, a ideia de Dworkin, quando afirma que

O meu ponto não é que “o direito” contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais regras e outros princípios. Na verdade, quero opor-me a ideia de que “o direito” é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira. Nada disso, creio, compromete-me com uma ontologia jurídica que pressuponha qualquer teoria específica da individuação. (DWORKIN, 2010, p. 119/120).

Desse modo, a preocupação central de Castanheira Neves é a compreensão racional do caso concreto, e, sua individualização enquanto problema jurídico. Por outro lado, mas não totalmente como antinomia, Dworkin, depreende atenção central à norma, e afirma que para serem levados a sério, os direitos devem ser primeiramente identificados de forma coerente.

Frente às divergências das teorias estudadas, pode-se perceber que, apesar de não serem compatíveis entre si, buscam o mesmo objetivo, a realização do direito. De forma mais técnica, do que a conceituação de direito abordada no início da pesquisa, Dworkin ensina que

O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos ou entre eles e seu governo, ou alguma combinação destas alternativas. (DWORKIN, 2010, p. 239).

É possível, de tal maneira, compreender que várias são as formas de buscar a resposta mais coerente para a promoção da justiça, e a conceituação de direito transcrita acima sintetiza o que se espera do Estado de Direito. Assim, se comparadas as teorias cotejadas, a que mais se aproxima do que os legisladores e doutrinadores brasileiros tem perquirido, é a do direito como integridade. Pois, num país que adota o sistema jurídico de *civil law*, a maneira mais coerente de promover a justiça é estabelecer a integridade como princípio basilar na esfera jurídica.

E, nesse sentido Dworkin assevera que, a coerência é atributo essencial na fundamentação, que preenche os requisitos de integridade quando busca no direito “a

única resposta correta”. E esta resposta é obtida a partir da análise de adequação das regras e dos princípios válidos.

Dessa maneira, atentando-se para a conceituação de Estado de Direito elaborada por Dworkin, considerando as questões dos problemas jurídicos aduzidos por Castanheira Neves, e a complexidade, não apenas da decisão judicial mas de todo o sistema jurídico, será realizada uma análise de julgamentos, apontando a relação entre segurança jurídica e efetivação normativa. Partindo de entendimento pacificado no STJ, e a aplicação divergente dos juízes, buscando compreender, em que medida a falta de parâmetros objetivos para o poder discricionário, pode afetar a coerência e a integridade dos direitos.

3 A (IN) COMPATIBILIDADE ENTRE OS MODELOS DE DWORKIN E CASTANHEIRA NEVES À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Após estudo da Teoria do Direito como Integridade em Ronald Dworkin e da análise do jurisprudencialismo de António Castanheira Neves, avaliando seus reflexos na aplicação do direito, passa-se a análise de julgamentos do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, buscou-se algumas das decisões proferidas pela Corte, sem ter a proposição de esgotamento do assunto, demonstrando que a elaboração da lei com integridade²¹ é importante para a promoção da justiça, contudo, a aplicação coerente da norma, e sua efetivação prática é, por vezes, o que definirá o grau de realização do direito.

A pergunta que se relaciona diretamente ao foco deste trabalho, é de que forma um escrito pode ser entendido de várias maneiras por seus diferentes intérpretes e quais as consequências, das diversas formas de compreensão de uma mesma situação. Nesse sentido Dworkin assevera acerca de

Como podem as pessoas que têm diante de si o texto de uma lei divergir quanto ao que ele realmente significa, quanto ao tipo de direito que ela criou? Precisamos estabelecer uma distinção entre dois sentidos da expressão “lei”. Ela pode descrever uma entidade física de um certo tipo, um documento com palavras impressas, as próprias palavras que os congressistas ou membros do Parlamento tinham diante de si quando votaram para aprovar esse documento. Mas também pode ser usada para descrever o direito criado ao se promulgar o documento, o que pode constituir uma questão bem mais complexa. Considere-se a diferença entre um poema concebido como uma sequência de palavras que podem ser declamadas ou escritas, e um poema concebido como a expressão de uma teoria metafísica ou de um ponto de vista específicos. (DWORKIN, 2007, p.21).

Dessa forma, para o autor, pode-se analisar um poema, que nada mais é que palavras que seguem uma ordem que lhes dá sentido, mas que também tem um sentido oculto, que não está expresso, um sentido que se tem de buscar compreender, vai além da sequência das palavras. E no mundo jurídico, como ensina Dworkin, “De modo muito semelhante, os juízes que têm diante de si uma lei precisam interpretar a “verdadeira” lei [...] a partir do texto da compilação de leis.” (DWORKIN, 2007, p.22).

De tal modo que, analisando hermeneuticamente, é possível afirmar que, no caso concreto, em que existam duas partes alegando direitos opostos, uma das partes indicará o direito mais coerente a ser aplicado, e isto não implica na invalidade de

21 Racionalidade legislativa

outro direito alegado. Significa que, este é mais adequado para o caso concreto que aquele outrem. Dworkin reafirma que, embora evidentemente equivocadas, algumas respostas arraigadas em argumentos nitidamente ruins, devem ser consideradas se estiverem dentro de um contexto de escolhas, com aspectos objetivos ou neutros. De tal forma que

Se isto for assim, a escolha de um deles é apenas uma escolha, não uma decisão imposta pela razão. Se se pedir a um promotor público que decida se os participantes de um protesto têm o direito de protestar, ou se o prejuízo econômico é passível de indenização em causas cíveis, então tudo o que o público tem a prerrogativa de esperar é que sua escolha seja feita com honestidade e serenidade, livre de preconceitos, paixões ou fanatismos. Não lhe é dado o direito a nenhuma decisão específica porque isso pressupõe a existência de uma única resposta correta para a questão que o promotor deve decidir. (DWORKIN, 2010, p. 429).

E assim, conforme a explanação de Dworkin, é viável a realização efetiva do direito onde exista leis conflitantes, ou lacuna na lei (porquanto, é função do julgador decidir o caso, com base nas regras e princípios). Para tanto, é mister que o julgador se posicione de tal modo a identificar em que medida a efetivação do direito se aproxime mais à concretização da justiça. Comparando os sistemas políticos e jurídicos a um romance em cadeia, como expõe o autor, onde os atos pretéritos influenciam o presente, e são refletidos no futuro.

De outra banda, Castanheira Neves defende a relação entre sistema e problema, que deve ser analisado referenciando questões de fato e questões de direito. O foco de sua teoria é a resolução prática do problema jurídico, se opondo ao decisionismo exacerbado, mas resguardando a autonomia jurídica do juiz. Ou seja, o professor ataca as decisões sem fundamentação e argumentação, sem solidez legal, mas defende as decisões que tem base legal, e que consideram o problema jurídico do caso a ser julgado, enfatizando a importância da compreensão dos fatos para identificação do problema jurídico.

Desta forma, serão analisados os reflexos que a jurisprudência fixada no STJ causa, em relação a alguns casos específicos julgados na corte, e de que maneira os julgadores de instâncias iniciais reproduzem este entendimento. Partindo de alterações introduzidas pelo advento do CPC de 2015, que se preocupou deveras com a integridade e a coerência, e a falta de uniformização da jurisprudência, que acarreta insegurança jurídica e acaba por descreditar o Poder Judiciário frente aos jurisdicionados.

3.1 ACÓRDÃOS E SEUS REFLEXOS NA REALIZAÇÃO DO DIREITO

A necessidade de segurança jurídica e previsibilidade nas decisões judiciais não é assunto novo, e apesar da preocupação de doutrinadores, para que seja possível alcançar mais coerência e integridade a fim de concretizar o direito, ainda se está demasiadamente longe do mínimo necessário para a uniformização das decisões judiciais. Para Luiz Guilherme Marinoni

Trata-se de algo realmente curioso. Embora a praxe tenha constatado que de nada adianta a lei quando o cidadão não sabe o que esperar dos juízes, a única preocupação da doutrina tem sido a de demonstrar que, apesar de ter se tornado evidente que o juiz presta a tutela jurisdicional indo muito além da mera aplicação da lei, isso não significa negação do princípio da separação dos poderes. Ou melhor, a doutrina não tomou consciência de que, diante da variedade das decisões e interpretações da lei, seria necessária uma elaboração dogmática capaz de garantir a segurança, a previsibilidade e a igualdade. Há que se dizer, sem qualquer pudor, que a doutrina do *civil law* cometeu o pecado grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir a igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante e preservar o dogma em vez de denunciar a realidade e a funesta consequência dela derivada. (MARINONI, 2011, p. 63).

Assim, ao elaborar uma lei o legislador tem de, da forma mais coerente possível, atender aos anseios da sociedade. Enquanto ao julgador cabe a árdua missão de tentar compreender qual a intenção do legislador, quando da elaboração do texto da lei e qual as consequências de sua aplicação. E, segundo o autor, é necessário a dialética entre o legislador e o intérprete, para que seja alcançado o mínimo de segurança jurídica. Como ensina Marinoni, ao evidenciar que além da integridade legislativa é imprescindível que seja possível saber o que esperar dos juízes, pois de nada adianta a lei se os juízes podem julgar conforme a sua convicção (MARINONI, 2011).

Nesse sentido, uma das inovações no direito brasileiro foi o CPC de 2015, que alterou significativamente os procedimentos no processo civil. Dentre as alterações, o artigo 371²², subtraiu do texto antigo o advérbio “livremente”. No código de 1973, o Art. 131²³, previa que o juiz poderia apreciar livremente a prova, devendo indicar as razões que levaram a formação de seu convencimento.

22 Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias consoante dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (BRASIL, 1973).

23 Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento. (BRASIL, 2015).

Porém, para Bueno a subtração da expressão “livremente” não tem grande relevância para o entendimento que já era dado ao artigo da lei anterior. Para o autor a mudança mais significativa foi porque “O Art. 371 acrescenta, àquele outro princípio, o da aquisição, que permite ao magistrado apreciar a prova²⁴ independentemente do sujeito que a tiver produzido.” (BUENO, 2017, p. 393). De tal sorte, que não são apenas os tribunais que divergem acerca da interpretação dada a lei, os doutrinadores não são unânimes nesta afirmativa.

Para Streck, que foi um dos colaboradores da construção do texto do artigo, essa é uma interpretação equivocada, em vista do que era a intenção do legislador (STRECK, 2016). Segundo Hommerding, na obra *Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad*, os juízes devem interpretar o direito de maneira a considerar que

“La necesidad de los jueces de interpretar el Derecho (operación que en el modelo del Estado constitucional juega un papel de particular relevancia) puede también aclararse si se contempla en relación con la legislación. De hecho, los diversos instrumentos o momentos que suelen distinguirse en la interpretación del Derecho (para aplicarlo a los casos concretos) guardan una estricta correspondencia con los diversos niveles de racionalidad que pueden establecerse en la producción legislativa del Derecho. Y de ahí que se hable de interpretación textual o lingüística, de interpretación sistemática, de interpretación pragmática, de interpretación teleológica y de interpretación valorativa.”²⁵ (HOMMERDING, 2012, p.6).

Contrariando o entendimento doutrinário, o Tribunal de Justiça de São Paulo diante do Agravo de Instrumento nº 2012696-44.2017.8.26.0000²⁶, entendeu que não é necessário a apreciação pelo juízo daquilo que não considera tecnicamente necessário para elucidação da lide. Analisando o entendimento do Tribunal, percebe-

24 Para um aprofundamento no estudo de valoração de provas é interessante a leitura da obra *La Valoración de La Prueba*, de Jordi Nieva Fenoll. Madrid: Marcial Pons, 2010.

25 "A necessidade de que os juízes interpretem a lei (uma operação que desempenha um papel particularmente importante no modelo do Estado constitucional) também pode ser esclarecida se contemplada em relação à legislação. De fato, os diferentes instrumentos ou momentos que geralmente são distinguidos na interpretação da Lei (para aplicá-la a casos específicos) mantêm uma correspondência estrita com os vários níveis de racionalidade que podem ser estabelecidos na produção legislativa do Direito. E é por isso que falamos de interpretação textual ou linguística, de interpretação sistemática, de interpretação pragmática, de interpretação teleológica e de interpretação valorativa." (Tradução livre)

26 AGRAVO DE INSTRUMENTO. Reintegração de posse- Indenização das benfeitorias – Perícia – Homologação de laudo pericial – Possibilidade – **Decisão que não afrontou o determinado por acórdão transitado em julgado – Direção do processo pelo juiz e respeito ao princípio do livre convencimento – Efeito direto e imediato – Inteligência do artigo 371 do CPC/2015** – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO - TJ-SP - AI: 20126964420178260000 SP 2012696-44.2017.8.26.0000, Relator: Maia da Rocha, Data de Julgamento: 11/05/2017, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/05/2017. (SÃO PAULO, 2017) [grifo nosso]. (TJ/SP, AI 20126964420178260000. Rel. Desembargador Maia da Rocha, DJE, 11 mai. 2017).

se que realmente a alteração do texto relativo a produção e apreciação das provas não teve os reflexos almejados pelo legislador, visto que já era essa a praxe adotada para os julgamentos.

Considerando a lei, e indo de encontro ao que pretendia o legislador, o entendimento do STJ, antes mesmo da aprovação do CPC, ora vigente, era no mesmo sentido dado pelo Tribunal de São Paulo. Nesta senda, em julgamento do RE nº 1352497²⁷, o relator alegou em seu voto que

Na linha da iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, o magistrado não está obrigado a realizar todas as perícias requeridas pelas partes. Ao revés, dentro do livre convencimento motivado, pode dispensar exames que repute desnecessários ou protelatórios. Na hipótese, se não foi deferida a diligência complementar - esclarecimentos adicionais ao perito -, é porque o Juiz do processo a entendeu irrelevante. Ademais, por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório carreado aos autos, portanto não está o magistrado adstrito ao laudo pericial realizado, eis que pode formar sua convicção com outros elementos ou fatos existentes nos autos, o que ocorreu na espécie. (STJ, REsp 1352497. Rel. Ministro Og Fernandes. DJU, Brasília, 14 fev. 2014).

Destarte, como ensina Streck, um grande paradigma a ser superado no Brasil é a confusão que os estudiosos do direito fazem com relação ao positivismo jurídico e a positividade. Positivismo jurídico soa como palavrão, e o próprio autor se sente pressionado por defender limites semânticos, pois segundo ele, é dioturnamente acusado de ser positivista, como se defender a lei e o seu cumprimento fosse um crime, mas seguir a lei é simplesmente interpretá-la coerentemente, e aplicá-la com integridade (STRECK, 2017).

Segundo o professor, ainda que a norma e o texto não estejam unidos, não existe a possibilidade de desconectá-los por inteiro. E, se o legislador estabeleceu na lei a necessidade de apreciação das provas, com a fundamentação da decisão, cabe ao juiz assim fazê-lo, não lhe é propiciado a escolha de apreciação ou não da prova, apenas de sua valoração, sendo que deixar de apreciá-la vai de encontro a que prevê a lei. Então, se está diante de mais um paradoxo, o da fundamentação. O artigo

27 Um dos fatos alegados para a interposição do RE, foi a ofensa aos Arts. 125, 425 e 435, do CPC de 15, por ter sido sentenciado o processo sem que fosse ultimada a fase probatória, prejudicando até mesmo o debate acerca do valor a ser pago a título de indenização. E ainda por infringir os Arts. 131, 436 e 458, inciso II, do CPC de 15, ao argumento de que o laudo técnico judicial e a prova documental juntada pelas recorrentes foram desprezadas pelas instâncias ordinárias, sem a devida fundamentação, e estas seriam as provas que comprovariam a defasagem tarifária e o pagamento a menor da quilometragem efetivamente realizada. (BRASIL, 2014).

489²⁸, do CPC de 15, elenca os elementos fundamentais da sentença, e no § 1º, inc. IV impõe a necessidade de enfrentamento de todos os argumentos aduzido no processo, sob pena de não ser considerada fundamentada (STRECK, 2016).

No mesmo sentido ao dado pela interpretação do STJ, existem diversos julgamentos de tribunais. Indo de encontro a intenção do legislador, que foi claro no texto do Art. 489, não deixando espaço para interpretação diversa. Contudo, não foi esse o entendimento dos julgadores, e estes continuam a aplicar a norma conforme a praxe, e assim desconsiderando a efetivação prática da norma legal, em total desacordo com a teoria de Dworkin, que não admite esta espécie de interpretação da lei, e exige que ela seja efetivada, sob a perspectiva de que o julgador se deixe levar pelo protagonismo.

28 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, já na exposição de motivos do anteprojeto do CPC de 15, os legisladores evidenciaram a preocupação com a harmonia e coerência do Código, para que não houvesse espaço para vários modelos interpretativista, e não se apegaram obsessivamente a elaboração maestral do seu texto, o tornearam em razão de sua funcionalidade. Assim, enfatizaram que

A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. (BRASIL, 2010, p. 23)

Assim, é possível perceber que, a adequação da norma a rotina do sistema jurídico foi veemente perquirida no processo de criação, considerando mais a sua funcionalidade do que sua harmonia textual. Contudo, não surtiu os efeitos almejados pelos seus elaboradores. Os tribunais não recepcionaram a alteração de alguns enunciados, dentre eles o que prevê o Art. 489. O STJ, guardião da legislação infraconstitucional, em fundamentação da decisão exarada nos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 21.315/DF, entendeu que

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art.489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (STJ, EDcl no MS 21315. Rel Ministra Dilva Malerbi. DJe, Brasília, 15 jun. 2016).

Este entendimento foi firmado como jurisprudência para os demais órgãos do Poder Judiciário, sendo publicado no Informativo nº 0585²⁹ da Secretaria de

29 DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HIPÓTESE DE NÃO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra decisão que não se pronuncie tão somente sobre argumento incapaz de infirmar a conclusão adotada. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC/2015, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 ["§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador"] veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo STJ, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão. EDcl no MS 21.315-DF. (STJ, EDcl no MS 21315. Rel Ministra Dilva Malerbi. DJe, Brasília, 15 jun. 2016).

Jurisprudência do STJ. De tal sorte, fica evidente uma disparidade entre o que está escrito na norma e como o julgador interpreta, restando não apenas o jurisdicionado atormentado pelo espectro da insegurança jurídica, mas principalmente o profissional do direito, que não tem uma base coerente para se apoiar em suas fundamentações. Pois pelo que se percebe quem diz o direito é o poder judiciário por meio de suas cortes superiores, e não o legislador com sua intencionalidade na elaboração do texto legal.

Esse informativo vincula todos os outros órgãos do Poder Judiciário, e mesmo que a lei estabeleça a necessidade de resposta fundamentada, a todas as questões suscitadas, por exigência do Art. 489, do CPC, que elenca todos os elementos que são essenciais para a validade da sentença, o julgador poderá afastar esta previsão da lei, se já estiver convencido (livremente) de que foram enfrentados todos os argumentos deduzidos no processo, e que, segundo sua própria interpretação, não seriam capazes de infirmar sua conclusão. Assim, o próprio julgador, livremente convencido, se absterá de considerar questões suscitadas no processo, em que o direito é das partes, pois segundo ele próprio, não serão levadas em conta, e, portanto, não tem de justificar a desconsideração.

Nesse sentido, os tribunais entenderam, em relação à necessidade de fundamentação, que como os próprios juízes irão julgar o caso concreto estão dispensados de enfrentar todos os argumentos aduzidos no processo, se já tiverem elementos suficientes para formarem sua decisão. A doutrina majoritária entende em sentido diverso, com críticas severas a esse posicionamento dos juízes, para Didier Jr., Oliveira e Braga

A questão é que esse entendimento jurisprudencial – que já virou um jargão no âmbito dos tribunais – vem sendo utilizado para justificar a desnecessidade de análise das alegações da parte mesmo nos casos em que a sua tese foi rejeitada. Esse mau costume constitui não apenas um erro técnico como também uma forma de aniquilar o direito de ação e as garantias do contraditório e da ampla defesa. Sim, porque embora a Constituição diga que a parte tem o direito de provocar a atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV), e embora a Constituição garanta à parte amplas possibilidades de defesa e de influência (art. 5º, LV), o Judiciário diz que não tem a obrigação de emitir um juízo de valor sobre todos os seus argumentos. (DIDIER JR., OLIVEIRA e BRAGA, 2015, p. 715).

Da mesma maneira, sem deixar dúvidas acerca de seu posicionamento contrário ao sentido que os tribunais e juízes vem dando na interpretação da lei, e com

críticas duras, até mesmo aos embargos de declaração³⁰, Streck aponta vários equívocos consoantes a este paradigma, segundo o autor, que é um dos mais notáveis estudiosos brasileiro da teoria dworkiana e colabores da elaboração do CPC vigente, o entendimento diverso do prescrito na lei é uma forma de protagonismo judicial, que deve ser combatido, pois coloca em risco a segurança jurídica do sistema. Neste sentido, assevera que

“[...] se todos nós queremos um artigo 489, §1º, para valer, precisamos rever outros institutos que até aqui foram considerados muito úteis e até indispensáveis, mas que, na verdade, podem estar corrompendo todo o resto do sistema. Aos pragmáticos (ou realistas retrôs) mais resistentes, lembramos que um olhar qualitativo sobre o processo pode trazer benefícios quantitativos inconsiderados, como uma diminuição de recursos num sistema onde houve garantia de influência na formação das decisões de primeira instância. Isto sem esquecer os ganhos que transcendem as estatísticas, como o de tornar um sistema de justiça mais justo.” (STRECK, 2017)

Assim, é cristalino que, para um Estado que adota o sistema jurídico de *civil law*, no qual a lei deveria exercer papel substancial sobre o comportamento da coletividade, se não houver ressalvas capazes de garantir a efetivação prática da elaboração coerente da lei, mesmo que o intérprete respeite as condicionantes, a falta de técnica legislativa³¹ pode comprometer todo o procedimento. Contudo, jamais será tão voraz quanto a falta de quesitos objetivos que possam vincular os julgadores. Uma vez que, em relação ao feito analisado, mesmo com lei expressa (Art. 489, do CPC

30 Lênio Streck, já no ano de 2012 fazia críticas aos rumos que estavam tomando os direitos no país, e pregava que “Cada verbete esconde o caso. A tese esconde o caso concreto. E o projeto do novo Código de Processo Civil parece estar encantado com os “precedentes” do direito do *common law*. E, pior: insiste nos embargos declaratórios, esse instrumento de quinta categoria que só serve para “esquentar” decisões mal fundamentadas. Os embargos declaratórios são o sintoma de que o furo é mais embaixo. Lembro, aqui, uma decisão do Tribunal Constitucional Espanhol de 1992, que mostra que, fosse aplicada no Brasil, milhões de decisões não poderiam ter sido consertadas ou corrigidas via embargos de declaração. Vou insistir de novo: é possível um sistema jurídico “dar certo”, se os Códigos Processuais admit(ir)em (ou continuarem a admitir) que um juiz possa exarar sentenças omissas, contraditórias ou obscuras? Vou repetir: omissas-contraditórias-obscuras! Para mim, uma sentença que seja omissa, obscura ou contraditória, antes de tudo, viola o mais elementar direito fundamental das partes, a da motivação/fundamentação. Se começássemos por aí, obrigando o juiz a não exarar sentenças omissas, contraditórias ou obscuras, já estaríamos avançando sobremodo. De pronto, evitaríamos centenas de milhares de processos inúteis! (STRECK, 2012).

31 Gilmar Mendes, Ministro do STF, entende que o princípio da segurança jurídica é um elemento fundamental do Estado de Direito, e para tanto a elaboração das normas deve ser pautada pela precisão e clareza, atentando para a necessidade de técnica legislativa capaz de orientar o julgador, indicando a nova situação jurídica e as consequências por ela advindas. Assim, o legislador deve afastar formulações obscuras, imprecisas, confusas e contraditórias. (MENDES, 2007).

de 2015), determinando a necessidade de fundamentação, a aplicação se dá de forma contrária.

Para tanto, o item seguinte discutirá pormenorizadamente esta questão. Enfrentando a premência da interpretação coerente da lei, e a consequente integridade para fixação de precedentes capazes de garantir segurança jurídica e uniformização da jurisprudência.

3.2 A COERÊNCIA PARA FIXAÇÃO DE PRECEDENTES

Diante da visível disparidade entre a intenção do legislador e a interpretação dos juízes, tem-se em Dworkin a representação de que mesmo não existindo alguém com pensamento identificativo do direito como entidade perfeitamente justa, da forma como ele se apresenta, não pode uma série de precedentes injustos justificar a alteração de direitos³² previstos em lei. Dessa forma, assevera o autor americano que

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filosófico poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. (DWORKIN, 2010, p.165).

Assim, frente à necessidade de coerência entre os julgamentos dos tribunais brasileiros o legislador mais uma vez estabeleceu regras a serem observadas. O Art. 926³³, do CPC de 2015, inequivocamente, estabelece que os tribunais deverão manter

32 Na tese dos direitos de Dworkin, existe uma diferenciação entre direitos jurídicos e direitos políticos que partem de um argumento principiológico. Segundo o autor, “A tese dos direitos estipula que os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos. Mas os direitos concretos nos quais os juízes se apoiam devem ter duas outras características. Devem ser institucionais e não preferenciais; devem ser direitos jurídicos em vez de outros tipos de direitos institucionais. Não podemos, portanto, avaliar ou testar essa tese sem antes elaborar mais essas distinções”. (DWORKIN, 2010, p. 158) E os direitos políticos se dividem em dois conceitos, “O primeiro é a ideia de “intenção” ou “propósito” de uma determinada lei ou de uma cláusula estabelecida por lei. Este conceito faz uma ponte entre a jurisdição política da ideia geral de que as leis criam os direitos e aqueles casos difíceis que interrogam sobre que direitos foram criados por uma lei específica. O segundo é o conceito de princípios que “subjazem” às regras positivas do direito, ou que nelas estão “inscritos”. Este conceito faz uma justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer. Juntos, esses conceitos definem os direitos jurídicos como uma função, ainda que muito especial, dos direitos políticos”. (DWORKIN, 2010, p. 164).

33 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL, 2015).

sua jurisprudência uniforme, íntegra e coerente. Nesse viés, Dworkin ressalta que no direito como integridade a jurisprudência reflete a interpretação dada pelos juízes, que deve ser avaliada e comparada com decisões de outros juízes, confrontando qual interpretação é a mais plena de direitos, para que então se uniformize e surta seus efeitos diante da sociedade (DWORKIN, 2007).

Contudo, diante da enorme área territorial do país e das diversas culturas arraigadas na sociedade, não se pode esperar que todos os juízes interpretem da mesma maneira, pois estão carregados de costumes diversos. Nesse sentido,

Seria um erro ignorar esses diversos fatores de unificação e socialização, mas um erro ainda mais insidioso e perigoso exagerar sua força. A dinâmica da interpretação resiste à convergência ao mesmo tempo que a promove, e as forças centrífugas são particularmente fortes ali onde as comunidades profissional e leiga se dividem com relação à justiça. Juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias. Tampouco isso é deplorável. Ao contrário, o direito ganha em poder quando se mostra sensível às fricções e tensões de suas fontes intelectuais. (DWORKIN, 2007, p. 110).

E ainda, é viável analisar determinadas soluções interpretativas, como se desenvolvem e de que maneira se alteram ao longo dos tempos, modificando a visão acerca de legislações e precedentes³⁴. Pois, os julgadores podem por muito tempo considerar que uma lei seja interpretada de tal modo. Contudo, ao longo do tempo podem surgir situações em que seja necessário avaliar a intenção do legislador, e muitas vezes o que está escrito pode não ser o que realmente era pretendido (DWORKIN, 2007).

No Brasil, além da questão interpretativa ainda existe o dilema da falta de técnica legislativa e da hipertrofia de leis. Segundo dados do IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação), mais de 5,4 milhões de leis foram editadas da promulgação da CRFB/88, em 1988, até junho de 2017, o que leva os profissionais do direito a terem de dioturnamente buscar atualização, tanto das leis criadas quanto do posicionamento dos tribunais e em que sentido se fixa a jurisprudência.

Frente a essa intensa criação legislativa, a jurisprudência representa uma fonte cada vez mais importante do direito no Brasil. O que estarrece é a falta de

34 Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2009, p. 385).

uniformidade, que acaba acarretando maior insegurança jurídica, pois afasta a possibilidade de identificação do entendimento dos tribunais, acerca de determinado assunto. Contribuindo para tal situação fática, os juristas, ao fazer referência a precedentes, muitas vezes não buscam compreender os fundamentos que ensejaram a aplicação de uma regra ou princípio em detrimento de outro, apenas pretendem dar mais força à sua fundamentação, citando decisão no mesmo sentido.

Pois bem, o CPC de 2015 estabeleceu a necessidade de o juiz identificar os fundamentos que o levaram a invocar um precedente, sob pena de ser considerado nulo o ato. Para a parte, que alegar um precedente, incumbe demonstrar a equivalência do direito alegado no caso concreto (Art. 926). Contudo, como no Brasil o sistema de jurisdição adotado é o da *civil law*, o julgador não está obrigado a adotar os mesmos fundamentos de decisão anterior, apenas terá de se orientar pela interpretação já dada a caso semelhante.

É então que se chega ao ápice da questão. O Brasil é dividido em 26 estados, mais o Distrito Federal. Cada estado possui um Tribunal de Justiça (existem ainda os Órgãos da Justiça Federal, Militar, Eleitoral, e do Trabalho). Ao STJ cabe fiscalizar a aplicação da lei infraconstitucional, e o STF é o guardião da CRFB/88. Destarte, frente ao grande número de processos³⁵, a cultura do recurso aos tribunais³⁶, e a hipertrofia da criação legislativa, não é difícil imaginar a dificuldade de uniformizar a jurisprudência.

Diante da dificuldade de concretização da justiça, o CPC de 2015 procurou efetivar a garantia de acesso do cidadão ao poder judiciário. Contudo, com o número de processos aumentando a cada ano, a tutela satisfativa se distancia do jurisdicionado. Nesse viés, Neves ensina que o princípio da inafastabilidade da jurisdição, se fixa em quatro ideias. Primeiro, na ampliação do acesso ao poder

35 Segundo dados do CNJ, cada magistrado possui em média 5.918 processos sob sua jurisdição. Ao todo, em 2017, havia 79,7 milhões de processos em andamento no poder judiciário brasileiro (CNJ,2017).

36 Existe arraigada no Brasil, a cultura do recurso aos tribunais. Muitos dos recursos que chegam as cortes, não preenchem os requisitos previstos na lei, e isto faz com que aumente a mora na análise de questões que realmente merecem ser conhecidas e julgadas. Conforme já tratado na primeira seção desta pesquisa, o legislador ao elaborar o texto do CPC de 15, conforme exposição de motivos do anteprojeto, considerou substancialmente a efetividade da processualística, neste sentido: “Com objetivo semelhante, permite-se no novo CPC que os Tribunais Superiores apreciem o mérito de alguns recursos que veiculam questões relevantes, cuja solução é necessária para o aprimoramento do Direito, ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade considerados menos importantes. Trata-se de regra afeiçoada à processualística contemporânea, que privilegia o conteúdo em detrimento da forma, em consonância com o princípio da instrumentalidade.” (BRASIL, 2010).

judiciário, segundo, ao respeito do devido processo legal, terceiro, a realização da justiça (ponto este que é primordial neste trabalho) e, quarto, a eficácia da decisão exarada.

Para Neves, de nada adianta o cidadão ter acesso ao poder judiciário, o devido processo legal ser respeitado, se não for promovida a justiça. Assim,

Amplia-se o acesso, permite-se a ampla participação, mas profere-se uma decisão injusta. É fácil perceber que nesse caso tanto o acesso como a ampla participação não levaram as partes a lugar algum. Em razão disso, a terceira “viga mestra” é a decisão com justiça, ainda que o conceito de justiça seja indeterminado, suscetível de certa dose de subjetivismo. O que se pode afirmar, com segurança, é que a missão de decidir com justiça não significa a permissão de julgamento por equidade, espécie de julgamento reservado às situações excepcionais, expressamente previstas em lei (art. 140, parágrafo único, do Novo CPC). Trata-se de preferir a interpretação mais justa diante de várias possíveis, ou, ainda, de aplicar a lei sempre se levando em consideração os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais. (NEVES, 2016, p.3).

Para tanto, o CPC de 2015 previu não apenas o acesso ao poder judiciário, na mesma senda, estabeleceu conforme visto no Art. 926, que a jurisprudência deve se manter estável, íntegra e coerente, a fim de que haja segurança jurídica. Pois bem, o referido diploma legal determina o dever de fundamentação nas decisões judiciais, o amplo acesso ao poder judiciário, e a estabilidade da jurisprudência, então é provável que não esteja surtindo os efeitos esperados, pois ainda não se vê um panorama de satisfação nas lides já estabelecidas.

O que pode ser comparado com o romance em cadeia de Dworkin, onde os julgadores ao longo do tempo devem escrever a história jurídica como se fosse o enredo de uma história de amor. E, a cada novo ato, o autor substituto continua escrevendo sem quebrar a cadeia. Nesse sentido,

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível. Na verdade, alguns romances foram escritos dessa maneira, ainda que com uma finalidade espúria, e certos jogos de salão para os fins de semana chuvosos nas casas de campo inglesas têm estrutura semelhante [...]. Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. (DWORKIN, 2007, p. 276)

E, ao criar este gênero literário fictício, Dworkin alerta para a possibilidade da criação de um “romance incrivelmente ruim”. Assim, se transcorresse um romance em cadeia, no sistema jurídico brasileiro, seriam encontrados contos que não se enquadrariam na prestação jurisdicional. Pois, ao desconsiderar a lei, os juízes, como autores do romance jurídico, deixam de considerar o papel que deveria ser do ator principal. Como se o ator principal, a lei, pudesse ser simplesmente ignorada, ou interpretada conforma as convicções dos julgadores, que assumem função típica dos legisladores.

Em igual sentido, ensina Theodoro Junior, Oliveira e Rezende, que somente a uniformização da jurisprudência não é capaz de garantir que a justiça se concretize, tampouco que haja segurança jurídica. Se não houver a realização do direito, onde a lei é aplicada coerentemente, e se for possível a alteração da jurisprudência, sem comprovação da alteração do entendimento dado anteriormente pelos tribunais, de nada serve sua uniformização (THEODORO JR., OLIVEIRA, REZENDE, 2016).

Nesse sentido, vale destacar que o jurisprudencialismo e o direito como integridade não são ao todo antagônicos, se chocam principalmente quanto ao último critério de julgamento. Para Castanheira Neves, a realização do direito se finda com a análise final de sua adequação ao caso concreto. E, para Dworkin, a última análise para aferir o grau de realização do direito é a sua coerência com o sistema jurídico, que também deve ser observado a partir do princípio político de integridade.

De tal sorte que os tribunais brasileiros divergem acerca da aplicação do direito, por vários motivos como já exposto anteriormente. E isso, não é prejudicial ao sistema jurídico, que não deve ser um sistema rígido. O que não se pode olvidar é da prejudicialidade da prática reiterada de entendimentos opostos em casos semelhantes, ou de práticas contrárias à lei, pois o juiz deve aplicar o direito e não subjugar todas as prescrições legais para buscar a justiça.

Nesse vértice, a importância da integridade para a promoção da justiça é, evidentemente, uma questão de coerência na aplicação do direito. Para exemplificar, o STJ tem entendimento firmado acerca da competência do JEC, em relação ao valor da causa e de sua complexidade, no sentido de ser opção do autor a Justiça Comum ou o Juizado Especial para solucionar a lide (mesmo que o intuito da lei 9.099/95, seja o de tornar mais célere o procedimento, e isso é benéfico para as partes, não pode o

juízo declinar, de ofício, a competência), por prescrição legal, conforme o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 53227³⁷, de 27 de junho de 2017.

Contudo, os juízes estão declinando da competência, de ofício, para o JEC, contrariando o entendimento firmado pelo STJ. O que pode ser comprovado pelas decisões dos juízes de 1º grau. No Agravo de Instrumento nº 70076989102³⁸, da décima sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o relator, desembargador Giovanni Conti, deu provimento ao recurso, alegando que ao declinar da competência, de ofício para a Justiça Comum, o juiz, restringiu direitos do cidadão, indo além dos limites que a lei impõe.

37 PROCESSUAL CIVIL. CONTROLE DE COMPETÊNCIA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. ART. 3º, § 3º, DA LEI 9.099/1995 E ART. 1º DA LEI ESTADUAL 10.675/1996. OPÇÃO DO AUTOR. 1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: "esta Corte Estadual já vem afastando a possibilidade de manejo do 'mandamus' com a finalidade de suprir hipótese não prevista no rol taxativo do art. 1.015 do Novo Código de Processo Civil" (fl. 194, e-STJ). 2. "A jurisprudência do STJ admite a impetração de mandado de segurança para que o Tribunal de Justiça exerça o controle da competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, vedada a análise do mérito do processo subjacente" (RMS 33.155/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 29.8.2011). 3. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que "o processamento da ação perante o Juizado Especial é opção do autor, que pode, se preferir, ajuizar sua demanda perante a Justiça Comum" (REsp. 173.205/SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ 14.6.1999). A propósito: REsp 331.891/DF, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, 21.3.2002; REsp 146.189/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ 29.6.1998. 4. O art. 3º, § 3º, da Lei 9.099/1995 e o art. 1º da Lei Estadual 10.675/1996 permitem que a demanda seja ajuizada no Juizado Especial ou na Justiça Comum, sendo essa uma decisão da parte. 5. Recurso Ordinário provido. (STJ, RO em MS 53227. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe, Brasília, 30 jun. 2017). (Nesse mesmo sentido, REsp 173205-SP, REsp 331891-DF, REsp 146189-RJ).

38 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. DECISÃO QUE DECLINA DA COMPETÊNCIA PARA O JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CONHECIMENTO DO RECURSO. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO NA JUSTIÇA COMUM. ATIVISMO JUDICIAL. DIREITO DE PETIÇÃO. ESCOLHA DA JURISDIÇÃO PELO DEMANDANTE. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. O MAGISTRADO DA JURISDIÇÃO COMUM É COMPETENTE PARA INSTRUÇÃO E JULGAMENTO DA DEMANDA. DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA É NEGATIVA DE JURISDIÇÃO. ATO ILEGAL. Ativismo Judicial. É o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Trata-se de prática extremamente importante para efetivação dos direitos fundamentais, entre eles o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pela simples razão de ser positiva, ou seja, amplia e consolida direitos. Porém essa postura do Poder Judiciário, quando restringe direitos fundamentais do cidadão, é maléfica para a sociedade e um risco para a democracia. Direito de petição. No Estado Democrático de Direito, o livre acesso ao Poder judiciário significa o direito do autor da ação a escolha entre o Juízo Comum e o Juizado Especial Cível que tem competência concorrente prevista na Lei n. 9.099/95, art. 3º, § 3º, nos termos da jurisprudência pátria. Improriedade da declinação. A decisão que declina da competência para juizados especiais é ato ilegal do magistrado caracterizado pela negativa de jurisdição, uma vez que também detém competência para instruir e julgar a demanda. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Decisão reformada. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. (TJ/RS, AI 70076989102. Rel. Desembargador Giovanni Conti, DJe, 16 mar. 2018).

Analisado os julgamentos, sob o prisma da teoria de Dworkin, pode se afirmar que essas decisões desconsideram o que é previsto legalmente, quebrando a cadeia do direito. Ainda, não há coerência com os julgamentos realizados em outras câmaras do mesmo tribunal estadual, sendo que alguns desembargadores entendem que, contra decisão que declina competência de ofício para o JEC cabe o Recurso de Agravo de Instrumento, e outros desembargadores reconhecem como legal o Recurso de Apelação. Assim, não existe um precedente capaz de garantir segurança jurídica, pois o guardião da lei infraconstitucional estabeleceu posicionamento concreto e efetivo acerca do tema, e, mesmo assim, a aplicação se dá ao revés da jurisprudência já solidificada. De tal modo que, a integridade e coerência, exigidos pelo Art. 926, do CPC de 2015, não são observados em sua complexidade, e esta situação faz com que, além de não ser realizado o direito, a prestação jurisdicional se assemelhe a um jogo de sorte, no qual a justiça se concretiza para aquele que for o melhor jogador.

Não obstante, sabe-se que os precedentes são deveras importantes para o sistema jurídico. Entretanto, se não forem observados critérios de objetividade para sua fixação, e, conseqüente estabilização e aplicação em todas as instancias, podem se tornar prejudiciais à promoção da justiça, como se o romance não tivesse o fim pretendido por quem iniciou os seus escritos. A valer, entende-se que a dialética entre a elaboração e a aplicação das leis, e a cadeia interpretativa do direito deve respeitar princípios hermenêuticos, para que a justiça seja condizente com o que é esperado pelos jurisdicionados. E, então, respeitando os princípios de integridade e coerência, com segurança jurídica é possível realizar o direito, e conseqüentemente, ir em busca da promoção da justiça.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou o papel da integridade e da coerência na promoção da justiça e na realização efetiva do direito, partindo da teoria do direito como integridade em Dworkin, cotejando com o jurisprudencialismo de Castanheira Neves. Desta maneira, compreender o direito é um assunto de extrema relevância, em especial, os meios para a promoção da justiça. Neste sentido, o debate acerca da integridade e da coerência deve ser realizado, e não apenas no mundo acadêmico. A sociedade em geral, deve se envolver em debates relacionados ao Estado de Direito, para que conheçam seus direitos e busquem sua efetivação.

Considerando os objetivos deste estudo, foi realizada primeiramente pesquisa na teoria de Dworkin, buscando compreender a forma, por ele considerada a mais coerente, para encontrar a “única resposta correta” nos chamados “casos difíceis”. Diante da verificação dos paradigmas que distinguem o julgamento dos casos, onde não existe lei específica para o caso concreto, e os princípios devem suprir a lacuna. E, os casos em que existe mais de uma lei ou jurisprudência para o caso em julgamento, e o juiz tem de decidir qual se adequa mais ao caso concreto, com fundamento na integridade da cadeia do direito.

Em seguida, foram abordados alguns temas controversos, julgados na Suprema Corte brasileira, fazendo uma comparação com a forma de julgamento dos casos narrados pelo jusfilósofo norte americano. Neste sentido, segundo a teoria do filósofo, é possível concluir que para a concretização da justiça, a integridade e a coerência são elementos fundamentais, sem os quais a realização do direito é algo inatingível.

No segundo ponto estudado, foram analisadas as exigências metodológicas de Castanheira Neves, para a realização do direito, realizando o enfrentamento com o direito como integridade. Elucidando, de que forma o jurisprudencialismo distingue as questões de fato das questões de direito. Destacando, o problema jurídico, definido pelo professor português como o “*prius* metodológico”, ou seja, para o jurisprudencialismo o caso concreto é o ponto de partida para a análise realizativa do direito.

De tal sorte, no terceiro e último ponto estudado, foram empreendidas buscas jurisprudências, acerca da compatibilidade da teoria de Dworkin, e do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, no sistema jurídico brasileiro. A premissa inicial da pesquisa desse capítulo, foi identificar a intenção do legislador ao elaborar o projeto do CPC vigente hoje no Brasil. Assim, frente as significantes alterações, pode-se perceber que, o legislador se preocupou imensamente em solidificar os princípios de integridade e coerência. Contudo, na efetivação prática dessas alterações, os julgadores não se mostram totalmente receptíveis, pois como foi explanado, em relação ao Art. 489, do CPC de 2015, a lei não surtiu os efeitos intentados pelo legislador.

Assim, diante da análise dos casos abordados na primeira parte do estudo, e a maneira como são julgados diante das cortes superiores, tanto nos EUA, quanto na Inglaterra, ficou confirmada a hipótese de que os modelos importados para o Brasil, tal como o de Dworkin, encontram limitações, necessitando de adequações ou de teorias complementares, que levem em conta a realidade social e as circunstâncias do problema com o qual se depara o intérprete. Para tanto, foi no jurisprudencialismo que a resposta mais adequado para uma teoria complementar restou exitosa.

De tal maneira, inicialmente a ideia da pesquisa, ora apresentada, seria de investigação específica na literatura dworkiana, contudo, frente as limitações desta teoria, que deixa de apreciar as particularidades do caso concreto, dando ênfase substancial a coerência e integridade, na aplicação das regras e princípios, houve uma reorganização dos estudos, especificamente incluindo o jurisprudencialismo. Pois, ao afirmar que o caso concreto é o fator determinante para a realização do direito, Castanheira Neves, se distancia da segurança jurídica, no entanto se aproxima da promoção da justiça e da efetiva realização do direito. E, esta situação, faz com que ambas as teorias, consideradas individualmente, se distanciem do sistema jurídico pátrio.

Assim, no sistema jurídico adotado no Brasil, que é o da Civil Law, restou confirmado que, a Lei exerce papel substancial sobre o comportamento da coletividade, o que por vezes, pode comprometer os efeitos práticos da aplicação das regras, mesmo que o intérprete respeite os condicionantes de coerência e integridade na interpretação. Neste sentido, as teorias de Dworkin e Castanheira Neves, dialeticamente consideradas, e de forma a se complementarem, poderiam ser imortadas para o Brasil, sendo viável a efetivação destas da forma seguinte: a) o

direito como integridade em Dworkin, seria a teoria adequada para fundamentar o direito processual, conforme exigência do Art. 926, do CPC de 2015, devendo de tal sorte seguir critérios de integridade e coerência, no que pese, a uniformização dos procedimentos jurídicos. b) por outro lado, o jurisprudencialismo de Castanheira Neves, buscando respostas para o caso concreto, servindo como base fundamentante à concretização do que prescreve o Art. 489, do CPC de 2015, analisando as particularidades específicas das questões de fato e de direito, apontando para uma realização efetiva do direito material, a partir de uma resposta fundamentada as questões trazidas ao procedimento jurídico.

Nesta perspectiva, temos ainda o Art. 10, do CPC de 2015, que trouxe o princípio da não surpresa para o processo civil. O que coaduna, para a possibilidade de adequação das tuas teorias no sistema jurídico brasileiro. Porquanto, a integridade e coerência são indispensáveis para a processualística, na medida em que se afastam estas condicionantes, não se vislumbra um procedimento que respeite o princípio da igualdade, no sentido de que é inviável apontar particularidades quanto a forma processual. Por outro lado, na análise dos fatos narrados em um caso concreto, ou problema jurídico, conforme conceituação de Castanheira Neves, é impossível julgar sem considerar as particularidades, mesmo que nesta decisão se afastem os princípios da teoria dworkiana, em detrimento à realização da justiça.

Como foi possível concluir na exemplificação jurisprudencial do STJ. Mesmo havendo jurisprudência fixada, acerca de norma positivada, as instâncias iniciais, por meio de seu julgadores, continuam a julgar de forma antagônica. No Recurso de Agravo de Instrumento nº 70076989102, julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual o juiz da Comarca de Ronda Alta declina competência para o JEC, fica cristalina a falta de critérios objetivos, para que possam deixar de ser observados a lei e a jurisprudência, mesmo quando relacionados a questões processuais. E, essa forma de ativismo tem como consequência, a demora excessiva de uma resposta satisfativa do Estado para o cidadão, que não tem sequer análise de mérito garantida em um prazo razoável.

Frente às situações expostas, conclui-se que a análise do caso concreto é pré requisito para a aferição do grau de justeza na realização do direito. No entanto, os critérios de realização do direito apontados por Dworkin, integridade e coerência, são indispensáveis para o sistema jurídico brasileiro, mesmo que de alguma forma

relativizados, não podem ser suprimidos, pois sem segurança jurídica não se efetivam direitos.

Para finalizar, é evidente que, como referido diversas vezes, o problema do fenômeno da insegurança jurídica envolve bem mais que o Poder Judiciário. Em que pese, a necessidade do legislador se orientar por níveis mínimos de racionalidade na elaboração da lei, ficou cristalino que a falta de técnica legislativa e a hipertrofia das leis no Brasil, comprometem a integridade e a coerência do sistema jurídico, e, ainda existe a função do Poder Executivo, que tem o dever de assegurar os direitos aos cidadãos. Assim, o Poder Judiciário, tem de se conscientizar, por meio dos juízes, de que os direitos são das partes, e o que deve orientar a prestação jurisdicional são os argumentos juntados aos autos do processo, e o que deve lhes orientar são as leis, e não suas íntimas convicções ou construções baseadas em valores morais, políticos ou econômicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 5 de outubro 1988.

_____. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Senado Federal Presidência. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Código de Processo Civil de 1973. **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l5869.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

_____. Código de Processo Civil de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 585**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270585%27>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 540057/PR**. Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. DJU, Brasília, 28 ago. 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7146075/recurso-especial-resp-540057-pr-2003-0060867-5/inteiro-teor-12863478?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 jun. 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1352497/DF**. Segunda Turma. Rel. Min. Og Fernandes. DJU, Brasília, 14 fev. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202075750&dt_publicacao=14/02/2014>. Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 21315**. Primeira Turma. Rel. Min. Dilva Malerbi. DJe, Brasília, 15 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1543337>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 53227**. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe, Brasília, 30 jun. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/482786550/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-53227-rs-2017-0022974-5/inteiro-teor-482786561?ref=juris-tabs>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 381367/RS**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. DJU, Brasília, 26 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28381367%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z22yzld>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 661256/SC**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJU, Brasília, 28 set. 2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4157562>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 827833/SC**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli. DJU, Brasília, 02 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=827833&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski. DJU, Brasília, 20 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=186&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 41**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJU, Brasília, 17 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=41&classe=ADC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 jun. 2108.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria dos precedentes, decisão judicial, coisa julgada e a antecipação dos efeitos da tutela**. 4. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. **In Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la Legislación y Derecho como Integridad**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

INSTITUTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Quantidade de Normas Editadas no Brasil: 28 Anos da Constituição Federal de 1988**.

Disponível em: <<https://ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/2603/QuantidadeDeNormas201628AnosCRFB/88.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à Lei Básica da Previdência Social**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2001.

MENDES, Gilmar. **Questões Fundamentais de Técnica Legislativa**. Bahia: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - IBDP, 2007.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma Exploração Hermenêutica do Protagonismo Judicial no Processo Jurisdicional Brasileiro**. 2009. 186f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, António Castanheira. Universidade de Coimbra. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. LI, 1975. Disponível em: <https://www.uc.pt/fduc/corpo_docente/galeria_retratos/castanheira_neves/pdf/doutrina_vol_LI_1975.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

_____. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

_____. Metodologia Jurídica. **Problemas fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70076989102. Décima Sétima Câmara Cível. Rel. Giovanni Conti. DJe, 16 mar. 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70076989102&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 20126964420178260000**. Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado. Rel. Maia da Rocha. DJe, 22 mai. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/460794355/andamento-do-processo-n-2012696-4420178260000-agravo-de-instrumento-22-05-2017-do-tjsp?ref=topic_feed>. Acesso em: 06 mai. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração Hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Um encontro de titãs: Kelsen, Hart & Cia analisam acórdão do STJ**. Conjur 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-07/senso-incomum-encontro-titas-kelsen-hart-cia-analisam-acordao-stj>>. Acesso em 22 abr. 2018.

_____. **E os doutores Chicó e João Grilo estão acabando com o artigo 489, §1º do CPC**. Conjur 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-03/senso-incomum-chico-joao-grilo-acabando-artigo-489-cpc>>. Acesso em 22 abr. 2018.

_____. **O rabino Eliezer, os garimpeiros e os juristas**. Conjur 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-02/senso-incomum-rabino-eliezer-garimpeiros-aplicados-direito>>. Acesso em 25 abr. 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto, OLIVEIRA, Fernanda Alvin Ribeiro de, REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. **Primeiras Lições Sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.