

# COMO OPERAR — E ENSINAR — O DIREITO QUANDO “DIREITO É O QUE O TRIBUNAL DIZ QUE É”: DIÁLOGO COM HART E A TÓPICA JURÍDICA

HOW TO TEACH AND WORK WITH LAW WHEN “THE LAW IS WHAT THE COURTS SAY IT IS”: DIALOGUE WITH HART AND THE LEGAL TOPICS

*Paulo Moreira*

**RESUMO:** Este artigo aborda uma teoria da interpretação jurídica ainda comum à nossa época, especificamente na forma deduzida por Hart em *The Concept of Law*, que pretende descrever o processo decisório como adstrito às interpretações possíveis, do ponto de vista da lógica formal, do texto legal. Através da leitura da própria obra hartiana — e do seu cotejo com a jurisprudência concreta de tribunais superiores —, chega-se à conclusão da sua inadequação enquanto uma teoria que represente de maneira fiel o processo adjudicatório contemporâneo. O autor apresenta a “tópica” do juiz alemão Theodor Viehweg como uma alternativa que representa mais fielmente aquele processo — o qual passa a descrever como orientado a uma concatenação assistemática de argumentos “tópicos” (ou argumentos *latissimo sensu*) e a um tratamento casuístico do problema concreto na busca da “justiça do caso”. Aponta então alguns aspectos que essa realidade jurídica acaba por impingir àquele que opera e àquele que ensina o Direito hoje, reverberando as teses sobre a prática e o ensino jurídicos expendidas pelos professores Karl Llewellyn (Universidade de Columbia — CU) e Reinaldo de Lima Lopes (Universidade de São Paulo — USP).

**Palavras-chave:** Herbert Hart; Theodor Viehweg; tópica; positivismo jurídico.

**ABSTRACT:** This paper addresses a theory of legal reasoning still common in our age, specifically in the form brought forward by Hart in *The Concept of Law*, which pretends to describe judicial interpretation as being confined to the plain meaning of legal rules as put forward by formal logic. Through the reading of Hart’s work, and a comparison between what we find in it and the case law of our highest courts, we conclude that his theory does not do justice to today’s adjudication. The author presents German judge Theodor Viehweg’s “topics” as an alternative capable of representing that process in a fitter manner — a process which is hereafter described as being oriented towards an

unsystematic concatenation of “topic” arguments (or *latissimo sensu* arguments) and an individualized consideration of the issue at hand aimed at realizing the “case justice”. Some aspects of this reality relevant to both jurists and Law professors are then brought to light, echoing professor Karl Llewellyn’s (Columbia University — CU) and Reinaldo de Lima Lopes’ (São Paulo University — USP) theses on teaching and working with Law.

**Keywords:** Herbert Hart; Theodor Viehweg; topics; legal positivism.

## 1. INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo carece de uma especificação ôntica. Sua abordagem será, nos termos comuns à filosofia do Direito, *descritiva*; nele não se poderão encontrar juízos de valor sobre o estado atual da metodologia jurídica, nem sobre eventuais alternativas à adjudicação — é dizer, à maneira pela qual os juízes chegam às suas decisões, nos casos concretos — como nos é posta hoje. Antes de teoria *valorativa*, que busque “justificar” a jurisprudência de nossa época tal como se nos é posta (ou, ao contrário, criticá-la, tendo-a como “injusta” ou “infel” ao “real caráter do Direito”); antes ainda de uma teoria positivista, com os julgamentos e concepções sobre o Direito que lhes são respectivamente típicos, será de todo em todo radicalmente realista, e empregará a alegoria de Hart do “jogo de ‘obedeça o árbitro’”<sup>1</sup> para o fim de desnudar o estado atual daquela jurisprudência, e entender com maior propriedade os desafios que ela nos impinge.

Será notado, todavia, que Hart chegou a uma conclusão muito mais modesta ao cotejar a prática jurídica de seu tempo com o cenário hipotético do “jogo”. Assim, será necessário, para o nosso empreendimento, apontar certos erros na ideia do gigante jurista britânico, e avançar mais além. Sentados sobre os seus ombros, porém, veremos ao horizonte um cenário muito mais caótico e desesperançoso. O esforço despendido neste artigo deverá acabar por mostrar qual conclusão verdadeiramente decorre das premissas delineadas por Hart, e, no processo, por quebrantar as falsas fachadas de normalidade ou regularidade no processo decisório judicial contemporâneo. Apenas assim, confrontados com a realidade do Direito hodierno, e não mais com uma sua falsa efígie, poderemos defender apropriadamente nossa contenda de que, dentro daquele processo, as normas gerais de nosso ordenamento jurídico importam “apenas na medida em que elas nos ajudam a prever o que os juízes farão. De nada importam para além disso, senão como meros brinquedos”<sup>2</sup>. A isso se seguirá a apresentação de nossa tese central de que a prática jurídica é melhor compreendida como um esforço de conhecimento de *topoi*<sup>3</sup> ou argumentos *latissimo sensu*, e de previsão de como os conflitos entre esses argumentos serão resolvidos durante o processo decisório dos juízes, diante da falta de um método apriorístico que os regule. Nesse processo, assume particular importância o estudo da casuística,

---

original em inglês “the game of ‘scorer’s discretion”.

2 LLEWELLYN, Karl N. **The bramble bush**. 2. ed. New York: Oceana, 1951. p. 9. Tradução nossa do original em inglês “rules are important so far as they help you to predict what judges will do. That is all their importance except as pretty playthings.”

3 No sentido empregado por Viehweg na sua “Topik und Jurisprudenz”; cf. VIEHWEG, Theodor. **Topik und jurisprudenz**. München: Beck, 1953.

e de argumentos cuja propriedade ao discurso jurídico é amiúde rejeitada pela ciência tradicional do Direito.

Por fim, e em conexão com as conclusões a que teremos chegado até então, defenderemos um ensino do Direito mais condizente com aquilo que, antes de nós, chamou o professor Reinaldo Lopes, da USP, de “deslocamento [...] de uma teoria das *normas* para uma teoria da *decisão*”<sup>4</sup>, como o único capaz de, em referência à analogia de Veach<sup>5</sup>, ensinar-nos como pilotar o carro, ao invés de somente nos repetir as regras abstratas constantes do manual de direção.

## 2. HART: PANO DE FUNDO JUSTEORÉTICO E CRÍTICA AO “CETICISMO POSITIVO-NORMATIVO”

Herbert L. A. Hart, no capítulo VII de seu *The Concept of Law*, empreende um ataque contra o que chama de *rule-scepticism*, ou o ceticismo para com as regras positivadas em um ordenamento jurídico. Este ceticismo positivo-normativo consistiria na crença de que não há um limite aprioristicamente dado pelas leis à interpretação judicial; aqueles que são, nesse sentido, céticos, negam que os juízes se limitem, no processo pelo qual chegam ao direito aplicável aos casos concretos (o processo decisório), ao mero campo das diferentes interpretações cabíveis — do ponto de vista lógico-formal — do texto da lei; isto é, ao campo do que Hart chama de “textura aberta”.

A visão justeorética do autor britânico, no que diz respeito à interpretação judicial, é pautada pela ideia da textura aberta: a ambiguidade ou indeterminação de conteúdo que é inerente à maioria das leis. Trata-se de uma “característica geral da linguagem humana; indeterminação é o preço a ser pago pelo uso de termos gerais em qualquer forma de comunicação”<sup>6</sup>. E assim é, em termos diretos, porque “somos homens, e não deuses”; incapazes, como somos, de prever minuciosamente todas as situações futuras, que nossas normas gerais haverão de reger; incapazes ainda de levar em conta todos os “interesses”<sup>7</sup> que entrarão em conflito quando desta subsunção futura do fato à norma; é, de fato, de se aprovar o emprego de termos gerais e abstratos na linguagem da lei. Por esse motivo é que “não deveríamos desejar, nem mesmo como um ideal”, um direito constituído de leis que fossem sempre

4 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Entre a teoria da norma e a teoria da ação**. p. 43. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Orgs.). **Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito**. Porto Alegre: Linus, 2009. p. 43-78. Grifos nossos.

5 Vide VEACH apud LOPES, op. cit., p. 51.

6 HART, op. cit., p. 128, tradução nossa.

7 HART, op. cit., p. 129, tradução nossa.

aplicáveis em adiantado, como que mecanicamente, aos casos concretos. Mais salutar é que possamos fazer sempre “uma escolha fresca entre alternativas abertas”<sup>8</sup>.

Ao fim e ao cabo, na teoria hartiana, o juiz parte da moldura lógico-formal que lhe é dada aprioristicamente pelo texto da norma geral aplicável ao caso concreto. Sua carta de alforria, é a abertura da linguagem que permite-o exercer a — agora legitimada — discricção judicial; é também, sem embargo, sua corrente, na medida em que apenas dentro deste campo pode tal discricção ser exercida. O mesmo desenho metodológico encontramos — com as ressalvas que faremos logo a seguir — em Kelsen<sup>9</sup>, quando vê este nas normas gerais o caráter de um quadro (*Rahmen*) a ser preenchido pelo julgador, dentro das hipóteses de sentido que sejam logico-formalmente possíveis<sup>10</sup>: assim, se uma norma incrimina a conduta, como no caso do artigo 268 de nosso Código Penal, de “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, caberia ao tribunal determinar que é uma “determinação”, e quem é o “poder público”; e decidiria o tribunal com igual correção se decidisse, por uma, que “determinações” são o texto constitucional e as leis estritas, e “poder público” é apenas a União, ou, se, por outra, decidisse que “determinações” são apenas os decretos e os atos administrativos, e que o “poder público” inclui os estados federados e os municípios. O mesmo haveria de ser feito com os demais termos presentes na referida norma incriminadora. Aqui vemos, na máxima clareza, como convivem no seio da lógica formal, paradoxalmente, a mais impávida tirania, e a mais cega imprecisão conceituais, para os fins da ciência jurídica. É decerto este o maior motivo pelo qual de tão escassos préstimos nos é a teoria da interpretação jurídica de Kelsen<sup>11</sup>.

Voltando a Hart, certamente há o que se apontar de diferente entre a sua teoria e a kelseniana. Crê Kelsen que, dentre as hipóteses de sentido igualmente possíveis, não haja uma, ou umas, que seja(m) “mais certa(s)” do que a(s) outra(s): “é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”<sup>12</sup>. O papel do juiz é o de escolher uma interpretação, dentre todas as possíveis, mediante um ato de *vontade*<sup>13</sup> (*Willensakt*) — é dizer, da maneira que quiser. Daí ser adequado ao caso o exem-

8 HART, op. cit., p. 128, tradução nossa.

9 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

10 Ibidem, p. 247.

11 Neste sentido, vide LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 108; e demais bibliografia crítica ali mencionada.

12 KELSEN, op. cit., p. 247.

13 KELSEN, op. cit., p. 249.

plo do artigo 268 de nosso *Strafgesetzbuch*. Não se pode com igual facilidade dizer o mesmo de Hart.

Conquanto não encontremos sua teoria da interpretação tão minuciosamente bem exposta como a de Kelsen<sup>14</sup>, lemos em Hart que o julgador leva em conta outros fatores quando escolhe dentre as diferentes hipóteses de sentido decorrentes da lógica formal aplicáveis à norma: em vez da vontade, aplica aqui o juiz “um esforço de pesquisa imparcial e neutro sobre as alternativas disponíveis”, “consideração a respeito dos interesses que têm todos os que serão afetados pela decisão” e “um ativo esforço em aplicar algum princípio geral aceitável como um fundamento racional para decidir de um jeito e não de outro”<sup>15</sup>. Finalmente, “deve” [!] ainda decidir de acordo com “suas próprias crenças e valores”<sup>16</sup>.

Por mais inovadoras que sejam estas excêntricas adições, ao fim, fica ainda o juiz confinado ao “núcleo de sentido aprioristicamente dado”<sup>17</sup> — é dizer, ao quadro ou moldura (*Rahmen*). Aclarado o pano de fundo justeorético do professor de Oxford, devemos agora voltar aos “céticos” vergastados por ele.

São céticos, portanto, aqueles que, discordando de Hart, afirmam que os juízes *não* se prendem, no seu ofício, a este estrito campo linguístico logicamente permitido. Podem afirmar, como Karl Llewellyn<sup>18</sup>, que age errado o jurista que se contenta com como os juízes *dizem* decidir; é antes com como efetivamente *agem* que deve o correto operador do Direito se preocupar. A perscrutação das maneiras de como influenciar esse agir, e de como se planejar em referência às suas ações, é que precisa “constituir o ‘direito’ que se deve estudar”. Familiarizando-se com a casuística, com as atitudes reais dos tribunais, e tornando-as “parte do seu ambiente, uma condição do seu viver — como o uso do dinheiro”<sup>19</sup> é que melhor servirá-se a si, e aos seus clientes. “E as regras” — as leis — “dentro disso tudo, são importantes apenas na medida em que elas nos ajudam a prever o que os juízes farão. De nada importam para além disso, senão como meros brinquedos”<sup>20</sup>. É essa a essência do ceticismo positivo-normativo; seu corolário vemos no aforismo de Hoadly — “Em verdade, é aquele que tem a autoridade absoluta de interpretar qualquer lei, escrita ou falada, quem é *o real legislador* para todos os propósitos, e não aquele que primeiro

14 Que tenha Hart dito pouco demais sobre o problema da metodologia do processo decisório aquiesce-o ele próprio, nas suas notas postumamente publicadas; vide HART, op. cit., p. 259.

15 HART, op. cit., p. 205, tradução nossa.

16 HART, op. cit., p. 273, tradução nossa.

17 HART, op. cit., p. 144. Tradução nossa do original em inglês “core of settled meaning”.

18 LLEWELLYN, op. cit., p. 9.

19 LLEWELLYN, op. cit., p. 8, tradução nossa.

20 LLEWELLYN, op. cit., p. 9, tradução nossa.

a escreveu ou ditou”<sup>21</sup> —, bem como nas famosas “treze palavras” de Llewellyn: “direito é seja lá o que [os] oficiais façam a respeito das lides”<sup>22</sup>.

### 3. A ALEGORIA DO “JOGO DE ‘OBEDEÇA O ÁRBITRO’”

É-nos agora claro que (e por que) Hart não admitiria reconhecer um tão tímido papel, dentro do Direito em seu todo, para o texto das leis. E é justamente no empreendimento de mostrar-nos como os limites textuais das nossas normas gerais têm — crê-o ele — um papel central dentro da ciência jurídica que Hart cria a alegoria do *scorer’s game*, que passaremos a destrinçar.

Hart aduz que muitos jogos competitivos são jogados sem a figura de um árbitro. Apesar dos interesses conflitantes dos jogadores competindo, esses competidores podem — e amiúde assim fazem — aplicar por si próprios as regras gerais do jogo em questão aos casos particulares que demandem a sua aplicação, sem maiores problemas. Um julgamento feito, nesses moldes, por um jogador de algum tal jogo, a respeito da subsunção (ou não) de uma situação concreta com a qual se tenha deparado a alguma das regras daquele jogo é, se esse jogador estiver sendo honesto, sempre uma tentativa de subsumir o “fato” da jogada realizada à “norma” coletivamente aceita como cogente naquele jogo.

Contudo, a maturação deste sistema de regras consuetudinário e dependente do acordo comum, e a sua transmutação para um que poderíamos mais tranquilamente chamar de um “sistema jurídico”, acaba por requerer, para poder ser cogente, a instituição de regras que determinem quais regras são definitivas e irrecorríveis dentro do sistema legal, e qual autoridade está incumbida de proferi-las, efetivamente pondo fim ao processo nomogênico e “dando a última palavra” dentro do sistema. É assim que torna-se correto dizer que age juridicamente aquele que se comporta da maneira prescrita por aquela última autoridade, incumbida de dar a última palavra em qualquer matéria de direito. Voltando ao exemplo de um jogo, “é *nesse* sentido que é verdade que, para os propósitos do jogo, ‘o placar é o que o árbitro diz que é’”<sup>23</sup>.

Mas decerto há um detalhe essencial nisso que não pode ser ignorado: à exatidão da “sentença” do árbitro precede uma norma geral, que lhe é dada aprioristicamente para a aplicação, e que não é alterada pela exatidão do seu julgamento. É em virtude disso que entendemos errado a frase “o placar é o que o árbitro diz que

21 HOADLY apud GRAY, op. cit., p. 102. Tradução nossa, grifo nosso.

22 LLEWELLYN, op. cit., p. 9. Tradução nossa do original em inglês “what these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.”

23 HART, op. cit., p. 142, tradução nossa, grifo do autor.

é” se dela deduzirmos que não existem outras regras além daquelas que o árbitro manda observar. Um jogo cuja única regra fosse a de que devemos obedecer o árbitro pode até existir, e jogá-lo poderia até ser divertido; ele seria inobstante um jogo diferente, que poderíamos bem chamar de “jogo de ‘obedeça o árbitro’”<sup>24</sup>.

Hart lista alguns fatores que enxerga como evidências de que o árbitro (o juiz, ou, em um último momento, o tribunal) se obriga a observar as regras do jogo (as normas gerais do ordenamento). Diz ele que é “o dever” do árbitro “aplicá-las ao máximo de sua habilidade”, e que o árbitro, “se for probo com os seus deveres”, observa sempre as regras do jogo quando julga os fatos<sup>25</sup>. Aduz ainda que os juízes são partes de um sistema cujas regras têm conteúdo suficientemente determinado para serem capazes de prover *standards* de como se julgar “corretamente”, e que estes parâmetros são entendidos por eles como algo que não podem ignorar — todo magistrado, ao ser empossado no seu ofício, assim como qualquer árbitro empossado no seu, encontra uma regra como a de que “o que a Constituição determina é direito” preestabelecida como uma tradição e já aceita como o parâmetro de conduta para aquele que exerce o ofício judicante<sup>26</sup>. É esse pretense respeito apriorístico pelas regras, que servem como parâmetros de como se julgar corretamente, que faz com que esforços de previsão a respeito de como um determinado conflito será resolvido pelo tribunal apropriado sejam “no mais dos casos [...] como a previsão, que podemos fazer, de que jogadores de xadrez moverão o bispo na diagonal”<sup>27</sup>.

Mas, claramente, não é assim que o processo decisório funciona na realidade contemporânea.

Como lograria Hart explicar para o cidadão, ou para o jurista que, esperando o tribunal “mover o bispo na diagonal” em relação ao artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal — “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” —, depara-se com a jurisprudência que cancelava a execução da pena após a segunda instância, antes do trânsito em julgado?<sup>28</sup> Que dizer quando o tribunal descarta a pena cominada para o delito do artigo 273, §1º-B, I, do *StGB* (10 a 15 anos de reclusão), por desrespeito ao chamado “princípio da proporcionalidade” — princípio este que sequer consta de nosso texto legal

24 HART, op. cit., p. 142.

25 HART, op. cit., p. 142-143, tradução nossa.

26 HART, op. cit., p. 145.

27 HART, op. cit., p. 147, tradução nossa.

28 *Leading case* Recurso de *Habeas Corpus* 126.292/SP.



—, decretando que seja aplicada em seu lugar a pena prevista na redação original<sup>29</sup>, de 1940, do artigo 273 (1 a 3 anos)?<sup>30</sup> Como explicar decisões tão louváveis — mas que, sem embargo, não se apoiam no texto da lei — como a que estendeu a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei n.º 7.716/89) à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, frente à vedação contida no artigo 5.º, inciso XXXIX, da *Grundgesetz*, e no artigo 1.º do Código Penal — “não há crime sem lei anterior que o defina [...]”?<sup>31</sup>

Decisões deste tipo, que a cada década mais sobejam, não têm e nem podem ter como seu fundamento uma teoria jurídica onde a interpretação gramatical imponha-lhes intranspassável rubicão, sob o signo invencível da lógica formal. Requerem antes um pano de fundo que legitime-as a ir mais além — em outras palavras, que chame um “desenvolvimento do direito transcendente à lei” (*Rechtsfortbildung über den Plan des Gesetzes hinaus*)<sup>32</sup> —; que se sirva assim a fundamentar, nas palavras de um ministro da Suprema Corte, uma interpretação como “[atividade] construtiva, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que *ultrapassam sua dicção expressa*”<sup>33</sup>; e que não negue à jurisprudência o seu papel, nos termos do ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão, como “[não tanto] um jogo de miçangas lógico, mas antes uma acção finalista, dirigida a um resultado

29 O fundamento para a atribuição da pena prevista na redação original do artigo 273, especificamente, foi suposto “efeito repristinatório” que estaria ali a lhe devolver a vigência. Vide Recurso Extraordinário 979.962/RS. Nosso direito, contudo, não adotou esse instituto (a chamada “repristinação automática”); pelo contrário, repeliu-o expressamente (artigo 2.º, § 3º, do Decreto-lei 4.657/42).

30 Vide Recurso Extraordinário 979.962/RS.

31 Vide Mandado de Injunção 4.733/DF. Sobre a correlacionada ADO 26, cf. SOUZA, Luciano Pereira de; CALIXTO, Renata Rocha Gircis. **A criminalização da homofobia pelo STF: interpretação extensiva ou analogia em desfavor do réu**. *Unisanta Law and Social Science*, [S.l.], v. 9. n. 1. p. 65-89, 2020.

32 Vide LARENZ, op. cit., p. 588 et seq.

33 Vide BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 322. Grifo nosso. Cf. Recurso de *Habeas Corpus* 126.292/SP, p. 50; de se notar contudo, poucas linhas depois, a observação: “dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo” [grifo nosso]. No mesmo sentido, encontramos na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, p. 97, que: “a primeira premissa da nossa discussão é que não se trata aqui de uma discussão sobre interpretação gramatical ou literal”. Contudo, mais uma vez, poucas linhas depois: “mas, na terminologia que se tornou clássica, existe uma moldura dentro da qual o intérprete pode e deve fazer escolhas”. A contradição não deve nos surpreender — qualquer método ou filosofia judicial pode ser apresentada como “mera racionalização da decisão que tomou [o juiz] por outras razões” (BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12. n. 96. p. 23, 2010). Cf. POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University, 2008. p. 13; LARENZ, op. cit., p. 492. Prestemos, afinal, reverência à advertência de Llewellyn, e atentemo-nos a como *agem* os juízes, e não a como *dizem* agir.

racional, correspondente à justiça”, que não pode reservar-se à “vinculação à lei” em medida que “queira saber realizado na dependência lógico-formal da lei mesmo até algo de irracional”<sup>34</sup>.

Assiste razão a Hart quando expõe a atividade decisória, na sua prática real, como orientada aos interesses em jogo e a princípios gerais de justiça — quiçá mesmo quando legitima a remição do juiz às suas “crenças e valores”. O que não podemos aceitar é que, diante dos fatos, se defenda ainda que essa atividade se dá nos limites estritos do texto legislativo que precede ao intérprete. As admoestações metodológicas que até hoje tentaram circunscrever o campo da atividade adjudicatória a estas divisas textuais não lograram sucesso — nem mesmo quando ampliavam os limites do lícito até as “fronteiras discutíveis”<sup>35</sup> do sentido do texto —, como vimos nos exemplos acima. O juiz espera, na medida do possível, decidir os casos de maneira “justa”; e amiúde encontrará mesmo a solução mais justa no corpo do direito positivado. Isso pode se dar porque a lei, de que nesse momento ele se valerá, resultou de longa discussão filosófica entre os legisladores, e entre os antepassados destes, remontando o debate por vezes aos próprios legisladores romanos. Em outros casos, o mesmo terá lugar por não haver realmente uma resposta mais justa dentre as que poderia aplicar ao caso, mas apenas uma mais conveniente, cuja aplicação ao caso concreto é em si mesma uma expressão de justiça: assim, por exemplo, não é “justo” que um contrato exija a presença de exatamente duas testemunhas para tornar-se título executivo extrajudicial<sup>36</sup>, ou que o prazo para o réu apresentar a sua contestação (no processo civil) seja exatamente de quinze dias<sup>37</sup>; mas é “justo” que o devedor em mora, que consta do contrato, só possa ter um processo de execução movido diretamente contra si se o contrato tiver sido assinado por (no mínimo) duas testemunhas; assim como é “justo” que o autor possa apontar a intempestividade da contestação do réu, se tiver sido apresentada no décimo sexto dia. Nesse processo de achamento do direito justo, o julgador fará comumente uso das opiniões da dogmática (ou doutrina), que, condensando a discussão filosófica relativa ao caso, otimizará o tempo do magistrado, poupando-o de “rediscutir o todo” em todo e cada caso<sup>38</sup>. Alguma atenção dará também aos precedentes, mormente por deferência ao mesmo imperativo moral de que decorre o princípio da vinculação à

34 HEUSINGER apud LARENZ, op. cit., p. 492.

35 Cf. HART, op. cit., p. 145, tradução nossa.

36 Artigo 784, inciso III, do Código de Processo Civil.

37 Artigo 335 do Código de Processo Civil.

38 ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Lima: Palestra, 2007. p. 369-370, tradução nossa. Alexy chama esta função da dogmática de sua “função de descarga”.

lei, que é a exigência de dispensar tratamento igual aos casos essencialmente iguais — o princípio da regularidade de Pawlowski<sup>39</sup>, do *suum cuique* de Engisch<sup>40</sup>, ou, simplesmente, o princípio da segurança jurídica.

Mas, em diversos outros casos, verá-se o juiz frustrado em sua tarefa. Nesses momentos, como põe Karl Larenz<sup>41</sup>, se perguntará “se nas premissas por ele aceites não se terá acoitado algures um erro, e encontrará, regra geral, uma melhor via. Debruçará mesmo a sua atenção para um ‘desenvolvimento judicial do Direito transcendente à lei’”. Em caso de conflito, sempre possível, entre a “fidelidade à lei, que lhe está preceituada, e a justiça do caso, por ele buscada”, o juiz em último termo “[só] pode decidir segundo a sua própria consciência”<sup>42</sup>. Em qualquer hipótese, como reconhecerá mesmo o mais impávido positivista, sua decisão criará sempre direito<sup>43</sup>.

Conseguimos agora finalmente ver como nossa jurisprudência se amolda, *a contrario sensu*, ao “jogo de ‘obedeça o árbitro’” de Hart. Só nos é possível distinguir um jogo normal de um jogo de “obedeça o árbitro”, aduz ele, porque as regras dos jogos têm um “núcleo de sentido aprioristicamente dado”, do qual o árbitro não pode sair<sup>44</sup>. É verdade que, até um certo ponto, “o fato de que certos julgamentos dispensados por um árbitro são claramente errados” — isto é, que saem do campo do sentido logicamente permitido pelo texto da norma — “não é inconsistente com a continuação do jogo: [...] mas há um limite para o quanto a tolerância para com esses julgamentos errados é compatível com a existência continuada desse mesmo jogo”. Se esses conflitos são frequentes, ou se o árbitro repudia as regras do jogo, então

deve haver um ponto a partir do qual [...] o jogo mudou. Já não é mais críquete, ou beisebol, mas ‘obedeça o árbitro’; pois uma característica essencial daqueles jogos é que, em geral, seus resultados devem ser definidos da maneira exigida pela letra das regras — inobstante o grau de textura aberta que deixem para o árbitro<sup>45</sup>.

Conclui, em seguida, que “em algum cenário, nós deveríamos mesmo dizer que, em verdade, estamos jogando ‘obedeça o árbitro’”; mas que apesar de essa

39 PAWLOWSKI apud LARENZ, op. cit., p. 224.

40 ENGISCH apud LARENZ, op. cit., p. 248.

41 LARENZ, op. cit., p. 493.

42 LARENZ, op. cit., p. 494.

43 Vide KELSEN, op. cit., p. 250.

44 Vide nota 17 supra.

45 HART, op. cit., p. 144-145, tradução nossa.

possibilidade existir, não é esse hoje o caso<sup>46</sup>. Disto ousamos discordar. Uma das consequências — vaticina-o o próprio Hart — da realização do cenário do “jogo de ‘obedeça o árbitro’” na nossa realidade seria a de que finalmente “a regra ‘o placar é o que o árbitro diz que é’ tornaria-se ela própria a regra do jogo”<sup>47</sup>. Com efeito, hoje é lugar-comum a frase, ecoada mesmo pelo ex-presidente da Suprema Corte, Luiz Fux: *direito é o que o tribunal diz que é*.

### 3.1. A ATIVIDADE JURÍDICA COMO UMA ATIVIDADE PREDITIVA

A bancarrota fática de todos os empreendimentos metódicos que tentaram descrever a atividade decisória dos magistrados como vinculada às possibilidades de sentido dadas pelo texto das normas gerais sob a bitola da lógica formal tem, necessariamente, de desaguar em uma certa conclusão, a qual poderemos também retirar do próprio *The Concept of Law*, a contrario sensu.

Hart critica aqueles que, como Llewellyn<sup>48</sup>, defendem uma concepção da atividade dos juristas como uma atividade preditiva: isto é, uma atividade de previsão de como as lides hão de, em último momento, ser resolvidas pelo Estado-juiz. Valendo-se ainda do exemplo do “jogo de ‘obedeça o árbitro’”, aduz que o jogador comum de um jogo, ao analisar um julgamento dispensado pelo árbitro pertinente, não tenta apenas prever, com maior ou menor certeza, qual será a decisão proferida por este<sup>49</sup>. Na verdade, o jogador, ao realizar um juízo próprio sobre qual seria a decisão correta a ser prolatada no caso concreto, toma a regra do jogo aplicável a esse caso como o parâmetro, e a sua aplicação como um ideal a ser perseguido; e então desempenha um cotejo entre a regra aplicável e o caso concreto — uma *subsunção*.

Mas vai Hart mais além. Entende, valendo-se das ilusões que expomos na seção 3, que “assim procede também o próprio árbitro, se for probo com os seus deveres”. A única diferença, para o teórico anglo-saxão, entre o julgamento do árbitro e o juízo do jogador comum é que este último é “uma aplicação não oficial da regra do jogo” que “não realmente importa para o cômputo do placar”; ao passo que o primeiro é “[o juízo] autoritativo e final”<sup>50</sup>. Ao fim e ao cabo, é sempre a textualidade das normas o “parâmetro de correção adotado tanto pelo jogador [...]

46 HART, op. cit., p. 145-146, tradução nossa.

47 HART, op. cit., p. 144, tradução nossa.

48 Vide nota <sup>2</sup> supra.

49 HART, op. cit., p. 143.

50 HART, op. cit., p. 143, tradução nossa.

quanto pelo árbitro”; em virtude disso é que nega em grande medida propriedade à concepção preditiva da atividade jurídica<sup>51</sup>.

A compreensão perfilhada por Hart seria inatacável se as premissas expostas por ele fossem verdadeiras. Mas como seria ela diferente, se apenas não assistisse tanta razão a essas premissas? A resposta dá-nos o próprio Hart:

é importante observar que, se o jogo sendo jogado fosse o ‘jogo de obediência o árbitro’, a relação entre os juízos oficiais e os não oficiais seria necessariamente diferente: os juízos dos jogadores não apenas *seriam* um esforço de previsão sobre os julgamentos dos árbitros, como sequer *poderiam* não sê-lo<sup>52</sup>.

Para Hart, contudo, não era essa ainda a nossa realidade, como expomos no final da seção 3<sup>53</sup>.

Se entendemos, contudo, que já vivemos no cenário do “jogo de ‘obedeça o árbitro’” — no cenário onde “direito é o que o tribunal diz que é” —, então Hart, antes de enfraquecer a nossa postulação de que a atividade do profissional do direito é melhor entendida como uma atividade preditiva, fortalece-a. Mas se o jurista compreende-se melhor a si mesmo e à própria atividade como um esforço preditivo, resta perguntar: que há a ser previsto pelo operador do Direito? Em outras palavras — se não da lógica formal, de onde extraem os juízes as suas decisões?

Mostram-se falhas as tentativas de reduzir a atividade judicial a qualquer configuração de “cânones da interpretação”, seja em quantos números e em qual hierarquia forem propostos<sup>54</sup>. Do mesmo modo são amiúde ignorados os critérios de interpretação contidos no direito positivado — mormente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. É contumaz a inversão da ordem das fontes do direito, das quais deveria o juiz extrair a decisão adequada ao caso concreto: a lei, em primeiro lugar, em sentido amplo, seguida (se omissa a lei) pela analogia, pelos costumes, e pelos princípios gerais de direito (artigo 4.º). É hoje lugar-comum que

51 HART, op. cit., p. 144, tradução nossa. A exceção a essa impropriedade podemos ver em HART, op. cit., p. 146-147.

52 HART, op. cit., p. 143-144, tradução nossa, grifos do autor.

53 Neste sentido, obtempera de novo: “mas em um jogo ordinário, a regra ‘o placar é o que o árbitro diz que é’ não é a regra do jogo”. Vide HART, op. cit., p. 144, tradução nossa.

54 Observa Alexy o seguinte: “mas até mesmo o número [dos cânones] é alvo de discussão. Assim, Savigny diferencia entre o cânone gramatical, lógico, histórico e o sistemático. Segundo Larenz, são já eles cinco [...] Wolff, para dar outro exemplo, conhece a interpretação filosófica, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética e teleológica. Mais importante ainda que o problema do número dos cânones é o da sua ordenação hierárquica.” Outrossim, “só podem eles serem considerados adequados para erigir com segurança um resultado”, em desfavor de outros, “se for possível estabelecer critérios estritos para a sua ordenação hierárquica. Isto, inobstante, não foi logrado até hoje”. Cf. ALEXY, op. cit., p. 29, tradução nossa. No mesmo sentido vem LARENZ, op. cit., p. 480.

venha um princípio geral de direito a tomar precedência à própria lei; para esse expediente invoca-se mesmo a regra contida na mesma legislação introdutória, que exige do julgador, quando aplicar a lei, o atendimento dos “fins sociais da norma” e das “exigências do bem comum” (artigo 5.º).

Separado, mas relacionado, é o problema da conjugação entre os “princípios” e as “regras” jurídicas. Consagrou-se entre nós a postulação de que a diferença principal, senão única, entre esses institutos é a seguinte. As regras jurídicas regem os fatos sociais a que se subsumam de maneira a exigir que *sejam aplicadas* ou que *não sejam aplicadas*; a isto chamou Dworkin a dimensão de *validade* das regras<sup>55</sup>. Os princípios jurídicos, por outro lado, são suscetíveis de *aplicação maior* ou *menor* — têm para Dworkin uma dimensão de *peso* —; são assim mandados de otimização, que determinam a sua própria aplicação “no maior grau possível”<sup>56</sup>. Contudo, observou já Hart, em sua época, a impropriedade também desta análise; por isso via “nenhuma razão para aceitar [...] este claro contraste entre regras e princípios jurídicos”<sup>57</sup> — apontando, para o fim de demonstrar essa impropriedade, o exemplo de *Riggs vs. Palmer*, onde tomou precedência o princípio geral *volenti non fit iniuria*<sup>58</sup> em detrimento das regras (claramente vigentes e aplicáveis ao caso) que permitiriam a Elmer Palmer herdar o espólio de seu avô, a quem houvera assassinado. Conclui assim, acertadamente, tratar-se o problema de uma mera questão de “gradação” — isto é, de que “grau” de importância há de se atribuir à regra e ao princípio (ou princípios) aplicável(is) em cada caso concreto. Com isso porém joga-nos de volta aos sargaços da incerteza sobre como hão de ser resolvidos na prática os conflitos entre os dois institutos.

A isso deve ser somado também o problema próprio da definição do que é um princípio ou uma regra a cada caso<sup>59</sup>. Na discussão americana, debateu Dworkin<sup>60</sup> sobre se a primeira emenda daquela Constituição é uma regra ou um princípio. Em acórdão do Supremo Tribunal Federal, já referido anteriormente<sup>61</sup>, não houve acordo sobre se o que se veio a chamar “princípio da presunção de inocência” caracteri-

55 Vide o debate sobre as teorias do jurista americano em DWORKIN apud HART, op. cit., p. 260.

56 Assim disse famosamente Robert Alexy na sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

57 HART, op. cit., p. 261, tradução nossa.

58 HART, op. cit., p. 262. Em nosso direito chamaríamos-lo mais comumente “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, ou “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”.

59 A respeito, ver DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978. p. 27.

60 Vide nota 59 supra.

61 Ação Declaratória de Constitucionalidade 43; vide nota 33 supra.

za mesmo um princípio, ou se é, na verdade, uma regra: no entendimento do ministro Gilmar Mendes, trata-se de uma regra; para o ministro Barroso, caracteriza um princípio; já para a ministra Rosa Weber, é as duas coisas. Em nosso entendimento, sua formulação — “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” — é mesmo a de uma regra precisa, e não a de um princípio ponderável — *se* militar em desfavor de João uma sentença penal condenatória, *então* será ele considerado culpado. Cremos que a interpretação contrária só deve a sua continuada influência sobre as mentes de vários intérpretes em virtude de repetição acrítica pela doutrina; o mesmo há que se dizer aliás do “princípio do concurso público”, “princípio da irreduzibilidade de vencimentos”<sup>62</sup>, “princípio da anterioridade tributária”, entre outros.

Precisamente também a *repetição acrítica pela doutrina*, a que acabamos de aludir, cria outra categoria de argumentos que influem no processo decisório. Assim é que, entre os britânicos, adquiriu validade empírica o princípio da soberania *contínua* do Parlamento, que prega ser vedado àquele órgão limitar o seu próprio poder prospectivamente (como faz a Constituição brasileira, através do instituto das cláusulas pétreas, por exemplo). Como aponta Hart<sup>63</sup>, o referido princípio deve a sua aceitação — e, através dela, sua validade — empírica meramente à doutrina austiniana, tão influente entre os anglo-saxões. Que o Parlamento inglês seja hoje entendido como ilimitável nesse sentido não passa de um fato empírico e contingente.

Através do mesmo mecanismo veio à luz, entre nós, o famigerado “princípio do direito de não produzir prova contra si mesmo”, esgueirando-se por entre tratados doutrinários, muito antes de ser de fato um direito positivado em nosso ordenamento — essa positivação não havia ocorrido pelo menos até 2006<sup>64</sup>. O mesmo precisa ser dito do correlacionado “princípio do direito ao silêncio”, aliás, que tomou prematuramente os contornos de garantia incondicionada de que hoje desfruta, quando ainda o direito infraconstitucional estipulava que o exercício do direito de permanecer calado poderia ser interpretado em prejuízo do réu (artigo 186 do Código de Processo Penal). Em verdade, por descuido do legislador, mesmo hoje a referida garantia deve mais o seu amplo conteúdo à *communis opinio doctorum*; pois, conquanto a alteração trazida pela Lei n.º 10.792/03 tenha adicionado ao artigo 186 salutar disposição, no sentido de não mais poder ser o silêncio do réu inter-

62 Esses últimos exemplos são encontrados em BARROSO, 2015.

63 HART, op. cit., p. 149.

64 Vide MORO, Sergio Fernando. **Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 853. p. 437, 2006. A primeira norma a referenciar tal princípio de que temos notícia foi a chamada “lei de abuso de autoridade” (Lei n.º 13.869/2019), em seu artigo 13, inciso III.

pretado em seu prejuízo (artigo 186, parágrafo único), olvidaram-se sem embargo os congressistas de alterar o artigo 198 do mesmo *codex*, que continua a dispor que o exercício do silêncio pode ser interpretado em prejuízo da defesa<sup>65</sup>. É nesse diapasão que temos hoje, em primeiro, a disposição constitucional, que permite ao réu “permanecer calado”, sem dispor sobre as consequências deste exercício (artigo 5.º, inciso LXIII, da Constituição); em segundo, o artigo 186 da *Strafprozeßordnung*, que prevê o mesmo direito e veda a sua interpretação em prejuízo da defesa; e, em terceiro, o artigo 198 do mesmo código adjetivo, que mais uma vez possibilita ao réu o exercício do mutismo, mas estabelece que *pode* ele constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Todos e cada um dos protoargumentos — chamemo-los assim por ora — acima ilustrados (o problema dos “cânones da interpretação”; a aplicação dos “critérios de interpretação contidos no direito positivado”; a relação entre as “regras” e os “princípios jurídicos”; e as “opiniões acriticamente reproduzidas pela dogmática”) são diuturnamente conjugados, junto com múltiplos outros, pelos julgadores, em um plexo de ideias retoras; do qual pinçam, ora uma, ora outra, para satisfazer a necessidade de fundamentação das decisões proferidas. Dentro desse plexo repousam, em outras palavras, “pontos de vista — tanto os obtidos a partir da lei como os de natureza extrajurídica — que possam ter algum relevo para a solução”; nesses termos descreveu o juiz alemão Theodor Viehweg, em 1953, o procedimento que chamou de “tópica”, em *Topik und Jurisprudenz*<sup>66</sup>.

Na teoria do magistrado teutônico, os juízes procedem a um processo especial de tratamento dos problemas postos antes si, em orientação antes ao problema concreto (e a todos os argumentos, no sentido mais amplo do termo, que tenham de ser ali levados em conta) que ao sistema jurídico ao seu fundo. Partem, com efeito, do problema ao problema; assumem dentro desse procedimento o protagonismo do debate — forçosamente do juiz consigo mesmo — aqueles argumentos, aos quais chama Viehweg por *topoi*; e aos quais poderíamos nós, para fins didáticos e de tradução, chamar *argumentos latissimo sensu*<sup>67</sup>.

65 Referi-me já a este problema em MOREIRA, Paulo. **O direito ao silêncio e o elevado índice de condenação na justiça criminal japonesa**. Unisantia Law and Social Science, [S.l.], v. 7. n. 1. p. 79, 2018.

66 Cf. LARENZ, op. cit., p. 201.

67 Há registro de outras traduções, como a de “lugar comum” em MATTA, José Eduardo Nobre. **O pensamento tópico — a contribuição de Viehweg para a jusfilosofia pós-positivista**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4. n. 15. p. 214, 2001.



Não são poucas as críticas levantadas à “tópica”. Por todas, podemos tomar como exemplo as de Karl Larenz<sup>68</sup>, Robert Alexy<sup>69</sup>, e Manuel Atienza<sup>70</sup>. Conquanto assista-lhes razão, essas críticas direcionam-se de qualquer maneira à tópica enquanto uma filosofia do Direito. Essa não é, contudo, a direção que tomamos neste trabalho. Nosso empreendimento é, como já foi dito, um *descritivo*, e não *valorativo*. É-nos útil o emprego da tópica apenas enquanto ela nos auxilia a expor o estado atual da jurisprudência — mas já não enquanto uma filosofia do Direito que busque o legitimar.

O mesmo há que ser dito da alcunha de “realismo legal”, cuja atribuição ao nosso estudo deve ser desde já rebatida, ou, ao menos, refinada. Pois também o que veio a se chamar de realismo legal pode ser empregado meramente como “uma técnica de busca de tecnologias legais mais efetivas”, em vez de “como uma filosofia”<sup>71</sup>.

Por esses motivos, de pouco nos serve, por exemplo, a advertência de Alexy<sup>72</sup>, sobre ser “totalmente consequente a constatação de Viehweg” de que, na tópica, “a discussão acaba por ser ela mesma a última instância de controle”. Pois conquanto concordemos com a conclusão — e se bem que poderia mesmo ela enfraquecer, ou quiçá inviabilizar a tópica enquanto uma filosofia do Direito —, estamos a usá-la aqui, ao fim e ao cabo, como uma lente mais nítida por meio da qual analisar-se o processo adjudicatório *tal como ele hoje é*. E, de fato, *tal como ele hoje é*, não reclama tal processo uma outra “instância de controle”: seja em virtude do caráter final e autoritativo de que as decisões, em último grau, revestem-se e necessitam revestir-se; seja porque, paralelamente, nenhuma filosofia do Direito logrou, até o presente estágio, impingir uma teoria da interpretação como a única permitida pela razão, a despeito do quão “fechada” ou “aberta” seja. Nada restringe hoje, aprioristicamente, o resultado do processo racional decisório dos juizes — precisamente por isso *direito é o que o tribunal diz que é*. Com isso não se afirma que este seja o estado “ótimo” do Direito, nem que esta seja a “natureza (intrínseca e imutável) da coisa” “Direito”.

Mas voltemos à tópica. Os “pontos de vista” de qualquer natureza, a que chamamos argumentos *latissimo sensu*, e dos quais valem-se os juizes, têm o caráter de enunciados “verossímeis”, “plausíveis”, “tendentes à aceitação” da maioria, ou

68 LARENZ, op. cit., p. 201-204.

69 ALEXY, 2007, p. 52-57.

70 ATIENZA apud MATTA, op. cit., p. 216-217.

71 Cf. o prefácio em LLEWELLYN, op. cit. Entende Llewellyn mesmo que o realismo legal (do qual fora por vezes acusado de ser o principal expoente) “é e sempre foi” apenas uma “técnica de busca de tecnologias legais mais efetivas”, tendo sido *erroneamente tomado* por uma filosofia.

72 ALEXY, op. cit., p. 56.

dos mais sábios — em outras palavras, da *εὐδοξία* grega<sup>73</sup>. Uma listagem de exemplos desses argumentos denuncia rapidamente a sua ampla diversidade: “vinculação do juiz à lei”, “ideia de justiça”, “lacuna da lei”, “silêncio eloquente’ do legislador”, “*ratio legis*”, “vontade do legislador histórico”, “lei especial revoga lei geral”, “interpretação sistemática do direito” — ou qualquer outro “cânone da interpretação” —, “fontes do direito”, e “deferência ao precedente”. Perceba-se também que cada dupla dos argumentos apresentados compreende dois tópicos utilizados mormente para justificar decisões de jaez diametralmente oposto — assim é, por exemplo, com a “*ratio legis*” (ou o sentido normativo da lei) e a “vontade do legislador histórico”; bem como com o “cânone” da “interpretação sistemática do direito” em relação às “leis especiais” ditas “revogadoras das leis gerais”. Organizamo-los assim para demonstrar mais outra característica dos argumentos *latissimo sensu*: a ausência de qualquer relação hierárquica fixa pré-dada entre eles. A lei, nesse diapasão, é apenas mais um tópico, posto que um dos mais “tendentes à aceitação”<sup>74</sup>.

De tudo isso segue-se que qualquer argumento em sentido latíssimo pode ser vencido por qualquer outro. Fizemos já antes referência ao acórdão da Corte Constitucional onde cedeu o tópico “não há crime sem lei anterior que o defina”, inobstante o seu suposto peso dentro do sistema jurídico enquanto princípio, regra constitucional e regra legal infraconstitucional. Cede outrossim com notável frequência o argumento-princípio “o ônus da prova incumbe à acusação” (*in dubio pro reo*), quando, nos crimes contra o patrimônio, há apreensão da *res furtiva* em posse do acusado; prioriza aqui a jurisprudência o argumento “vinculação à lei” (especificamente ao artigo 156 do código processual getulista) para inverter o ônus da prova para o réu, que fica então incumbido de provar a sua própria inocência<sup>75</sup>.

Em referência ao argumento “vinculação à lei”, aliás, tem crescido o interesse dos operadores do Direito por disposições de outro código processual — o civil —, outrora excessivamente ignoradas: os artigos 489, § 1º, inciso VI, e 927, inciso IV, que em efeito positivaram as súmulas (mesmo as não vinculantes) e os precedentes, na medida em que declaram insuficientemente fundamentada qualquer de-

73 Cf. ALEXYS, op. cit., p. 53-55.

74 A esse sentido, STRUCK apud ALEXYS, op. cit., p. 54.

75 Vide STRECK, Lenio Luiz. **A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os tribunais estaduais contra o STF**. Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná, Curitiba, v. 2. n. 3. p. 201-219, dez. 2015. É comum também que ceda o argumento *in dubio pro reo* em favor do argumento *in dubio pro societate*, nos casos em que a *repetição acrítica pela doutrina* o consagrou (mormente no momento da prolação da pronúncia, ou mesmo no do recebimento da denúncia). Sobre a falta de amparo normativo para o “princípio do *in dubio pro societate*”, vide o Recurso Extraordinário com Agravo 1.067.392.

cisão que os não observe, quando forem aplicáveis ao caso decidendo. Em virtude da inovação legislativa<sup>76</sup> têm os juristas logrado influenciar os julgadores a priorizar o argumento “deferência ao precedente”, em medida por vezes comparável a países onde nunca havia sido negada normatividade aos precedentes judiciais, em virtude de serem regidos pela *common law*. O mesmo há que se dizer das súmulas. Por certo podem sempre ainda os juristas, de qualquer modo, e quando for de seu interesse e do de seu cliente, postular ao invés a “vinculação à lei”, remetendo o intérprete às “fontes do direito” — e, implicitamente, à tradicional repulsa da teoria clássica das fontes em reconhecer a doutrina e a jurisprudência como parte integrante destas.

Em defesa da vinculação à lei positiva (em detrimento dos precedentes ou das súmulas), pode-se bem ainda invocar argumentos políticos, como “separação dos poderes”, ou filosóficos, como a “justiça inerente na aplicação da lei”<sup>77</sup> (também formulada como “princípio da regularidade” ou da “segurança jurídica”). Quanto mais se pensa, mais argumentos *latissimo sensu* podem ser recobrados à mente para fundamentar a opinião do intérprete. Apontamos este aspecto dos argumentos com o fito de demonstrar outra de suas características: o número praticamente infinito de tópicos possíveis<sup>78</sup>.

A “tópica” de Viehweg, que, portanto, opera com a figura dos argumentos *latissimo sensu*, como o objeto — ou categoria de objetos — que é de fato central no sentimento dos juízes, atraiu, mormente na Alemanha, um interesse pouco habitual<sup>79</sup>; a despeito de ser alvo de tantos e tão apropriados ataques, se compreendida enquanto uma filosofia do Direito. Obtemperamos que o que ainda a faz tão seduzente é a sua propriedade enquanto uma técnica por meio da qual *descrever*, e não *justificar*. Se é mesmo justo pensarmos na jurisprudência em termos tópicos, então cabem aqui, ao mesmo tempo, um reavivamento e um refinamento daquela ideia de Llewellyn<sup>80</sup>, quando aduzia que devem ser objeto do nosso estudo as ações dos juízes, e não as suas palavras. A advertência do professor, de que o essencial para o jurista é a perscrutação das maneiras de como influenciar aquelas ações, deve

76 Neste sentido vêm por exemplo Didier e Souza, afirmando que “O CPC/2015 inseriu explicita e inequivocamente o precedente judicial na dogmática jurídica processual contemporânea”; cf. DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro**. Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 2. n. 1. p. 119, 2015.

77 No passado invocaram essa característica do valor justiça tanto autores que de fato acreditam nesse valor, e que crêem haver nele algum conteúdo verdadeiramente dado à razão e objetivo — Pawlowski, Engisch, Alexy, Larenz — quanto autores que acreditavam ser ela uma “ideia irracional” e “não [...] sujeita à cognição” — veja-se KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 19-20.

78 Cf. LARENZ, op. cit., p. 203.

79 Neste sentido LARENZ, op. cit., p. 204.

80 LLEWELLYN, op. cit., p. 9.

traduzir-se em um crescente interesse pelos argumentos tópicos. Em verdade, já hoje argumentam os juristas “topicamente”<sup>81</sup>, mediante a suscitação do máximo de argumentos possíveis em favor dos seus clientes; assim, em um caso onde só seria necessário apontar a regra constitucional que dá “por Direito” o bem da vida perseguido pelo seu patrocinado, amiúde vai o patrono mais além, se bem que tal atitude fosse “redundante” de um ponto de vista da ciência tradicional do Direito: invoca ele também leis infraconstitucionais, regulamentos, e mesmo precedentes soltos, que militem a favor do interesse perseguido. Comumente voltará mesmo a sua atenção para argumentos novos, que podem ou não ter natureza jurídica. Nesse processo, tentará prever o valor atribuído pelo tribunal a cada tópico; assume aí a casuística todo aquele central papel que Llewellyn lhe reconhecia, como a bitola por meio da qual faz-se possível calibrar aquela atividade preditiva.

Fazer nascer uma apetência maior dos juristas pela discussão referente ao caso requer um ensino diferente do Direito. É disso que nos ocuparemos na seção 3.2.

### 3.2. TRANSFORMAÇÃO DO ENSINO JURÍDICO — DE TEORIA DAS NORMAS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO

O professor Reinaldo de Lima Lopes, em escrito dado à estampa em 2009, alude a um processo, sendo levado a cabo — crê-o Lopes — nas últimas décadas, de “deslocamento da teoria do direito de uma teoria das normas para uma teoria da decisão”<sup>82</sup>.

Segundo o docente da USP, cada uma dessas “teorias” determina “tanto a maneira como se ensina direito como a maneira de se debaterem questões jurídicas e se tomarem decisões jurídicas na prática, isto é, no mundo não acadêmico, seja pelos profissionais, seja pelos cidadãos comuns”. Ao concentrarmo-nos no que são as normas — antes que no que fazem os juristas com estas — concluiremos, primeiro, que o direito é uma “coisa”, [...] talvez mesmo um texto”; segundo, que o jurista “parece exercer a atividade de descrever ou *falar* sobre os textos (as proposições jurídicas)”. Contudo, se, diferentemente, tomamos como ponto de partida uma “teoria da decisão”, então “chamamos a atenção para o que *fazem* os juristas, e, portanto, teremos do direito a impressão de que se trata de um fazer, na minha opinião num deliberar sobre as ações a partir das regras jurídicas”<sup>83</sup>.

81 Concorde LARENZ, op. cit., p. 204; posto que sua concordância seja muito condicionada.

82 LOPES, op. cit., p. 43.

83 LOPES, op. cit., p. 44, grifos nossos.

Com isso, acaba por lembrar-nos da dicotomia já introduzida por Llewellyn, e do seu fito, enquanto professor na CU, de mover o ensino do direito das *palavras* dos julgadores para as suas *ações*<sup>84</sup>.

Certamente as duas visões desembocam em “objetos teóricos distintos”; por isso mesmo “podem ser avaliadas como mais, ou menos adequadas à realidade à qual se referem” — forçosamente a realidade jurídica. Com isso não nega Lopes qualquer papel a uma teoria das regras jurídicas compreendidas no sistema; mas também não se coíbe de sugerir que “talvez a teoria da decisão seja mais abrangente — e, portanto, melhor como teoria do direito — do que uma teoria das normas”<sup>85</sup>. Reforça esse ponto mais adiante:

ora, apresentar a teoria analítica das normas como uma descrição adequada do direito é um grande equívoco, quando o que entendemos por direito é a atividade de tomar decisões segundo regras jurídicas. Não digo que os teóricos das normas — alguns deles pelo menos — tenham incorrido nesse equívoco, mas há uma ideia generalizada de que isso é assim, de que as regras jurídicas são o que se deve aprender<sup>86</sup>.

Com isso reverbera mais uma vez as admoestações feitas, mais de metade de um século em adianto, por Karl Llewellyn. Se *as regras importam*, como postulou o jurista americano, *apenas na medida em que elas nos ajudam a prever o que os juízes farão*; se de fato *de nada importam para além disso, senão como meros brinquedos*, então há que se perguntar se assistia também razão ao autor desse aforismo quando pregava que deveriam ao invés “as *ações* [dos decisores], bem como os meios de influenciá-las e de prevê-las, constituir o ‘direito’ que se deve estudar”<sup>87</sup>. A nós nos parece que, enquanto adotarmos uma teoria das normas, não espelharemos o que fazem os juristas apropriadamente<sup>88</sup>.

Essa necessidade — de que as *ações* dos juízes, bem como os meios de influenciá-las e de prevê-las, constituam o “direito” a se estudar — é-nos a nós, juristas, aliás, muito mais urgente e imediata que ao leigo que dispõe de mero interesse econômico em ordenar-se a si e a seus afazeres de maneira “conforme ao direito”. Pois “as cortes afetam as pessoas de modo assaz diferente através das ações que efetuam em relação às disputas”, aduz Llewellyn. As cortes afetam as pessoas “indiretamente” porque estas “se preocupam em adianto *até certo grau* com o que as cortes

84 Vide seção 2 supra.

85 LOPES, op. cit., p. 44-45.

86 LOPES, op. cit., p. 77.

87 LLEWELLYN, op. cit., p. 8, tradução nossa, grifo nosso.

88 Cf. LOPES, op. cit., p. 45.

poderão fazer com elas, ou para elas. Mas enquanto *pessoas* preocupam-se apenas incidentalmente com as cortes, o *advogado* se preocupa com elas por profissão.”<sup>89</sup> O jurista é o “ponto de contato” entre as pessoas e os juízes.

Lopes confirma, inobstante, que os resultados da escolha por um ou por outro método refrangem-se não só sobre o exercício profissional da atividade jurídica, mas também sobre o ensino desta: “na medida em que encaramos o direito como um saber especulativo sobre um objeto dado (a norma), tendemos a ensiná-lo de um jeito. Se o encararmos de outra forma, como um deliberar segundo regras, tendemos a [ensiná-lo] de outra forma”<sup>90</sup>. A frustração do professor com o ensino jurídico enquanto teoria das normas é melhor ilustrada na admoestação tirada de Veach:

Afinal de contas, para um homem que deseja dirigir um carro, seria uma experiência bastante frustrante se seu instrutor sistematicamente se recusasse a dizer-lhe o que fazer, limitando inteiramente suas observações a uma análise da linguagem usada nos manuais de direção e evitando qualquer comentário quanto a se as instruções que efetivamente constam do manual eram para ser seguidas ou não<sup>91</sup>.

Ora, não ilude o professor ao aluno, precisamente dessa maneira, quando ensina-lhe um “catálogo de cânones”? Não procederia melhor se demonstrasse, com Llewellyn, como não só para todo cânone, mas para potencialmente toda regra de interpretação jurídica existe uma contra-regra oposta e igualmente plausível<sup>92</sup>? Se há jurisprudência concreta adotando — por uma — o cânone ou regra segundo o qual “uma lei não pode ser interpretada para além de seu texto”<sup>93</sup>, e se há ainda uma que adota — por outra — o princípio de que “para cumprir o seu propósito, uma lei pode ser interpretada para além de seu texto”<sup>94</sup>; se há uma que adota a regra “onde a intenção é clara, não há lugar para a interpretação”<sup>95</sup>, e outra que adota a de que “as cortes têm o poder de investigar a real intenção, em oposição à explícita”<sup>96</sup>; se há uma que adota a regra “os títulos não controlam o sentido; os preâmbulos não

89 LLEWELLYN, op. cit., p. 23, tradução nossa, grifo nosso.

90 LOPES, op. cit., p. 46.

91 VEACH apud LOPES, op. cit., p. 51.

92 Cf. LLEWELLYN, Karl. **Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed.** Vanderbilt Law Review, Nashville, v. 3. n. 3. p. 401, 1950.

93 First National Bank v. DeBerriz; cf. nota 92 supra, tradução nossa.

94 Dooley v. Penn.; cf. nota 92 supra, tradução nossa.

95 Federoff v. Birks Bros.; cf. LLEWELLYN, op. cit., p. 402, tradução nossa.

96 Coulter v. Pool; cf. nota 95 supra, tradução nossa.

expandem o escopo; nomes de capítulos não alteram linguagem”<sup>97</sup>, e outra a que diz “os títulos podem ser consultados como um guia em caso de dúvida ou obscuridade no corpo do texto; preâmbulos podem ser consultados para determinar o sentido da lei, e portanto a interpretação certa dos termos; nomes de capítulos podem ser lidos como parte da própria lei”<sup>98</sup>; se uma parte de que “a todas as palavras e cláusulas deve ser dado efeito”<sup>99</sup>, e outra de que “se inseridas por desatenção ou se repugnantes ao resto da lei, elas podem ser descartadas como um excesso de linguagem”<sup>100</sup>; se em uma diz-se que “deve-se presumir que a linguagem da lei foi escolhida com a observância das regras gramaticais adequadas, não podendo ser substituída livremente em virtude de meras ilações”<sup>101</sup>, e em outra que “o ‘e’ e o ‘ou’ podem ser substituídos um pelo outro quando quer que isso seja necessário para dar à lei sentido e efeito”<sup>102</sup>; *em casos tais*, não seria um *dever* do formador de juristas ensinar todas as regras em oposição, a fim de que possam ser usadas por estes juristas na melhor e ideal defesa de seus clientes, em cumprimento de sua função panegírica?

Não poderia o professor levar igualmente seu aluno a erro por omissão? Imagine-se, por exemplo, que ensine as regras relativas ao “regime de separação de bens”, sem mencionar como a jurisprudência efetivamente decidirá sobre a questão, em vista da súmula 377 do STF — que em efeito deturpou integralmente esse regime, ao determinar a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Não poderia-se mesmo arguir que o aluno estaria melhor informado, e mais tendente a servir corretamente o seu cliente se *não* tivesse assistido àquela aula?

Forma melhores juristas o professor que se prende à vetusta teoria clássica das fontes, e por isso nega tratar os precedentes como as cortes os tratarão — isto é, como fontes de direito —, ou aquele que reconhece a positivação dos precedentes levada a cabo pelo novo Código de Processo Civil, e ocupa-se ao invés de mostrar — como também o fez Llewellyn — 64 maneiras diferentes de se lidar com um precedente?<sup>103</sup>

97 Westbrook v. McDonald, Huntworth v. Tanner; cf. LLEWELLYN, op. cit., p. 403, tradução nossa.

98 Brown v. Robinson, Gulley v. Jackson; cf. nota 97 supra, tradução nossa.

99 *In re Terry's Estate*; cf. LLEWELLYN, op. cit., p. 404, tradução nossa.

100 United States v. York; cf. nota <sup>99</sup> supra, tradução nossa.

101 Hines v. Mills; cf. LLEWELLYN, op. cit., p. 406, tradução nossa.

102 Fulghum v. Bleakley; cf. nota 101 supra, tradução nossa.

103 Cf. LLEWELLYN, Karl. **The common law tradition**. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77-91.

Voltando a Lopes, congruentemente, não o surpreende que, “tendo majoritariamente aderido à teoria das normas, nossas faculdades de direito sejam frequentemente acusadas de não oferecerem nada de prático aos alunos”<sup>104</sup>. A isso só podemos dar o nosso assentimento.

É sem embargo claro que, em verdade, o ensino do Direito dá-se em uma circunstancialidade especial, que acaba por limitar, em certo grau, as possibilidades de seu desenvolvimento; assim é porque uma das principais preocupações dos docentes, ao menos na graduação, é o exame de ingresso na Ordem dos Advogados. Por isso mesmo torna-se anoveadamente mais difícil a transição aqui defendida, para uma teoria da decisão. Com efeito, ela só poderá ser lograda na medida em que a comunidade jurídica — e inclusive a Ordem — aumentar a sua percepção do caráter “problemático” e “orientado ao caso” da atividade dos juízes, e da propriedade da apreensão desta atividade como um empreendimento orientado a argumentos *latissimo sensu*, antes que à lei estritamente. Com este ensaio esperamos contribuir em alguma medida nesse debate.

#### 4. CONCLUSÃO

Há uma tendência na Filosofia do Direito, legítima em não despreciando grau, que visa descrever, de maneira mais realista, o papel da discussão orientada ao caso concreto dentro do processo decisório contemporâneo. Ela desembocou na feitura de diversas teorias da argumentação jurídica; representativas a este respeito são as de Martin Kriele, Robert Alexy, e a de Theodor Viehweg<sup>105</sup>.

Neste estudo, tentamos, em um primeiro momento, legitimar aquele modo de abordar a jurisprudência moderna, endereçando o espírito contrário — a doutrina que descreve o processo decisório como caudatário aos limites logico-formais de sentido das normas gerais. Abordamos a sua exposição mais eloquente — o *soft positivism* de Hart — e concluímos, de sua própria leitura, que ela era inadequada, se pretendemos ver o Direito de maneira realista. Defendemos então a adoção de um método substituto para a apreensão do processo decisório: o da “tópica” de Viehweg. Entendendo que este processo amolda-se, hodiernamente, muito mais a um procedimento “tópico”, expomos como a teoria do juiz tedesco descreve um processo de busca pela “justiça do caso” através da concatenação de argumentos, no sentido mais amplo do termo, vindo mesmo a abarcar pontos de vista amiúde tidos por “estranhos” e “impróprios” à ciência jurídica. Diferenciamos o uso que

104 LOPES, op. cit. p. 46.

105 Vide a este sentido LARENZ, op. cit., p. 171; PERELMAN apud LARENZ, op. cit., p. 245; e LOPES, op. cit., p. 54-55.



estávamos então a fazer da tópica de um outro uso possível: o emprego da tópica *como uma filosofia do Direito*.

Sobre este último ponto cabem algumas poucas observações adicionais. Juristas de grande renome já reconheceram que o pêndulo do Direito inclina-se hoje muito mais para a justiça do caso<sup>106</sup>; nesses momentos, parece sedutor culpar a “perda de autoridade do legislador atual”<sup>107</sup> ou uma “retração” do Poder Legislativo<sup>108</sup>. Em nosso entendimento, contudo, a escalada da orientação ao caso concreto na resolução dos problemas e de procedimentos de cariz “argumentativo” como o descrito na tópica deve-se a um fator diferente — nomeadamente ao vácuo que existe no problema do “sistema jurídico”. Especificamente neste cenário pôde a tópica defender abertamente o processo racional decisório como um procedimento “circular”<sup>109</sup> e “assistemático”<sup>110</sup> que, partindo do problema ao problema, tenha o sistema “em pouca conta”<sup>111</sup>. O remédio para o estado das coisas atual está no fortalecimento do sistema, e não do Poder Legislativo. Essa solução só poderá ser provida por uma filosofia do Direito que se imponha racionalmente.

Em outras palavras: que a jurisprudência de hoje tenha o caráter que descrevemos neste ensaio é apenas um fato contingente; poderia, portanto, ser diferente amanhã. É sem embargo de insuperável importância ao jurista de hoje o estudo ontológico do direito tal como ele hoje se nos antolha. À Teoria do Direito sobram o poder e o dever de apresentar deontologicamente um novo paradigma. Por ora, torna-se-nos possível operar e ensinar o Direito melhor se estudarmos o fenômeno jurídico através de uma lente realista; para este empreendimento o emprego da tópica, aqui defendido, mostra-se apenas um dos métodos possíveis.

---

106 Vide por exemplo LARENZ, op. cit., p. 494; BARROSO, op. cit.

107 LARENZ, op. cit., p. 494.

108 Cf. BARROSO, op. cit.

109 Vide LARENZ, op. cit., p. 201.

110 Vide MATTA, op. cit., p. 214.

111 Vide LARENZ, op. cit., p. 171.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**. Lima: Palestra, 2007. 550 p.
- \_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607 p.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12. n. 96. p. 5-43, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 583 p.
- DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 2. n. 1. p. 99-120, 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978. 371 p.
- HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University, 1994. 315 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637 p.
- \_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 271 p.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.
- LLEWELLYN, Karl N. Remarks on the theory of appellate decision and the rules or canons about how statutes are to be construed. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 3. n. 3. p. 395-406, 1950.
- \_\_\_\_\_. **The bramble bush**. 2. ed. New York: Oceana, 1951. 160 p.
- \_\_\_\_\_. **The common law tradition**. Boston: Little, Brown and Company, 1960. 565 p.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **Entre a teoria da norma e a teoria da ação**. p. 43-78. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Orgs.). **Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito**. Porto Alegre: Linus, 2009. 289 p.
- MATTA, José Eduardo Nobre. O pensamento tópico — a contribuição de Viehweg para a jusfilosofia pós-positivista. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4. n. 15. p. 210-217, 2001.
- MOREIRA, Paulo. O direito ao silêncio e o elevado índice de condenação na justiça criminal japonesa. **Unisanta Law and Social Science**, [S.l.], v. 7. n. 1. p. 78-98, 2018.
- MORO, Sergio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 853. p. 429-441, 2006.
- POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University, 2008. 387 p.
- SOUZA, Luciano Pereira de; CALIXTO, Renata Rocha Gircis. A criminalização da homofobia pelo STF: interpretação extensiva ou analogia em desfavor do réu. **Unisanta Law and Social Science**, [S.l.], v. 9. n. 1. p. 65-89, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os tribunais estaduais contra o STF. **Revista jurídica do Ministério Público do estado do Paraná**, Curitiba, v. 2. n. 3. p. 201-219, dez. 2015.
- STRUCK, Gerhard. **Topische jurisprudenzen**. Frankfurt: Athenäum, 1971. 118 p.
- VIEHWEG, Theodor. **Topik und jurisprudenzen**. München: Beck, 1953. 75 p.