

Normas legisladas como pontos de partida e o papel das convicções do julgador no processo de tomada de decisão. (Uma abordagem crítico-realista)

Norms legislated as starting points and the role of the convictions of the judge in the decision-making process (a critical-realistic approach)

Enoque Feitosa¹

Universidade Federal da Paraíba (Brasil)

Sumário: Introdução. 1. Perspectiva descritiva e teoria do Direito. Teoria da norma versus teoria da decisão. Considerações finais. Bibliografia

Resumo: O objeto e problema de pesquisa do presente ensaio é examinar a crise e os limites heurísticos da matriz que, no que concerne ao direito, tenta circunscrever sua compreensão a uma atividade dependente unicamente do legislador, confundindo o aspecto necessário, ainda que não suficiente, da produção da regra legislada com aquela outra atividade, de aplicação e concretização pelo agente público que decide no âmbito judicial. Trata-se, pois, de responder a questão: por que o processo de decisão e de concretização normativa é reiteradamente subestimado em nossa doutrina, em termos de atividade jurídica? Nossa hipótese de pesquisa é que embora a questão demande esforços teóricos de outras esferas da teoria do direito, nenhum de seus campos práticos deles necessitam para esclarecê-la, visto que ela é evidente de *per sí* e, para tanto basta um exame realista da atividade de decisão. Quanto ao método, trata-se de pesquisa bibliográfica. O referencial teórico é aquele do realismo jurídico.

Palabras-Clave: Teoria da decisão. Concretização normativa. Direito e realismo.

Abstract: The object and research problem of this essay is to examine the crisis and the heuristic limits of the matrix, which, as far as law is concerned, tries to circumscribe its understanding to an activity solely dependent on the legislator, confusing the necessary, if not sufficient, aspect of production of the rule legislated with that other activity, of application and concretization by the public agent that decides in the judicial scope. The question must therefore be answered: why is the decision-making and normative process repeatedly underestimated in our doctrine in terms of legal activity? Our research hypothesis is that although the question demands theoretical efforts from other spheres of the theory of law, none of their practical fields need them to clarify it, since it is self-evident and, for that, a realistic examination of the activity of decision-making. As for the method, this is a bibliographical research. The theoretical referential is that of legal realism.

Keywords: Theory of decision. Normative implementation. Right and realism.

1. INTRODUÇÃO:

¹ Professor Associado na Universidade Federal da Paraíba, Brasil. Doutorados em Direito e em Filosofia, Pós-Doutorado em Filosofia do direito. Leciona na Graduação em Direito e nos mestrados e doutorados em Direito em Filosofia da UFPB. Coordena o Projeto CAPES de mobilidade internacional entre UFPB e UEM-Moçambique. Correio eletrônico: enoque.feitosa.sobreira@gmail.com. Currículo acadêmico: <http://lattes.cnpq.br/4321425005255787>.

O objeto e problema de pesquisa do presente ensaio é examinar a crise e os limites heurísticos da matriz que, no que concerne ao direito, tenta circunscrever sua compreensão a uma atividade dependente unicamente do legislador, confundindo (deliberadamente ou não) o aspecto necessário (ainda que não suficiente) da produção da regra legislada com aquela outra atividade, de aplicação e concretização pelo agente público que decide no âmbito judicial e isto adquire importância central na medida em que “as decisões judiciais nem sempre são o que parecem e seus argumentos são, usualmente, bastantes desproporcionais em relação aos seus efeitos”².

Trata-se de algo a refletir o porquê de tal fenômeno. É de se pensar que os operadores jurídicos ainda atuam tendo como referência uma matriz teórica (a teoria da legislação) que pode ter esgotado sua capacidade explicativa para o ato de decisão. É disso que se pretende tratar neste ensaio.

Por isso, e para abordar a hipótese do esgotamento teórico e prático da matriz paradigmática que pretende pensar o direito unicamente pelo seu dado de entrada - a norma legislativa - de herança liberal-individualista, é que se trata de perquirir acerca da seguinte questão: por que o processo de decisão e de concretização normativa é reiteradamente subestimado em nossa doutrina, em termos de atividade jurídica?

Nossa hipótese de pesquisa é que embora a questão demande esforços teóricos de outras esferas da teoria do direito, nenhum de seus campos práticos necessita desses esforços para esclarecê-la, visto que ela é evidente de per si e, para tanto basta um exame minimamente profundo da atividade de decisão.

Isso não ocorre por mera insuficiência técnica dos textos (vagueza ou ambiguidade) e sim por características que permeiam a atividade judicial, tais como posicionamentos e preferências políticas dos encarregados das decisões – Juízes e Tribunais – os quais, ainda que justifiquem normativamente seus atos, por imposições da atividade dogmática no direito moderno, o fazem influenciados por motivações que não são unicamente as razões expressas do (e no) direito.

Para testar essa hipótese de pesquisa serão usados recursos de um aparato bibliográfico e decisional que resulte em dados que visem subsidiar a doutrina (teoria) e jurisprudência (práxis jurídica).

1. PERSPECTIVA DESCRITIVA E TEORIA DO DIREITO

Inicia-se esta primeira seção com uma ressalva metodológica: em nosso ver, quando se trata da teoria do direito, um olhar descritivo, isto é, realista, acerca do mesmo - notadamente em questão tão premente e que se volte ao exame das atividades dos juízes e tribunais - consegue dar conta, com mais amplitude e profundidade, da compreensão das matrizes sociais e jurídicas do conflito.

Tal olhar repercute, pois, na aplicação do saber jurídico e na sua reprodução, na medida em que se opõe àquelas perspectivas cujo foco é inteiramente voltado a apontar como a legislação deveria ser ao invés de examiná-la como efetivamente é e compreendê-la em suas condicionantes sociais, sem que isso signifique abrir mão da potencialidade crítica que tem o desvelar do direito como ele objetivamente se apresenta ao aplicador.

Parte-se, assim, de um referencial jusfilosófico simultaneamente crítico e realista, defendendo-se o exame do direito como ele se apresenta na experiência concreta de seus operadores, ou seja, prioritariamente o que os juízes concretizam enquanto tal.

Como assinalou HOLMES JR em ‘The common Law’:

Cada princípio importante que é desenvolvido em um litígio é, de fato e no fundo, o resultado de pontos de vista mais ou

² É o que questiona Paul Kahn. Ver: KAHN, P. **El análisis cultural del derecho**: una reconstrucción de los estudios jurídicos. Barcelona: GEDISA, 2001, p. 171.

menos estabelecidos de política pública. Na maioria das vezes nossas práticas são o resultado inconsciente de preferências e convicções inarticuladas, mas não menos conhecíveis, em última análise.³

Assim, este estudo será levado adiante tendo em consideração um aspecto bastante peculiar, pois, na medida em que consiste num estudo das práticas judiciais, visa desenvolver uma reflexão crítica acerca de um momento específico da ação, qual seja a decisão ou aplicação do direito⁴.

Do ponto de vista do exame da atividade judicial esse marco se reflete numa atitude descritiva e preocupada em examinar como os juízes decidem, isto é, sob uma ótica realista, aliada à literatura acerca da atividade judicial enquanto criadora de direito, esta tomada enquanto um dado de fato na esfera jurídica, visto que juízes e tribunais são quem concretizam normas. Ou seja, trata-se de distinguir, no direito, a tentativa (de caráter descritivo) de examinar fatos - o que implica em uma atitude científica - da valoração dos mesmos, o que se coloca no campo das opções, da ideologia e/ou das crenças. A confusão entre uma esfera e outra já fora examinada pelo Hume do "Tratado da natureza humana"⁵.

Com isso se busca perquirir o papel daquela teoria da norma que pensa o direito enquanto atividade centralmente legislativa e o motivo pelo qual, no âmbito jurídico, ela leva a uma visão algo deslocada do que efetivamente acontece nos "caldeirões dos tribunais", para fazer uso de uma expressão de Benjamin Cardozo, em 'A natureza do processo judicial.

Essa linha de argumentação prévia visa mostrar a repercussão que a teoria da norma, herdeira que é de um modelo do século XVIII-XIX, a teoria da tripartição de poderes, teve e têm na atividade dos operadores do direito.

Esse trato do direito, que de certa forma perdura até hoje, é permeado por ilusões de referência e por um discurso aparentemente neutro que não leva em conta a ideologia contida na forma jurídica e que, por isso mesmo, subestima o direito enquanto lugar de poder, dominação e justificação⁶.

E, nesse sentido, tal perspectiva está mais focada em uma atitude prescritiva perante o direito empiricamente verificável do que em entender como ele efetivamente funciona, notadamente em seus padrões de argumentação, justificação e tomada de decisões, desnudando o fato que entre o compromisso da razão com a vontade, no direito concreto, é esta quem predomina⁷.

³ No original: "Every important principle which is developed by litigation is in fact and at bottom the result of more or less definitely understood views of public policy. Most generally to be sure, under our practice are the unconscious result of instinctive preferences and inarticulate convictions, but none the less traceable in the last analysis". HOLMES JR, Oliver W. *The common Law*. In: **The path of the Law and The common Law**. New York: Kaplan, 2009, p. 59.

⁴ Como chama atenção Lima Lopes, em estudo que considero de referência sobre o tema (e que, em grande medida, junto com os estudos sobre realismo jurídico, é base deste artigo), "uma teoria da decisão desenvolve-se na medida em que o foco de atenção [do pesquisador] volta-se para o processo deliberativo e escapa vagarosamente da teoria das normas". LIMA LOPES, J. R. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: **Norma, moralidade e interpretação** (Orgs.: A. C. Stork & W. B. Lisboa). Porto Alegre: Linus, 2009, p. 43-80, a citação supra na p. 56.

⁵ HUME, D. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. São Paulo: UNESP / IOESP, 2001, Livro III, parte 1, segunda secção, 2001, p. 509. Ali, Hume mostra que os estudiosos da moral ajudariam muito ao avanço do conhecimento se esclarecessem a transição, sub-reptícia e nunca justificada, de proposições sobre o que é (*is*) para proposições acerca do que deve ser (*ought*).

⁶ FEITOSA, E. **O discurso jurídico como justificação**. Recife: EDUFPE, 2009, p. 44-45 e *passim*.

⁷ Assinale-se que, mesmo em um autor notadamente crítico da forma jurídica, como o foi Marx, não escapa uma compreensão realista (isto é, materialista) do direito. Para ele,

Em contraposição a essa abordagem aqui se opta pelas bases teóricas pela qual se trata o direito pelo foco de uma teoria da decisão. Com isso o que se pretende é evidenciar que a doutrina - enquanto atividade que analisa a práxis jurídica visando compreendê-la - pode contribuir com a mesma esclarecendo-a e fornecendo-lhes argumentos que melhor qualifiquem o seu produto final, qual seja a tomada de decisões.

Aqui, o realismo jurídico é tomado apenas enquanto uma resposta dentre outras, só que mais adequada e com potencial heurístico mais ampliado para apontar caminhos e compreender a forma jurídica.

E por isso que o mais relevante para a compreensão do campo jurídico é o estudo científico dos padrões de argumentação e justificação das decisões, mas sem relevar de discutir, para casos similares o comportamento dos tribunais, levando-se em conta os usos de *topos* e figuras retóricas para obtenção de adesão dos destinatários, pois embora curial a existência de um aparato estatal que vise garantir o cumprimento das decisões, quanto mais elas forem fundadas no consentimento e menos na coerção, tanto melhor a forma jurídica ganha em legitimação.

Pelo exposto, deflui-se deste artigo, parte de um projeto de pesquisa maior e que consiste em fazer uma reflexão acerca desse momento específico da teoria da ação, qual seja a tomada de decisão, notadamente aquelas com relação a temas de maior repercussão, tais como conflitos de propriedade, decisões do STF e tribunais superiores envolvendo questões que imbriquem a decisão jurídica com questões de natureza política, eleitorais, morais, religiosas nas diversas instâncias judiciais e identificar os argumentos centrais dessas decisões, com o fim de qualificar a atividade de julgamento em questões dessa natureza - da maior relevância social, dado o impacto do conflito subjacente -, cumprindo assim o papel da doutrina enquanto campo eminentemente teórico e cuja finalidade deve ser esclarecer a práxis dos que decidem.

2. TEORIA DA NORMA *VERSUS* TEORIA DA DECISÃO

Entre as diversas formas de abordagem do âmbito jurídico duas ocupam papel central quer entre os que pensam o direito quer entre os que o praticam: uma analisa a forma jurídica sob o foco da norma e enquanto atividade cujo aspecto central é a legislação e outra que examina o direito focado na atividade de quem o aplica e que entende a atividade de produção da regra legislada enquanto dado de entrada mas não como seu produto final.

O primeiro olhar é o da teoria da norma, o segundo é o das teorias da decisão. Da segunda metade do século XX até os tempos presentes, houve um deslocamento do foco do exame dos problemas jurídicos da primeira para a segunda teoria. A terminologia referente ao segundo enfoque, se teoria da ação ou da decisão, é indiferente visto que decidir é uma forma de agir e a deliberação de quem precede decidir é parte constitutiva da própria decisão⁸.

"quando colidiram interesses de classe [com a aristocracia e a burguesia] o poder dos tribunais começou a ter mais relevância, chegando ao seu ápice no domínio burguês (...) e é totalmente indiferente o que os servos da divisão do trabalho, os juizes e professores da ciência jurídica, pensam sobre isso". Ver: MARX, K; ENGELS, F. Die deutsche Ideologie. In: **Werke**. Berlin: Dietz Verlag und Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der KPdSU, 1978, Band 3, 326. No original: *Grade in der Epoche zwischen der Herrschaft der Aristokratie und der der Bourgeoisie, als die Interessen zweier Klassen kollidierten, als der Handelsverkehr unter den europäischen Nationen bedeutend zu werden begann und das internationale Verhältnis daher selbst einen bürgerlichen Charakter annahm, fing die Macht der Gerichte an, bedeutend zu werden, und unter der Bourgeoisie, wo diese ausgebildete Teilung der Arbeit unumgänglich nötig ist, erreicht sie ihre höchste Spitze. Was sich die Knechte der Teilung der Arbeit, die Richter, und nun gar die professores juris¹ dabei einbilden, ist höchst gleichgültig.*

⁸ LIMA LOPES, *op. cit.*, p. 43-44. Para ele, "a decisão é uma forma de ação: decidir é agir".

No caso do direito moderno, o processo de formação do juízo, precisa, ainda que não em todas as suas etapas, ser explicitada na sentença, dado a obrigatoriedade de fundamentar e motivar a decisão⁹. A Teoria da Norma, em suas diversas variantes, caracteriza-se, centralmente, por colocar acento no direito enquanto atividade produtora de normas legisladas e em organizar sua reflexão em torno desse aspecto.

Enquanto recurso metodológico essa atitude cobra grave custo no que concerne à formação dos juristas que acabam por confundir forma com conteúdo do direito e criarem uma grave cesura entre essas duas manifestações do objeto¹⁰, bem como ao se concentrarem primordialmente no que é a norma ao invés de uma abordagem que vise um saber acerca do que fazem os juristas com as normas, os operadores do direito acabam por priorizar o exame da atividade legislativa em detrimento do uso prático das regras.

As duas visões – teoria da norma ou teoria da decisão - geram objetivos quanto ao fazer jurídico, inteiramente distintos¹¹ e por isso podem ser avaliadas como mais ou menos adequadas no que se referem à eficácia em entender e tirar melhor proveito do âmbito jurídico. Pelas razões que se procura examinar as teorias descritivas da atividade de decisão conseguem se desvencilhar desse problema na medida em que não se prendem nas ilusões acerca de como o “bom” direito deveria ser cingindo-se a um recorte operacional cujo foco seria o de examinar seu objeto como ele efetivamente é e procurando tão só (e enquanto função da doutrina) melhor compreender e qualificar o papel e as funções dos seus diversos operadores.

A aceitação dessa perspectiva externa confere um potencial de se perceber o direito como atividade centralmente determinada por atos de interpretação e aplicação, na qual a atividade do legislador é um dado de entrada, como outro qualquer (embora hierarquizados pela dogmática). E tal é assim na medida em que o que confere sentido ao direito é o equilíbrio entre razão (expressada por certa justificação da atividade jurídica como dotada de per se de racionalidade) e manifestação da vontade (enquanto expressão geral da soberania popular).

Cabe também se levar em conta o fato, com as repercussões práticas que estão subjacentes, de que as teorias da decisão acabam por serem mais eficazes e com maior potencial explicativo na medida em que traz implícita uma teoria da norma, mas nela não se esgota¹².

Pode se alegar que uma teoria da norma também traria implícita uma teoria da decisão. Mas isso não elimina as objeções visto que obriga a concluir que, nessa hipótese, o modelo de decisão só poderia ser o do silogismo demonstrativo ou mera operação de subsunção, algo que já se sabe, não dá conta de explicar o direito, notadamente naquilo que faz avançar a reflexão sobre o mesmo, os chamados casos difíceis, principalmente quando se leva em conta que neles os juízes resolvem problemas interpretativos ou criando direito ou reformulando-o em alguma parte e se valendo de um repertório de argumentos (inclusive morais) para justificar suas decisões¹³.

⁹ No novo Código de Processo Civil Brasileiro (2015), artigo 489. Ao leitor interessado nessa questão é o caso de confrontar a nova norma com o artigo 458 da anterior norma processual (1973).

¹⁰ Como lembra o inevitável Marx, “a forma não tem nenhum valor quando não é forma de um conteúdo”, pois “se o processo não é mais que uma forma carente de conteúdo, estas minudências formais carecem de valor” e conclui, “a imparcialidade é tão só a forma, nunca o conteúdo do direito”. Ver: MARX, K. Debates sobre la ley castigando los robôs de leña. In: **Escritos de juventud** (1835-1844), (Org.: Wenceslao Roces), v. 1. México: Fondo de Cultura, 1982, pp. 281 e 282.

¹¹ LIMA LOPES, *op. cit.*, p. 45. É de se assinalar que, mesmo com outras finalidades (o exame do caráter do direito internacional), HART examina as analogias entre forma e conteúdo. Ver: **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 248-254.

¹² *Idem*, *ibidem*.

¹³ HART, H. L. A. O conceito de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 9, 27, 51, 139, 145-146 e 148-149.

Ora, um caso difícil se caracteriza - e nisso sua decisão sempre se distinguirá de todas as demais que, rotineiramente são tomadas - como todo aquele no qual o seu traço típico é a situação na qual o julgador está, em certa medida, incerto quanto à regra aplicável ao caso, ou: a) porque mais de uma norma pode ser aplicável ao mesmo conjunto de fatos, ou ainda, b) porque não há nenhuma norma aplicável, e, por fim, c) porque a regra aplicável permite mais de uma interpretação. Em qualquer uma dessas três hipóteses, o julgador decide com base na argumentação que lhe parece mais plausível, mais forte e mais convincente.

É de se notar que os juristas, em sua práxis valem-se das normas, mesmo que intuitivamente, porque aplicam as disposições que, dogmaticamente, apontam a necessidade de fundamento das decisões jurídicas com referência à lei, expressam a inegabilidade dos pontos de partida e a prioridade das fontes estatais em relação às espontâneas, bem como a exigência, derivada do projeto de modernização do direito, acerca da pretensão estatal em monopolizar a produção de normas e todas as imposições da atividade jurídica que fundamentam esse mesmo direito moderno ou, mais tecnicamente, o direito dogmaticamente organizado.

Valem-se também de todo *background* fornecido pela doutrina no que concerne a explicar como funcionam e como se devem interpretar e aplicar essas normas legais, integrando-as, eliminando conflitos reais ou aparentes entre elas e resolvendo conflitos de leis de forma a preservar a idéia de coerência, completude, unidade e soberania do ordenamento jurídico¹⁴.

Assim, o que realmente os juristas fazem - e fizeram sempre - é, diante dos casos, decidir (se forem aptos a praticarem atos de vontade / poder) ou propor decisões, como faz o advogado que, através de interpretação enquanto ato de conhecimento¹⁵, sugere aos juízes e tribunais o caminho a tomar, ou ainda, numa outra hipótese, ou doutrinadores que, através de sua atividade teórica, fornecem as partes e aos que decidem argumentos para aplicarem uma ou outra regra e decidirem um dado caso de uma ou outra forma.

Por isso que, em nosso ver, nesse terreno a teoria da decisão deve ter o devido destaque, como dotada de maior instrumental quanto ao manejo da justificação como correlato da decisão, ao fornecer se não a resposta a todos os problemas, mas uma referência para o exame dos problemas que aqui se constituem em objeto de pesquisa.

Note-se que as próprias noções de base das chamadas teorias da decisão receberam diversas interpretações e tratamentos ao longo do tempo, que sempre oscilaram entre as teorias clássicas de estrita separação de poderes e as diversas teorias críticas as quais, nos seus diferentes matizes tentam mostrar como a crescente importância da atividade judicante vem relativizando esse modelo.

Tudo isso implica em enormes repercussões e implicações na teoria do direito e na práxis de seus operadores dado a crescente relevância que vem assumindo a atividade dos juízes e tribunais, independente das avaliações se correto ou não, que possamos fazer desse fenômeno, bastando a observação de seus reflexos na vida acadêmica, no currículo e na produção e reprodução de conhecimento em nosso campo de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A opção pela abordagem metodológica de pensar a forma jurídica pelo viés da decisão esteve, ao longo do presente ensaio, ligada à idéia de que o Direito deve ser apreendido na experiência, ou seja, o Direito está contido na produção jurídica dos Tribunais.

E essa é uma realidade que não pode ser ignorada independentemente de juízos de valor que tenhamos acerca da mesma e sem que, com isso, se descure do papel

¹⁴ BOBBIO, N. **Teoria geral do direito**. Martins Fontes, 2009, *passim*.

¹⁵ Acerca dessa distinção: KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, cap. VIII.

estratégico da doutrina em oferecer argumentos para quem decide. Daí a relevância desse campo enquanto lugar privilegiado de reflexão.

Dessa forma, é de se assinalar que, conforme tal enfoque, não caberia ao jurista procurar o Direito em conceitos abstratos, mas sim, nas decisões concretas. Seguindo essa linha, evidencia-se a toda a propensão da investigação feita até aqui no que diz respeito à aplicação de uma metodologia realista a questões que envolvem conflitos entre direitos e sem o qual a proteção jurídica ao seu exercício perde inteligibilidade.

E isso porque não se pode subestimar que uma análise abstrata do direito pouco interessa e nada diz acerca das razões jurídicas, mas também, sociais, políticas e culturais pelas quais os tribunais tomam suas decisões.

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1990

FEITOSA, E. **O discurso jurídico como justificação**. Recife: EDUFPE, 2009

HART, Herbert L. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005

HOLMES JR, Oliver W. **The path of the law and The common law**. New York: Kaplan, 2009

HUME, D. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. São Paulo: UNESP / IOESP, 2001

KAHN, Paul. **El análisis cultural del derecho**: Uma reconstrucción de los estudios jurídicos. Barcelona: Gedisa, 2001

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001

LIMA LOPES, José Reinaldo. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. *In*: **Norma, moralidade e interpretação**. (Alfredo Storck e Wladimir B. Lisboa – Organizadores). Porto Alegre: Linus, 2009

MARX, Karl. La ley sobre los robos de leña. *In*: **Escritos de juventud**. México: Fondo de Cultura, 1987

_____; ENGELS, F. Die deutsche Ideologie. *In*: **Werke**. Berlin: Dietz Verlag und Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der KPdSU, 1978, Band 3