

Boas Intenções e Ideias Malditas

Autor(a): Emerson Gabardo

Publicado em: 17 de março de 2016

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>

Fonte original:

<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>

Identificador citável:

juristube.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas#ep-4ae83491

Resumo

Max Weber teceu duas diferenciações importantes sobre o processo de racionalização do Direito: entre o Direito formal e o Direito material; e entre o Direito racional e o Direito irracional.

Texto integral

Max Weber teceu duas diferenciações importantes sobre o processo de racionalização do Direito: entre o Direito formal e o Direito material; e entre o Direito racional e o Direito irracional. Tratam-se obviamente de tipos ideais, interessantes apenas como referencial teórico. Tais tipos puros não existem na prática e podem ser combinados dependendo da realidade subjacente, formando quatro outros tipos híbridos: o Direito irracional-material (em que não há previsibilidade e a fundamentação é emocional, política, ética ou sentimental, notadamente por meio de um instrumental simbólico – como seria um sistema de justiça salomônico, por exemplo); o Direito irracional-formal (que também carece de previsibilidade, embora existam critérios procedimentais estabelecidos – como seria em um sistema fundado em oráculos ou ordálias); o Direito racional-formal (em que há forte previsibilidade, pois os critérios são abstratos e objetivos, tal como o baseado na codificação civil); e o Direito racional-material (em que os critérios são externos ao sistema jurídico, mas são previsíveis, pois há referências concretas tais como um livro sagrado, uma ideologia ou a equidade – como por exemplo a common law). Quando autores como Dworkin propõem a tomada de decisões jurídicas com base em princípios morais, eles têm como pano de fundo justamente o sistema anglo-americano, cuja tradição repousa nos postulados da common law e, portanto, um Direito que pode ser enquadrado como racional-material. Este fato repercute de forma determinante na validade da sua teoria e nas consequências que se pode extrair dela. Isso ocorre, entre outros motivos, porque a equidade (equity) é um dos elementos estruturantes do Direito anglo-americano. Obviamente há diferentes compreensões sobre a equidade mesmo na tradição anglo-americana, mas é inegável a sua relevância como mecanismo decisional. Ao contrário, o sistema da civil law , tradicionalmente, não aceita a equidade senão como instrumento subsidiário de interpretação. O magistrado, na tradição da civil law, não pode decidir com base na sua compreensão pessoal do que é justo ou injusto (exceto quando o Direito não lhe oferecer alternativa – e somente aqui reside o poder discricionário que lhe outorga o positivismo clássico). Ele não é um pretor , pois a civil law recebeu fortemente a influência do Direito romano justiniano e não do Direito romano que o precedeu. A equidade, no sistema civilista, é sempre subsidiária e para a resolução de questões de menor relevância (que não exijam tipificação ou que sejam restritivas a direitos fundamentais, por

exemplo). Quando Dworkin fala de princípios ou assevera que o juiz está vinculado necessariamente ao Direito objetivo, ele simplesmente está retirando a subjetividade decisional e substituindo-a por uma moral objetiva. Mas de todo modo, ainda está mantendo o juízo de equidade do julgador, a partir, todavia, de um diferente pressuposto. Ademais, está efetivamente reconhecendo que é possível um princípio moral ser aplicado como Direito (e o fato de tal princípio estar positivado não é relevante para sua argumentação). Ao defender essa proposição, Dworkin não está tratando (embora não os exclua expressamente de suas conclusões) de princípios tais como o princípio da legalidade, o da moralidade, o da impessoalidade, o da publicidade e o da eficiência. Esses princípios estão expressos no artigo 37, caput, da Constituição brasileira, portanto, eles fazem parte do Direito positivo. Em um sistema tradicionalmente codificado a partir de normas escritas oriundas do legislador, a moral objetiva costuma estar já plasmada no sistema constitucional. E se não estiver, não pode ser aplicada salvo em exceções tais como aquelas da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao tratar dos mecanismos hermenêuticos de colmatação. A histeria existente no Brasil quanto à utilização dos princípios certamente não pode ser explicada por intermédio da teoria de Dworkin (salvo sobre o ponto de vista simbólico). Segundo a doutrina de Ronald Dworkin, o positivismo rejeita a ideia de que os direitos jurídicos preexistem a alguma forma de legislação. Para defender tal proposição o autor elabora uma “teoria normativa da decisão judicial”, que enfatiza a distinção entre argumentos de princípio e/ou política de argumentos fundados em regras. A tese do autor nega o que entende ser um dos pilares do positivismo: a defesa de um sistema em que os juízes devem decidir em conformidade com as regras, mas se isso não for possível podem decidir no caso concreto ainda que indo além do Direito (usando seu poder discricionário). Mas o principal ponto de sua teorização antipositivista é a negação da tese de Herbert Hart de que o Direito separa-se da moral a partir de uma “regra de reconhecimento”. É a partir desta fundamentação que surge a famosa separação entre regras e princípios atualmente onipresente no discurso jurídico brasileiro. Entretanto, ao contrário do que em geral se extrai da argumentação jurídica brasileira, Dworkin é incisivo ao asseverar que o aspecto formal nem sempre deixa claro se o dispositivo jurídico em questão é uma regra ou é um princípio. Ou seja, se uma norma constitucional deve ser aplicada em absoluto, então ela é uma regra e não um princípio, independentemente do nome que se dê a ela. Se ela for relativa, ou seja, admitir um juízo de afastamento mediante a incidência de um outro princípio ou política pública, então ela será um princípio. Neste ponto parece bem resolvido o dilema do ovo e da galinha (para Dworkin é a forma de aplicação de uma norma que vai definir o rótulo da espécie normativa, e não o contrário). Mas esse contrário é exatamente o que ocorre no Brasil: parte-se do rótulo para então se verificar se a forma da aplicação da norma será definitiva (o tudo ou nada das regras) ou relativa (a “ponderação-reflexão” a respeito dos princípios). Mas esta pretensa “confusão” na realidade é algo plenamente aceitável e justificável – afinal, o país segue a tradição romano-germânica e não a anglo-americana. O positivismo clássico (Hart, e tal observação pode ser estendida a Kelsen) defende claramente o que Dworkin chama de “discricionariedade forte”, por meio da qual os juízes podem decidir conforme seus juízos morais particulares e para isso adotam algum tipo de regra de reconhecimento que vincula o Direito como algo separado da moral e legitimado institucionalmente. A teoria de Dworkin nega a discricionariedade e recusa a regra de reconhecimento, propondo a possibilidade de aplicação de princípios morais que não estejam dentro de um sistema reconhecido institucionalmente (e mesmo assim, considera-os jurídicos). Os positivistas brasileiros em geral nunca aceitaram na prática a teoria da discricionariedade judicial típica do positivismo, promovendo uma interpretação atenuada das teses de Kelsen. Por outro lado, os pós-positivistas brasileiros não abandonaram jamais, na teoria, a regra de reconhecimento.

Portanto, o neoconstitucionalismo brasileiro, na prática, não é nem positivista, nem pós-positivista. E neste tocante, é preciso destacar que há uma diferença abismal, típica da pós-modernidade, entre o que os juízes brasileiros devem fazer, o que é feito, e o que eles dizem que fazem. E isso não ocorre só no Judiciário. As autoridades tomadoras de decisão em geral são fortemente antinaturalistas (mesmo quando assumidamente pós-positivistas); portanto, sua “discrecionabilidade” é fruto de uma liberdade de caráter subsidiário concedida pelo positivismo, travestida de pós-positivista em um discurso eclético, que aplica Dworkin ad hoc, somente nas partes que convém – notadamente para dizer que os princípios têm força normativa. Afirmação esta, todavia, que já decorre de uma evolução histórica natural do próprio constitucionalismo, muito mais do que da teoria ou da filosofia do Direito; uma amálgama entre várias diferentes proposições e que talvez sejam muito mais tributárias de autores como Konrad Hesse, e sua defesa à força normativa da Constituição, do que de Dworkin ou Robert Alexy. Em que pese o discurso teórico sugira o contrário, o pós-positivismo brasileiro vincula-se por completo em sua fundamentação à aplicação da Constituição. O reconhecimento institucional constitucional é um dos poucos consensos entre os juristas. A moralidade objetiva do Direito brasileiro é aquela que puder ser extraída, argumentativamente, da Constituição. Ainda que na prática sejam possíveis decisões esdrúxulas (e até contrárias ao que a maioria dos intérpretes julgaria razoável), certamente tais decisões, em sua fundamentação, não assumirão a aplicação de um princípio moral externo ao sistema constitucional positivo. Dignidade, razoabilidade, interesse público, ou outros argumentos típicos da famosa ponderação, são todos “constitucionalizados”. E constitucionalizar, em um sistema civilista, significa positivar (não importando se são princípios explícitos ou implícitos). Em um sistema puro como o de precedentes (que não existe no Brasil – e nem vai existir), faz toda a diferença o reconhecimento de uma teoria que desobriga os intérpretes a recorrer ao Direito positivo, trazendo a moral para dentro do Direito em suas decisões. Porém, em um sistema como o brasileiro, essa questão não é de maior relevância. Observa-se no Brasil a existência de um ecletismo inconsciente entre common law e civil law, cuja consequência é uma grande assistemática na utilização dos métodos de interpretação do Direito constitucional. Em certa óptica, também não seria equivocado dizer que os juristas brasileiros pegaram o que havia de melhor no positivismo (a regra de reconhecimento) e juntaram com o que havia de melhor no pós-positivismo (a força normativa da Constituição – e, portanto, de seus princípios). Ademais, abandonaram o que havia de pior no positivismo (o formalismo) e o que havia de pior no pós-positivismo (a confusão entre Direito e moral). Ótimo, não? Não. Paradoxalmente, do resultado desse maravilhoso processo de aglutinação teórica, nós conseguimos produzir, na prática, um Direito horroroso; principalmente no Judiciário, haja vista a tendência de afirmação do caráter irracional-material das decisões. A segurança jurídica é um princípio em franca decadência prática no sistema jurídico nacional, além de sofrer um tratamento parcial e assistemático da doutrina. Legalidade, separação dos poderes, coerência lógica – tudo fica à mercê da avaliação de justiça do intérprete, ou seja, do seu “livre convencimento” não nos moldes da discrecionabilidade positivista, mas nos moldes da equidade pós-positivista de inspiração racional-material, porém sem as garantias de segurança jurídica típicas da common law e de suas práticas e representações. Em um sistema como este, resta ao interessado ter sorte quanto a quem será o seu pretor de plantão. Quando os tomadores de decisão são sujeitos virtuosos, estudiosos, competentes, sérios, dedicados, sensíveis, honestos, solidários e possuem um forte senso de alteridade e responsabilidade para com o sistema positivo – o que implica inexoravelmente uma grande deferência à segurança jurídica (...ufa!), são produzidas decisões excelentes. Mas caso essas características não estejam presentes, o destino pode ser cruel com o destinatário da decisão.

Depender da sorte, por si só, já é um horror. Como tem sido asseverado por vários autores, este “metapositivismo” substitui o juiz Hércules pelo juiz Salomão. Isso é um problema tenebroso que a sociedade está tratando como se fosse algo natural e lindo. Na condição brasileira atual, os juízes tendem a utilizar dos princípios para uma justificação de suas próprias decisões, invertendo o processo hermenêutico, o que aumenta o grau de indeterminação do Direito. Cada qual dá-se o direito de escolher a melhor solução ao caso, pelo reconhecimento de sua expertise, capacidade ou mesmo senso de justiça. E isso ocorre em um grande número de casos por intermédio da ponderação de princípios, que é realizada a partir do particularismo do intérprete. Um dos mais importantes critérios de decisão nestes casos vem sendo a razoabilidade, ou seja, o “bom senso” da “virtuosa” autoridade detentora de poder. Essa problemática está intimamente relacionada à questão da “leitura moral à brasileira” (que de forma simplista considera, na prática, a moral comum na tomada de decisões como mecanismo substitutivo ou transformador do Direito posto). Por outro lado, há o problema da prevalência das subjetividades a partir do momento em que os referenciais formais apresentados como fundamento de decisão tornam-se simbólicos. Esse ambiente torna fértil o solo para que agentes públicos tomadores de decisão deliberem não conforme o sistema constitucional, mas de acordo com a sua própria consciência – situação esta que vem sendo denunciada de forma implacável por Lenio Streck (entre outros que estão já faz algum tempo gritando em meio a uma multidão barulhenta e desinteressada). Não se discorda que o conteúdo dos princípios (e isso vale também para os direitos fundamentais) não pode ser apreendido racionalmente de forma unívoca. Contudo, é necessária a existência de um conjunto de critérios que confirmem um grau satisfatório de segurança jurídica. E nesta seara parece que o Direito contemporâneo está precisando mais de um novo positivismo constitucional do que de um esquizofrênico pós-positivismo neoconstitucional cheio de más ações fundadas em boas intenções. E não se está tratando somente das normais divergências conceituais e disputas no plano teórico-dogmático. O fato é que diferenças de mentalidade conduzem a diferenças de compreensão da vida e, portanto, do Direito e da política. Há uma destruição paulatina e sub-reptícia de boa parte do que entendemos pelos princípios democrático e republicano, sem falar no cambaleante Estado de Direito (muito desprestigiado por uma sociedade patrimonialista, elitista e emocional). Na prática, o Brasil sempre teve dificuldade em realizar democracia e república, mas ao menos o ideário estava avançando e este é um primeiro passo muito importante. A utopia pode não nos fazer chegar a lugar algum, mas nos faz caminhar em frente. Quando se perde até a utopia, a coisa vai mal e só nos resta reconhecer a parte do Diabo (como diz Michel Maffesoli). Dos leigos em geral não se esperaria outra coisa, pois há uma tendência natural de sociedades ainda não maduras vivenciarem este tipo de irracionalismo. Não foi sem a adesão do povo que ditaduras se estabeleceram, que a inquisição fez suas vítimas e que ideários racionais foram transformados histericamente em livros proibidos ou ideias malditas. O que impressiona é a falta de constrangimento das autoridades públicas. Mais que isso, dá medo o seu deleite em substituir o Direito pelo poder e assusta a facilidade com que todos os Poderes tem aderido à máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

GABARDO, Emerson. Boas Intenções e Ideias Malditas. Direito do Estado — Colunistas, 17 mar. 2016. Disponível em:
<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em:
<https://juristube.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>. Acesso em: 12 ago. 2026.

APA 7ª edição

Gabardo, E. (2016, March 17). Boas Intenções e Ideias Malditas. *Direito do Estado — Colunistas*. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

GABARDO, Emerson. 2016. “Boas Intenções e Ideias Malditas.” *Direito do Estado — Colunistas*, March 17. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>

BibTeX

```
@article{emerson-gabardo-boas-inten-es-e-ideias-malditas-2016,  
author = {Gabardo, Emerson},  
title = {Boas Intenções e Ideias Malditas},  
journal = {Direito do Estado — Colunistas},  
year = {2016},  
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas},  
urldate = {2016-03-17}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito
<https://juristube.com.br/colunistas/emerson-gabardo/boas-intencoes-e-ideias-malditas>
PDF gerado em 2026-08-12 00:41 UTC