

A APLICAÇÃO DO DIREITO NÃO PODE DEPENDER DE SORTE

Mártin Marks Szinvelski  

Bruno Cozza Saraiva  

Contextualização: Em tempos de ilegalidades e em nome da preservação da democracia, o direito pode ser um instrumento de arbitrariedade. Partindo-se de uma conexão entre direito e democracia, Jeremy Waldron procurou estabelecer a premissa de que a aplicação do direito não pode ser uma questão de sorte. Ao contrário, um direito que se pretende democrático deve ser previsível, não-arbitrário e aplicado de forma que as regras do jogo existam, e sejam as mesmas, para todos (*fairness/equanimidade*).

Objetivos: Em que medida esse pensamento pode ser vinculado ao pensamento de Lenio Streck, jurista que fundou, no Brasil, a *Crítica Hermenêutica do Direito*? É isso que se procura estabelecer nesta contribuição, sugerindo-se que a decisão como ato de vontade, retratando a consciência do julgador, deve ser substituída pela interpretação que respeite os limites semânticos do texto, o que contribui para um direito cuja aplicação não implique ao cidadão/jurisdicionado depender da sorte.

Método: Utiliza-se o método dedutivo de pesquisa, utilizando-se como base-teórica os estudos do (pós-)positivismo, a teoria da crítica hermenêutica do direito e na revisão da literatura dos principais textos de Jeremy Waldron.

Resultado: Conclui-se que é necessário respeitar os acordos legitimamente postos na legislação, sem aplicação subjetivista do ordenamento, situação que tornaria o destinatário da interpretação oficial um refém da sorte. Igualmente, não é admissível o deslocamento da discussão política para esfera judicial por representar perigoso caminho para arbitrariedade.

Palavras-chave: Arbitrariedade; Positivismo normativo; Teoria do Direito; Jeremy Waldron; Hermenêutica Jurídica.

LA APLICACIÓN DE LA LEY NO PUEDE SER CUESTIÓN DE SUERTE

Contextualización: En tiempos de ilegalidad y en nombre de la preservación de la democracia, la ley puede ser un instrumento de arbitrariedad. Partiendo de una conexión entre derecho y democracia, Jeremy Waldron buscó establecer la premisa de que la aplicación del derecho no puede ser una cuestión de suerte. Por el contrario, un derecho que se pretende democrático debe ser predecible, no arbitrario y aplicarse de tal manera que las reglas del juego existan y sean las mismas para todos (justicia/ecuanimidad).

Objetivos: ¿En qué medida este pensamiento puede vincularse al pensamiento de Lenio Streck, jurista que fundó, en Brasil, la Crítica Hermenéutica del Derecho? Esto es lo que buscamos establecer en esta contribución, sugiriendo que la decisión como acto de voluntad, retratando la conciencia del juez, debe ser reemplazada por una interpretación que respete los límites semánticos del texto, que contribuya a un derecho cuya aplicación no implica que el ciudadano/jurisdicido dependa de la suerte.

Método: Se utiliza el método de investigación deductivo, utilizando como base teórica los estudios del (post)positivismo, la teoría de la crítica hermenéutica del derecho y la revisión bibliográfica de los principales textos de Jeremy Waldron.

Resultados: Se concluye que es necesario respetar los acuerdos legítimamente previstos en la legislación, sin una aplicación subjetivista del orden, situación que convertiría al destinatario de la interpretación oficial en rehén del destino. Asimismo, no es permisible trasladar la discusión política al ámbito judicial ya que representa un camino peligroso hacia la arbitrariedad.

Palabras clave: Arbitrariedad; Positivismo normativo; Teoría del Derecho; Jeremy Waldron; Hermenéutica jurídica.

THE APPLICATION OF LAW CANNOT BE A MATTER OF LUCK

Contextualization: In times of illegality and in the name of preserving democracy, the law can be an instrument of arbitrariness. Starting from a connection between law and democracy, Jeremy Waldron sought to establish the premise that the application of law cannot be a matter of luck. On the contrary, a right that claims to be democratic must be predictable, non-arbitrary and applied in such a way that the rules of the game exist, and are the same, for everyone (fairness/equanimity).

Objectives: Can this thought be linked to the thought of Lenio Streck, a jurist who founded, in Brazil, the Hermeneutic Critique of Law? This is what we seek to establish in this contribution, suggesting that the decision as an act of will, portraying the conscience of the judge, must be replaced by an interpretation that respects the semantic limits of the text, which contributes to a right whose application does not imply that the citizen/jurisdiction depends on luck.

Methodology: The deductive research method is used, using as a theoretical basis the studies of (post-)positivism, the theory of hermeneutic criticism of law and the literature review of Jeremy Waldron's main texts.

Results: It is concluded that it is necessary to respect the agreements legitimately set out in legislation, without subjectivist application of the order, a situation that would make the recipient of the official interpretation a hostage to fate. Likewise, it is not permissible to move political discussion to the judicial sphere as it represents a dangerous path to arbitrariness.

Keywords: Arbitrariness; Normative positivism; Theory of Law; Jeremy Waldron; Legal Hermeneutics.

INTRODUÇÃO

Em terras em que “o vale tudo” tornou-se condição de possibilidade para a aplicação de um direito previsto ou criado para o caso concreto, e que, por isso, as regras, muitas vezes, custam a valer com a uniformidade posta pelo legislador constituinte, torna-se complexa, e porque não dizer inevitável, a tarefa de tecer críticas ao que está estabelecido: o que poderia ser uma questão de princípio, de coerência e de integridade transmuta-se para a de aleatoriedade, de insegurança e de ilegalidade. Por outra via, o balanço da democracia – esta que contém o antídoto e o veneno em uma mesma fórmula – faz surgir a necessidade de se reanalisar a teoria do direito sob as lentes de juristas como Jeremy Waldron, que não abandonou a ideia de que as palavras importam e que aquilo que está escrito vale.

Por outras palavras, a resposta jurídica ou jurisdicional não pode ser *fruto do acaso*. Como diz Streck, “[...] o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja¹”. A decisão judicial não é uma escolha personalista, dependente do querer do intérprete. Se assim o fosse, não haveria direito, apenas ato de decisão.

A discussão a seguir está pautada pela análise dos suportes teóricos, aptos a sustentarem que o direito não é uma questão de sorte, presentes nas principais obras de Jeremy Waldron, assim como aptos para responderem a seguinte pergunta: em que medida esse pensamento pode ser vinculado ao pensamento de Lenio Streck, jurista que fundou a Crítica Hermenêutica do Direito no Brasil? A aplicação do direito no Brasil se mostra vulnerável à arbitrariedade e à sorte? Como hipótese, temos que a combinação entre o positivismo normativo de Waldron e a crítica hermenêutica de Streck oferece um caminho para maior previsibilidade e equidade. Procura-se, com base no pensamento desse jurista brasileiro, estabelecer linhas comparativas e contributivas à análise, a qual se apresenta como corrente teórica *autônoma*². Há tempos, Streck vem denunciando os efeitos inapropriados da discricionariedade e do ativismo judicial, problemas que adentraram no ambiente jurídico nacional pela má recepção de um comportamento judicial que pode ser associado a uma espécie de incentivo doutrinário e jurisprudencial ao protagonismo judicial, especialmente no período pós-constituição vigente. O fato é que o *output judiciário* tem-se revelado, no mínimo, imprevisível com contornos de arbitrariedade e requintes de anti-uniformidade. Configura-se, portanto, em um desafio, o qual a perspectiva de Jeremy Waldron pode contribuir. Nesse sentido, o objetivo será analisar como a proposta de Jeremy Waldron pode dialogar com a Crítica Hermenêutica de Lenio Streck na construção de uma aplicação do direito não arbitrária, pautado pela

¹ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.25.

² STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.1, 2017.

autoridade do texto e pelas regras do jogo democrático.

1. METODOLOGIA

Este estudo utiliza o método de pesquisa dedutiva, com base na teoria da crítica hermenêutica do direito e na revisão da literatura dos principais textos que tratam do positivismo jurídico clássico e normativo. Para realizar este estudo, utilizar-se-á dados primários dos textos originais dos autores citados, bem como dados secundários de análises subsequentes feitas por outros autores sobre as propostas originais. Dessa forma, foi utilizada uma análise qualitativa dos dados coletados, visando responder à proposta original, que é a de que a aplicação da lei não pode ser uma questão de acaso.

2. A PROPOSTA DE JEREMY WALDRON: POSITIVISMO NORMATIVO E O PLUS DEMOCRÁTICO

A história tem demonstrado que os direitos individuais e as liberdades fundamentais tendem a serem mais respeitados em sociedades preponderantemente democráticas³. Conforme Ian Shapiro, em *Os Fundamentos Morais da Política*, isso ocorre em razão de que “[...] aqueles que são prejudicados pelos acordos têm tanto o estímulo como os meios para apontar os defeitos desses acordos⁴”. O pensamento de Jeremy Waldron sugere a compreensão de que os desacordos (morais ou não) possuem um lugar próprio a ser resolvido, esse que estará vinculado à política e ao parlamento.

Assim como o fizera John Rawls⁵, na obra *Uma teoria da justiça*, quando o ilustre professor norte-americano colocou as condições hipotéticas à construção teórico-filosófica que se seguirá⁶, Jeremy Waldron denominou como circunstâncias da política os elementos de base para uma solução parlamentar ou institucional aos desacordos sócio-morais, elementos estes que seriam a inequívoca existência (i) de desacordos entre proposições ou questões politicamente vinculantes entre os membros de determinada sociedade ou grupo e (ii) o reconhecimento intersubjetivo da necessidade de uma

³ DAHL, Robert. **How Democratic Is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2002, p. 132.

⁴ SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 299.

⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Conferir, também: GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução: Alonso Reis Freire. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁶ Cabe notar que a construção rawlsiniana é política, não pertence à metafísica ou à metaética. Restringe-se a delimitar quem seria prejudicado e quem se beneficiaria caso determinadas concepções de justiça fossem seguidas pelo Estado.

composição comum do desacordo⁷.

O centro da crítica tecida por Waldron, presente em *Law and Disagreement*⁸, está na cegueira filosófica em atribuir à elite constitucional ou às Cortes Constitucionais um papel demasiado forte na construção/reconhecimento de direitos fundamentais, tarefa que seria desempenhada com melhor rendimento pelos parlamentares, em vista do caráter polifônico e policrônico das assembleias de representantes, ambiente sob o qual se resgataria o ideal do autogoverno ou da supremacia da vontade parlamentar em face da minoria contramajoritária representada por juízes não-eleitos. Ao sustentar a recuperação da dignidade da legislação, Jeremy Waldron defendeu que os procedimentos parlamentares, na elaboração legislativa, tornam-se o cerne de uma teoria que visa conectar, de forma harmoniosa, teoria do direito e democracia. Logo, o autor pretendeu, assim, resolver um problema caro às sociedades as quais a democracia liberal⁹ está vinculada à legitimidade e à autoridade do direito.

Thomas Hobbes¹⁰ e Jeremy Bentham¹¹ apresentam-se como os precursores do pensamento positivista, embora tenha sido com John Austin que a corrente teórica ganhou contornos mais definidos, especialmente pela maturação da ideia de separabilidade entre direito e moral. Em razão da busca de J. Waldron pelo fortalecimento da vontade expressada pelo procedimento parlamentar é que se torna necessário resgatar as aproximações e as diferenças nítidas que permitem enquadrá-lo como um pensador positivista (normativo). Em contraposição ao modelo de John Austin, em *The Providence of Jurisprudence Determined*¹², no qual o objeto da teoria do direito apresenta-se como o estudo do direito positivo, estabelecido por superiores políticos aos inferiores políticos e como comando do soberano, em J. Waldron, por outro lado, o desenho teórico que enfoca a legislação é qualificado pelo suporte democrático.

Em outras palavras, o direito *subjetivo à participação no processo legislativo* encontra, portanto, um lugar topológico superior na filosofia político-jurídica, de modo que a existência de um ambiente democrático apresenta-se como pressuposto primeiro da própria existência de desacordos e da necessidade de resolvê-los. A autoridade do direito provirá do acordo normativo firmado em lei após o desacordo político, cuja

⁷ WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdo**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.123.

⁸ WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdo**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.123.

⁹ Conforme destaca Cristina Consani, em excelente artigo de revisão da obra de Jeremy Waldron. CONSANI, Cristina. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p.2424-2448, 2015. Disponível em: <10.12957/rqi.2015.20933>. Acesso em: 12 fev.2026.

¹⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014.

¹¹ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

¹² AUSTIN, John. **The Providence of Jurisprudence Determined**. Cambridge University Press, 1995.

legitimidade será respaldada pelo respeito ao procedimento. Com efeito, a clareza do pensamento do autor revela que pessoas podem discordar de boa-fé, em razão de existirem razoáveis motivos para discordâncias, mesmo após a finalização do processo parlamentar, mas disso não decorre que aquilo que foi estabelecido não será respeitado. Pelo menos aqui, vige a noção austiniana de que “[...] a existência de lei é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra¹³”.

Em *Normative (or Ethical) Positivism*¹⁴ ficou claro que o pensamento tecido por Waldron em nada se identifica com a visão positivista de matriz kelseniana. Em *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen estabeleceu que a teoria jurídica descreve o que o direito é, mas não estipula o que o “direito deve ser¹⁵”, e essa constatação serve de contraste e de refutação à eventual conexão com o que propõe Waldron, uma vez que o positivismo normativo, defendido por Waldron, não nega a separabilidade entre direito e moral – fato que qualifica a corrente teórica como positivista –, mas a reequaciona.

O positivismo normativo, proposto por esse autor, indica que, por meio de uma agregação ou inclusão, o procedimento parlamentar introduz no direito positivo aspectos de característica ou natureza preponderantemente moral, os quais foram objeto de desacordo no debate social e político, de modo a fixar um dever ser (prescrição). A partir da inclusão no sistema jurídico, a discussão moral deixa de assumir relevância para o cumprimento do que foi estabelecido em lei por aqueles que estão submetidos à autoridade, porquanto que a própria lei já conteria aspectos morais em seu texto: a questão em discussão se transformaria em uma questão de direito, não mais de moralidade, ainda que a formulação da resposta jurídica contenha traços que expressem determinada moralidade ou sentimento de justiça preponderante¹⁶.

A consequência das diferenças traçadas, do ponto de vista de atuação jurisdicional, está na substituição da vontade do julgador que, sob uma visão positivista normativista, possuía liberdade de interpretação, desde que a decisão se situasse dentre as possibilidades de decisão permitidas pela “moldura” do texto, por um modelo de *órgão julgador vinculado* às escolhas democraticamente acordadas através do procedimento parlamentar, sem conferir ao direito vigente uma noção equivocada de “pureza”. Kelsen

¹³ “The existence of law is one thing; its merit or demerit is another”. AUSTIN, John. **The Providence of Jurisprudence Determined**. Cambridge University Press, 1995, p.157.

¹⁴ WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart’s Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹⁵ Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 389-390.

¹⁶ Para Bustamante, o positivismo normativo de Waldron seria uma espécie de “convencionalismo” em sentido forte. BUSTAMANTE, Thomas. Positivismo Normativo ou Novos Desenhos Institucionais? – Uma Análise de Duas Alternativas para se Contestar a Supremacia das Cortes Constitucionais. In: Fortes, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel. **Teorias Contemporâneas do Direito: o Direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016, p.77-96

não nega, portanto, a introdução de certos vieses na composição dos textos legislativos, justamente pelo fato de que o desacordo de boa-fé permitiria, posteriormente, a alteração do texto.

Waldron, em *Judicial Review of legislation*¹⁷, defendeu que a teoria do direito, em sistemas de países democráticos, deve se deslocar da interpretação judicial para o processo de formulação legislativa. Ademais, o autor indagou, neste sentido, qual seria o modo de tomada de decisão que definiria um processo mais igualitário, sustentando que, “[...] quando a questão é focalizada dessa maneira, a vantagem da supremacia legislativa é inegável¹⁸”.

A consequência dessa postura teórica é o afastamento do peso do *judicial review*, em questões ou desacordos, submetidos à decisão. O resultado de algumas decisões de ordem polêmica – como é o aborto, a adoção do sistema de cotas e alterações no sistema penal – é menos traumático quando realizado por instituições parlamentares, pois estas guardariam certo grau de legitimidade que os tribunais não possuem. Nas palavras do autor, ainda que determinadas decisões possam ser consideradas ruins, os “[...] resultados seriam melhores se o poder dos tribunais de revisar a legislação fosse mais fraco ou inexistente¹⁹”.

Por isso, soa equivocado sustentar, nesta via, que Jeremy Waldron *apostaria exclusivamente* no parlamento em contraste com a posição de Ronald Dworkin²⁰, que gravita em torno da legitimidade democrática-constitucional que autorizaria o juiz a agir contra-majoritariamente para afastar questões dissonantes. Assim, essa contextualização permite sugerir que, em vista de pertencerem à tradição liberal de influência norte-americana, na qual a individualidade prepondera e que a construção do direito como estrutura regulatória ocorre em vista da observância desses direitos de dimensão liberal, o abuso ou a arbitrariedade será sempre repellido pelo sistema judiciário.

Dito de outra forma, o que Waldron propõe não é o esvaziamento da função judicial, mas a prevalência do debate e da solução dos desacordos em uma casa que permita abrigar mais vozes do que a composição de um Tribunal. Em decorrência disso,

¹⁷ WALDRON, Jeremy. *Judicial Review of legislation*. In: MARMOR, Andrei. **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015.

¹⁸ WALDRON, Jeremy. *Judicial Review of legislation*. In: MARMOR, Andrei. **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015. p.446.

¹⁹ WALDRON, Jeremy. *Judicial Review of legislation*. In: MARMOR, Andrei. **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015. p.446.

²⁰ Conferir as seguintes obras: DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014; DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandao Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

para Waldron²¹ o controle judicial de constitucionalidade não se justifica em uma sociedade que exiba quatro características: (i) existência de instituições democráticas em razoável bom funcionamento, incluindo uma legislatura representativa eleita em bases de sufrágio adulto universal; (ii) existência de instituições judiciais, também em razoável bom funcionamento, configuradas em bases não representativas para conhecer de processos individuais, definir disputas e preservar o Estado de Direito; (iii) existência de compromisso da parte de muitos dos membros da sociedade e dos agentes públicos com a ideia de direitos individuais e de minorias; (iv) desacordos - de boa-fé - entre os membros da sociedade, comprometidos com a ideia de direitos acerca do sentido desses direitos.

A ideia que subjaz a proposta é a de que os representantes são responsáveis por prestar contas às pessoas comuns, de modo a canalizar a opinião dos eleitores (*accountability*) e não permitir que os interesses substanciais da comunidade sejam negligenciados ou deixados de fora do circuito de debate. Aliás, discordar não representa um comportamento irracional: pessoas podem discordar sobre direitos, levando-os a sério²². O ponto chave é que, para Waldron, haveria uma quantidade substancialmente maior de justiça política na maneira como as decisões são tomadas em um sistema de supremacia legislativa do que em um sistema de revisão judicial de forma forte²³.

Por via de consequência, de nada adiantaria garantir os valores democráticos contra-majoritariamente sem respeitar os procedimentos democráticos, como é numa Corte de Justiça em que o acórdão é obtido pelo voto da maioria, por pessoas que, eleitas ou não, não precisam prestar contas de suas decisões à comunidade – aliás, nem todas as pessoas podem ser juízes. Conclui-se, portanto, que os valores democráticos seriam corrigidos por uma minoria ou uma elite constitucional que careceria do dever de responsabilizar-se politicamente por suas decisões. Nestas circunstâncias, governa o choque de proposições a seguinte pergunta: o quão democrática seria a correção em razão da afirmação dos valores democráticos?

Embora tenha contornos críticos fortes à concentração do poder na mão de juízes,

²¹ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, p. 1360, 2006.

²² Tanto Waldron como também Dworkin sustentam uma conexão entre direitos e democracia, sendo que o último salienta que quando as instituições majoritárias garantem as condições democráticas, as suas respectivas decisões devem ser aceitas; e, ao revés, se essas condições não são respeitadas, outros procedimentos, que não os majoritários parlamentares, serão necessários para garantir os valores democráticos. STRECK, Lenio; MORBACH JUNIOR, Gilberto. (Autonomia do) Direito e desacordos morais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 119, p. 253-289, jul./dez. 2019.

²³ WALDRON, Jeremy. Judicial Review of legislation. In: MARMOR, Andrei. *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2015.

o impulso à preponderância parlamentar é visto por Waldron com olhos não inocentes, ao reconhecer que o modelo representativo não é perfeito e contém deficiências até mesmo no espelhamento das intenções do cidadão em relação à postura parlamentar do representante. Ocorre que, à diferença de muitos tribunais – e o Brasil é um exemplo –, é possível substituir, periodicamente, os representantes por outros que estejam em consonância com as intenções dos eleitores.

Neste sentido, é plausível sumarizar três elementos para que seja possível entender a proposta de Jeremy Waldron: (i) o modelo de supremacia legislativa garante uma possibilidade mais ampla de justiça política e de afirmação democrática; (ii) que a legislação aglutinaria em seu texto determinado grau de moralidade que passaria a valer como *direito*, não mais como moral, sendo que o conteúdo deverá ser cumprido, a não ser que colida com direitos básicos de superior hierarquia; e (iii) que um sistema que conecta direito e democracia, com predominância da vontade parlamentar, não se constitui na *tiranía da maioria*, pois existem limites ao exercício da vontade parlamentar ou executiva, que podem ser afastados pelo sistema judicial por ofensa aos direitos que estão na base de uma sociedade livre.

3. A APLICAÇÃO DO DIREITO NÃO PODE SER UMA QUESTÃO DE SORTE: A PROPOSTA DE JEREMY WALDRON AO DIREITO E A CONEXÃO COM A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, DE LENIO STRECK

Deve-se fazer uma diferenciação sobre a interpretação, antes de se entrar na aproximação entre Waldron e Streck e justificar o motivo pelo qual a solução judicial não pode derivar da sorte. Neste contexto, registra-se que o texto, como enunciado linguístico, é termo inicial da interpretação e o limite dela. Para Hesse²⁴, inclusive, a constituição escrita é o “limite insuperável” da interpretação. Tendo em vista que a interpretação é o ato de compreender e atribuir sentido a determinado texto normativo, as disposições normativas são o objeto do intérprete e a norma o produto do processo interpretativo.

Dessa forma, existe uma diferença singular entre interpretar e aplicar textos jurídicos. Interpretar é decidir o sentido normativo de determinado enunciado, enquanto que a aplicação estaria vinculada a resolução de controvérsias. Ciente de que a atividade interpretativa pode ser desempenhada por qualquer pessoa, a aplicabilidade, por outro lado, é realizada por órgãos ou autoridades oficiais, como são os juízes ou tribunais administrativos²⁵. A interpretação é ato que possui como objeto o enunciado normativo e a aplicação seria, por consequência, a concretização do sentido que foi estabelecido

²⁴HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.69.

²⁵SARAIVA, Bruno Cozza. Direito Natural, o Direito Positivo e o Positivismo Jurídico: de como se decide no Brasil. **Cadernos de Direito Actual**, Revista eletrônica, n. 15, p. 72-94, 2021.

previamente.

Do processo interpretativo, pode-se extrair dois tipos de normas: as regras e os princípios²⁶. Tradicionalmente, as regras são conceituadas como normas que exigem, proíbem ou permitem determinadas situações previstas previamente. Os princípios, ao revés, são categorizados como princípios gerais do direito, princípios jurídico-epistemológicos e princípios pragmático-problemáticos²⁷. Há que se compreender os princípios jurídicos a partir da tese da descontinuidade, havendo uma clara diferenciação entre os princípios constitucionais, por exemplo, dos denominados princípios gerais de direito, sendo que os princípios são manifestações histórico-culturais que se expressam em determinado contexto, de modo que não são livremente determinados por Tribunais²⁸. Dessa forma, os princípios possuem uma relação importante de transcendência. Em outras palavras, o princípio somente é concretizado no caso concreto por meio de uma regra. Nas palavras de Streck, “[...] não há princípio sem uma regra. Por trás de uma regra necessariamente haverá um princípio²⁹”. Admitir o contrário, significaria entender que existem normas sem texto, contrariando o que foi dito inicialmente com base em Hesse. Neste cenário, surge a necessidade de caracterizar a Escola Cognitiva, Escola Cética e a Escola Eclética da interpretação.

A Escola Cognitiva defendeu que a interpretação está voltada para o desvelamento do sentido do texto ou a intenção subjetiva presente no momento da sua produção. Dessa forma, haveria somente uma resposta adequada. Admitindo-se ser assim, não haveria discricionariedade aos juízes. Um dos principais representantes dessa escola é Ronald Dworkin³⁰.

Por sua vez, a Escola Cética entendeu que os enunciados podem possuir uma pluralidade de sentidos, de modo que seriam admissíveis várias interpretações incidentes sobre o mesmo enunciado. Para essa escola, haveria uma moldura delimitada pelo enunciado normativo, em cujo interior seria possível escolher uma das possibilidades. A teoria referiu que não cabe analisar a vontade do legislador, porque ele não existe enquanto pessoa física, nem mesmo a vontade coletiva do Parlamento, por exemplo, visto que são expressões da maioria. Desse modo, subsistiria apenas o texto normativo, por meio do qual o intérprete analisaria e extrairia o seu sentido, admitindo-se, assim, a

²⁶ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo, Malheiros, 2003.

²⁷STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p.239.

²⁸STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p.242.

²⁹STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p.242.

³⁰DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

discricionariedade judicial. O principal representante é Hans Kelsen³¹.

Por outro lado, está estabelecida uma terceira teoria: a proveniente da Escola Eclética. Para ela, a interpretação seria, às vezes, atividade de conhecimento e, por outras, uma atividade de decisão discricionária. No âmbito de um enunciado normativo e, em cotejo com o caso concreto, haveria um “núcleo luminoso” e uma “zona de penumbra”. Dessa forma, em casos ditos fáceis não haveria contestação acerca da aplicação pura e simples do sentido fixado pelo enunciado normativo. Sendo assim, para esses casos, não haveria margem para discricionariedade, aplicando-se diretamente, por subsunção, as regras. Em casos ditos difíceis, haveria uma zona cinzenta, que permitiria ao intérprete a escolha entre possibilidade de interpretação, sendo fortemente influenciado pela filosofia moral, os princípios e a interpretação mais favorável aos direitos fundamentais.

No plano do direito constitucional, existem dois modelos de pensamento sobre a interpretação: os interpretativistas e os não-interpretativistas. Os interpretativistas suportam uma interpretação originalista da constituição, de modo que os juízes deveriam se autoconterem (*self-restraint*) quando realizam o exame de matérias constitucionais. Apesar de não sugerirem uma interpretação literal, fixam basicamente dois parâmetros: a semântica do texto e a vontade do legislador³². Dessa forma, a declaração de invalidade do texto somente pode ser realizada com a identificação de uma premissa previamente inserida no texto, devendo ser feita a procura pelo sentido original expresso no texto, muitas vezes buscando elementos prévios, como o querer de quem formulou o texto. Nestas circunstâncias, à deferência ao que o povo, por meio de representantes, escolheu como norma para o futuro, e não o que o juiz pensa que é o melhor significado.

Os não-interpretativistas sustentam a noção de que é legítima a “vontade criadora do intérprete³³”, pois a interpretação não se limitaria a revelar o sentido expresso no texto³⁴. A interpretação, para eles, viria de uma retórica constitucional, em que certos valores seriam invocados para prestigiar o projeto de constituição que evoluiu com o

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO. Interpretação Constitucional: entre dinâmica e integridade. **Seqüência**, Florianópolis, n. 72, p. 74, abr., 2016.

³³ Por volta do final do século XIX, desenvolve-se um saber científico que, no direito, atua contra o sistema. A psicologia lembra que o agir humano não pode ser reduzido à lógica e à razão. A questão social (com o variado movimento socialista e a figura central de Marx) indica na economia a origem do direito. Afirma-se o primado da vontade, a tal ponto que, em 1930, um jurista como Isay afirmava que o direito já não era um sistema de normas, mas um conjunto das sentenças. Quando a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz, a qual segue vias não necessariamente racionais. Passava-se, assim, do formalismo ao antiformalismo, e as normas que estabeleciam que o juiz restasse vinculado à lei eram consideradas um resíduo do racionalismo iluminista. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**, volume 2: o século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 142-143.

³⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO. Interpretação Constitucional: entre dinâmica e integridade. **Seqüência**, Florianópolis, n. 72, p. 75, abr. 2016.

tempo, projeto esse mantido em estado de latência. A corrente aceita o ativismo judicial, de modo que certos valores, como liberdade, justiça social e igualdade sejam invocados no momento da decisão. Fala-se, desse modo, no *living constitution* nos Estados Unidos e de constituição dúctil na Itália.

Correlata a essa visão, surge uma categorização que divide subjetivistas e objetivistas. Para os primeiros, a interpretação deveria captar a “vontade histórico-psicológica” do órgão que produziu o enunciado normativo. Trata-se de vincular a *mens legislatoris*. Por outro lado, para os objetivistas, deve-se compreender o sentido atual do texto (*mens legis*), desvinculando-o da pretensão do órgão criador original. Realizados esses registros de ordem teórica, passar-se-á ao que expõe Waldron.

Jeremy Waldron, em *Lucky in Your Judge*³⁵, publicado na *Theoretical Inquires in Law*, destacou que a aplicação do direito não pode ser como o clima na Inglaterra, em que a possibilidade de chuva passa longe da previsibilidade. Se existem direitos estatuídos e garantias estabelecidas, o seu conjunto não pode deixar de ser aplicado pela conveniência de quem está a aplicá-la³⁶. O professor neozelandês utilizou como substrato fático a publicação, no *The New York Times*³⁷, de uma série de reportagens sobre o sistema judicial da cidade de *New York*, especialmente aquele referente ao juizado de “pequenas causas”. O objetivo da série jornalística foi retratar como as pessoas eram consideradas neste juizado, em que juízes leigos não precisam ter formação para atuar, como ocorre com o Sr. Buckley, eletricista que, após o expediente, atua na função de juiz-leigo. Para a reportagem, o Sr. Buckley disse que seguia o seu “[...] próprio bom senso, e pros diabos com o Direito³⁸”.

O cerne da contextualização de Waldron está em dizer que as pessoas tiveram azar por serem julgadas não pelo Direito, mas pela moral do juiz. Em decorrência disso, traçou três elementos para a estruturação de um sistema jurídico coerente, quais sejam, a previsibilidade, a não-arbitrariedade e o respeito às regras do jogo (*fairness*), os quais servem como fatores imunizadores à aplicação do direito descriteriosa, uma vez que “[...] aqueles que disputam não devem ter esperança de ter sorte, ou temerem a má sorte, na

³⁵ WALDRON, Jeremy. *Lucky in Your Judge*. **Theoretical Inquires in Law**, Tel Aviv, v. 9, n. 1, 2008. p.189-192.

³⁶ STRECK, Lenio. *Por gostar de Escola Sem Partido, desembargadora de SC ignora o STF*. Coluna Senso Incomum de 31 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/senso-incomum-gostar-escola-partido-desembargadora-sc-ignora-stf>>. Acesso: 12 fev. 2026.

³⁷ A coletânea de reportagens pode ser encontrada nesse site: <http://www.anglonauts.eu/history/hist_21_uk_usa_timeline_articles_pictures_cartoons_videos/history_2006_uk_usa/hist_2006_3/hist_2006_3_us_just_sta.htm>. 31 maio 2025.

³⁸ O outro caso citado é o de Gary Betteres que ajuizou reclamação contra o vilarejo de Malone, que devia mil dólares ao programa de recreação de verão. Ninguém se apresentou para defender o vilarejo, mas, mesmo assim, o juiz William J. Gori deu sequência ao caso e o rejeitou. Gary Betteres não entendia o motivo pelo qual alguém poderia ganhar um caso sem nem mesmo saber que o caso existia.

lei aplicada ao caso deles³⁹”.

Waldron alertou que um dos pontos estruturantes do Estado de Direito é aquele que guarda relação com o ideal de diminuir a imprevisibilidade da aplicação do direito, de modo a fornecer uma base sólida e confiável para cálculo por parte dos cidadãos comuns. Por meio da lei, os assuntos por ela veiculados servem como ponto de orientação, publicizados antecipadamente, o que permite a consolidação das expectativas. Afirmou Streck que, “[...] se simplesmente olhar o processo e tomar uma decisão com base na percepção pessoal é uma decisão jurídica, então qualquer pessoa pode decidir⁴⁰”.

Contra a arbitrariedade, Waldron sugeriu que, “[...] se é realmente uma questão de sorte que a lei (se houver) é aplicada ao caso por um tribunal, existe um problema que pode melhor ser descrito sob o título de arbitrariedade⁴¹”. Isso significa dizer que decisões judiciais trazem consequências às pessoas, cujos efeitos podem levar à perda financeira, encarceramento e estigmatização, porquanto que os indivíduos não devem sofrer esses resultados sem uma boa razão e a lei aplicável deve incorporar a noção de quais são as boas razões para infligir uma consequência jurídica a alguém. A autoridade do direito, portanto, deve associar-se à razoabilidade do processo legislativo, é dizer, ao processo mediante o qual são apresentadas as boas razões para a transformação de alguma proposição em lei.

O ponto chave da argumentação de Waldron está na noção de que o sistema jurídico deve manter um modo de operação de forma a “[...] não exigir que as pessoas exerçam juízos morais para descobrir o que o direito é⁴²”, uma vez que a autoridade do direito deriva do que está convencionado, não de uma ideia parcial ou do sentido de justiça próprio de cada julgador. É neste sentido que há, ao menos neste aspecto, uma convergência com o pensamento de Lenio Streck.

Buscando-se um diálogo, Lenio Streck, em *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, denunciou um ambiente no Brasil no qual se pode evidenciar decisões de juízes singulares ou de órgãos colegiados em que não há o trabalho de esconder, na fundamentação das decisões, que os autores julgam conforme o entendimento pessoal sobre o sentido da lei⁴³. Se não bastasse, Streck destacou que o juiz está submetido a um contexto intersubjetivo de significados, de modo que as palavras da lei não estão à livre disposição do intérprete, para que ele delas se utilize sem nenhuma conexão fática e

³⁹ WALDRON, Jeremy. Lucky in Your Judge. **Theoretical Inquires in Law**, Tel Aviv, v. 9, n. 1, 2008. p. 192.

⁴⁰ STRECK, Lenio. **Hermenêutica**. São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.1, 2017. p.31.

⁴¹ WALDRON, Jeremy. Lucky in Your Judge. **Theoretical Inquires in Law**, Tel Aviv, v. 9, n. 1, 2008, p.201.

⁴² WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 421.

⁴³ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.20.

histórica. Neste contexto, Lenio Streck afirmou, em *Hermenêutica*, que é inadequado um sistema jurídico no qual “[...] o juiz interprete como quer e solte o acusado quando quer. Ou prenda alguém sem motivo, só porque ele, pessoalmente, ‘quer acabar com a impunidade’⁴⁴”.

De nada adiantaria, nestas circunstâncias, o direito ser previsto por meio da legislação, sem que ela seja aplicada de maneira equilibrada-adequada, com equanimidade e uniformidade. Com efeito, Waldron estabeleceu a necessidade de que o sistema jurídico se adapte à noção de *fairness*, que pode ser traduzida como equilíbrio ou respeito às regras do jogo: às situações semelhantes devem ser dadas interpretações semelhantes, no sentido de coerência ao sistema, de modo que, uma vez comparadas, não se chegue à conclusão do excesso ou da falta de determinada consequência jurídica. Vale dizer, se uma pessoa pode ser punida com mais severidade do que outra por uma ofensa menos hedionda, o sistema judicial não é equilibrado, em razão de oferecer respostas diferentes para problemas iguais, enquanto que, ao revés, deveria oferecer idênticas respostas para problemas de conteúdo idêntico⁴⁵.

O Brasil apresenta-se como grande campeão no sentido de apresentar-se como exemplo negativo. No âmbito da denominada doutrina nacional, dizer-se crítico⁴⁶ significa (i) afirmar que o *juiz-bouche-de-la-loi* não deve existir pós-constitucionalização democrática, em razão de, agora, vigorarem os *princípios*; (ii) ser um *positivista*⁴⁷ significa ser normativista, seguir à risca a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen⁴⁸ e defender (iii) que os juízes estão aptos a concretizar os valores constitucionais, no âmbito de viabilizar uma transformação social.

Certamente, “[...] podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas ‘descobertas polvulares’. Isto porque essa ‘descoberta’ não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência

⁴⁴ STRECK, Lenio. *Hermenêutica*. São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.1, 2017. p.31. Em outro texto, afirma que sobre a discricionariedade “[i]sto porque o Direito não está à disposição do julgador. O jurisdicionado não pode ficar à mercê justamente das contingências, do tropeço na pedra, da “sede de ser justiceiro” ou da vontade de ser um “juiz Magnaud”. Não há sorte ou azar nisso, como no filme *Match Point*, de Woody Allen. Ora, se alguém vai arrogante para a audiência e com a camisa para fora da calça, isso significa que é culpado? Ou que é inocente? STRECK, Lenio. *Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistêmico-teoria-decisao-juridica>>. Coluna Senso Incomum de 18 de fevereiro de 2016. Acesso: 12 fev 2026.

⁴⁵ A esse respeito, sustenta Streck que: “[n]a realidade, a falta de segurança jurídica em nossa jurisprudência está relacionada ao descompromisso do nosso Judiciário com a legalidade vigente, uma vez que em seu imaginário a lei estaria à disposição do intérprete que poderia deixar de aplicá-la por razões de conveniência (sic)”. STRECK, Lenio. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.110.

⁴⁶ STRECK, Lenio. **Sobre ponderações e katchangas: o senso comum venceu?** São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.2, 2017.p.13.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 12 fev. 2026.

⁴⁸ STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2017. p.159 e sgs.

dos valores⁴⁹". Assim, parece orbitar uma espécie de sistema de frases prontas, à disposição de julgadores e comentadores do direito, que às "pescam" para justificarem quaisquer decisões.

Os sentidos dos textos não estão à disposição do intérprete: existem os limites semânticos do texto, conforme salienta Streck. Somente à vista do texto é que se pode estabelecer os seus limites de sentido. O diálogo proposto por Jeremy Waldron está no fato de o autor ter sugerido uma postura de que os desacordos devem ser colocados em pauta e decididos de forma democrática, ainda que a questão de fundo (o mérito ou demérito moral da solução adotada) fique *eternamente inconclusa*. O mecanismo mais democrático existente, até o presente período histórico, é estatuir direitos, garantias e procedimentos a serem respeitados, ainda que sobre eles haja uma discordância.

Aponta-se, portanto, para uma distinção de momentos: para discutir e para decidir. O momento para desacordos morais, discussões sobre alternativas políticas, o estabelecimento de direitos ou garantias polêmicas se encerra, politicamente, com a finalização do procedimento legislativo-constitucional. O momento da decisão – e o sistema funcionalmente direcionado para esse momento – não é e nem deve ser caracterizado por julgamentos morais, revisitando o momento anterior, de natureza política. Se a decisão é jurídica, o caminho natural de qualquer raciocínio lógico encaminharia o intérprete para o cumprimento daquilo que foi acordado, porque política, direito e moral convergem-se e diferenciam-se.

Ocorre que não existe um freio ao pensamento humano: nem a lei, nem a moral, a religião e a doutrina política podem-conseguem restringir as inúmeras possibilidades da linguagem e controlar as possibilidades de decisão, se o intérprete a entendê-la como ato de vontade. Não existe, ainda, uma fórmula apta a combater a arbitrariedade, o juiz-consciente que julga conforme o seu bel-prazer, o juiz-vingador, o juiz dos valores, o juiz dos princípios, todas essas figuras que moralizam o direito e que poderiam moralizá-lo posteriormente a moralização proveniente do parlamento: uma dupla moralização perversa, que tornaria vã a tentativa teórica que visa a eliminar a ficção da pureza do direito, substituindo-a pela proposta que admite o viés moral, mas que afasta a moralidade da aplicação do direito.

No Brasil, por exemplo, verifica-se que as decisões são cada vez mais tomadas pela contaminação moral, incluindo, por que não dizer principalmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal. Na visão de Waldron, a vontade parlamentar-popular foi diminuída, ou quase eliminada, como resultado de discussões essencialmente legislativas que estão se movendo para a esfera judicial. Em outras palavras, a defesa de Waldron

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. Disponível em: <https://siaiop32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 12 fev 2025.

impõe que o lugar para debater desacordos não seria a arena judicial, mas a esfera parlamentar. Isso ocorre porque mudar o local para os debates sobre desacordos torna a aplicação da lei uma questão de acaso, indesejável em (e para) uma democracia, e, também, pode se apresentar como uma possibilidade de arbitrariedade judicial, violando a autonomia e a integridade da lei e, conseqüentemente, a própria estrutura do estado de direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma de suas aulas, rememorando Martin Heidegger, Lenio Streck afirmou que “[...] quanto mais linguagem, mais mundo; quanto menos, menos mundo”. O fato é que o tempo contemporâneo revela-se promotor de desacordos guturais, que soam ininteligíveis por serem sons não traduzíveis para textos razoáveis que expressem desacordos de boa-fé e que, portanto, não viabilizam o acordo sobre o direito, ainda que a natureza desse seja provisória e cujas possibilidades de mutação possam ser verificáveis futuramente.

A proposta de Jeremy Waldron reside na substituição da noção de justiça do direito pela noção de autoridade, mas não nega a possibilidade de que o direito contenha elementos de natureza moral, em razão de que a origem parlamentar faz com que nele se insiram elementos de natureza moral. Aplicar o direito, todavia, não deve ser uma atitude moral: deve limitar-se ao que foi convencionado ao fruto do desacordo.

O sistema jurídico democrático deve atender, para Jeremy Waldron, as demandas de previsibilidade, não-arbitrariedade e respeito às regras do jogo (*fairness*). O cidadão não pode se submeter ao julgamento por consciências de pessoas, mas às sanções previamente estabelecidas em razão da possibilidade da existência de um fato, moralmente valorado e que denote as boas razões da previsão de conseqüências jurídicas. Por isso, o direito deve ser aplicado não em decorrência da vontade do legislador ou do julgador, mas em razão da autoridade do acordo intersubjetivo, o que significa que as mesmas regras valem para todos e, se assim o for, não haverá arbitrariedade. A lógica, até certo ponto, contém proposições simples, mas a factualidade revela o desafio de difícil superação, este que dirige-se contra à arbitrariedade, à falta de previsibilidade e à ausência de *fairness* em muitos sistemas judiciais, entre os quais, e sobretudo, o brasileiro.

REFERENCIAS DAS FONTES CITADAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros, 2003.

AUSTIN, John. **The Providence of Jurisprudence Determined**. Cambridge University Press, 1995.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BUSTAMANTE, Thomas. Positivismo Normativo ou Novos Desenhos Institucionais? – Uma Análise de Duas Alternativas para se Contestar a Supremacia das Cortes Constitucionais. In: Fortes, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel. **Teorias Contemporâneas do Direito**: o Direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá, 2016. p.77-96.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO. Interpretação Constitucional: entre dinâmica e integridade. **Seqüência**, Florianópolis, n. 72, p. 67-92, abr. 2016.

CONSANI, Cristina. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p.2424-2448, 2015. Disponível em: <10.12957/rqi.2015.20933>. Acesso em: 12 fev. 2026.

DAHL, Robert. **How Democratic Is the American Constitution?** New Haven: Yale University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução: Alonso Reis Freire.1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**, volume 2: o século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARAIVA, Bruno Cozza. O Direito Natural, o Direito Positivo e o Positivismo Jurídico: de como se decide no Brasil. **Cadernos de Direito Actual**, Revista eletrônica, n. 15, p. 72-94, 2021.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política**. Tradução: Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.299.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 12 fev. 2026..

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Caso do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?* **Coluna Senso Incomum de 18 de fevereiro de 2016**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistemico-teoria-decisao-juridica>>. Acesso: 12 fev. 2026.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.1, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.25.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.110.

STRECK, Lenio Luiz. **Por gostar de Escola Sem Partido, desembargadora de SC ignora o STF**. Coluna Senso Incomum de 31 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/senso-incomum-gostar-escola-partido-desembargadora-sc-ignora-stf>>. Acesso: 12 fev.2026.

STRECK, Lenio Luiz. **Sobre ponderações e katchangas: o senso comum venceu?** São Leopoldo: Coleção Livro-Carta, n.2, 2017.p.13.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH JUNIOR, Gilberto. (Autonomia do) Direito e desacordos morais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 119, p. 253-289, jul./dez. 2019.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdo**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WALDRON, Jeremy. Judicial Review of legislation. In: MARMOR, Andrei. **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2015.

WALDRON, Jeremy. Lucky in Your Judge. **Theoretical Inquires in Law**, Tel Aviv, v. 9, n. 1, 2008.

WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript – Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

COMO CITAR

SZINVELSKI, Márton Marks; SARAIVA, Bruno Cozza. A aplicação do Direito não pode depender de sorte. **Revista Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v^o 21, n^o1, 1^o quadrimestre de 2026. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp> - ISSN 1980-7791. DOI: <https://doi.org/10.14210/rdp.v21n1.p193-212>

SOBRE OS AUTORES:

Márton Marks Szinvelski

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior.

Bruno Cozza Saraiva

Professor e orientador no Mestrado Internacional em Direito Privado Europeu da Università Mediterranea di Reggio Calabria. Pós-doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí - UFPI. Pós-doutor em Novas Tecnologias e Direito no Mediterranea International Centre for Human Rights Research da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-graduando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito e Processo Constitucional na Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Penal Econômico Aplicado na Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul.

Received: 15/11/2025
Approved: 03/03/2026

Recebido em: 15/11/2025
Aprovado em: 03/03/2026