



Análise crítica do acórdão do STJ (R-344): uma dialógica entre as posições metodológicas de Castanheira Neves e Posner.

Brenno Ribas, ULP, Brasil.¹

RESUMO

O presente trabalho analisa o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que trata sobre um pedido intepetivo de declaração de estado de insolvência e de exoneração do passivo restante realizado por pessoa física. Partindo deste caso concreto, o estudo tem como escopo a metodologia jurídica, objetivando realizar uma dialógica entre a posição metodológica de Castanheira e a de Posner. Ambas orientações metodológicas tem claramente um viés de oposição ao formalismo, ante a consideração no momento da decisão judicial, de outros elementos para além das normas escritas, como a jurisprudência e a doutrina. No caso concreto em análise, tem-se na decisão a consideração de fatores não-legais como a “ratio legis”, princípios jurídicos e jurisprudencia. Desta forma, iremos nos desbruchar numa dialógica entre as orientações metodológicas defendidas por Castanheira Neves e Richard Posner. Para alcançar esse propósito, tomara-se como fonte uma revisão literária de ambos os Autores, bem como alguns posicionamentos de outros doutrinadores sobre os metodos estudados.

Palavras-chave: Metodologia Jurídica; Castanheira Neves; Richard Posner.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem a finalidade de analisar o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que trata sobre pedido intepetivo de declaração de estado de insolvência e de exoneração do passivo restante realizado por pessoa física. No entanto, o recorte dá-se a partir de um olhar da metodologia jurídica, objetivando realizar uma dialógica entre a posição metodológica de Castanheira e a de Posner, com vistas ao caso concreto.

Trata-se de uma caso muito interessante a partir desse ponto de vista, pois como será visto, pois a lei prevê um prazo legal para realização dos pedidos de declaração de estado insolvência e de exoneração do passivo restante, e, apesar da desobediência do prazo, o STJ decidiu pela concessão do pedido.

A lei prevê um prazo para realização do pedido, o qual não foi obedecido pelo Requerente. Porém, ainda assim, teve o seu pedido atendido. Por quê? Como os juizes chegaram a esse resultado? Não são perguntas simples, pois a realização do Direito é um fenômeno complexo, não sendo possível chegar a apenas um resultado por meio uma única equação, como: 1 mais 1 é igual a 2.

¹ Endereço eletrônico: brennoribas.jus@gmail.com. ORCID: 0000-0002-1539-1185.

Ribas, B.; Análise crítica do acórdão do STJ (R-344): uma dialógica entre as posições metodológicas de Castanheira Neves e Posner. Revista Portuguesa de Ciências Jurídicas V.3, Nº1, p.01-18, Jan./Jul. 2022. Artigo recebido em 25/01/2021. Última versão recebida em 18/03/2021. Aprovado em 20/04/2021

Todavia, assim como a Matemática, o Direito é uma ciência que exige um percurso racional e lógico para se concretizar (através de sua interpretação). Essa trajetória lógico-racional para realização das normas, é objeto estudo da metodologia jurídica, denominada por José Lamego de “doutrina da aplicação prática do direito”.²

Nesta doutrina, podemos encontrar vários paradigmas da aplicação do direito ou orientações metodológicas, à exemplo do positivismo, do funcionalismo, do historicismo, entre outros. Porém, destacamos neste trabalho, por uma questão de recorte temático e objetivo deste trabalho, especificamente as orientações metodológicas de Castanheira Neves e de Richard Posner.

Em Castanheira Neves, encontra-se a construção de um esquema racional e metódico (crítico-reflexivo), que tem como elementos estruturais no momento da aplicação do direito, o problema concreto e um sistema jurídico (composto de princípios, positivos, transpositivos e suprapositivos, bem como de normas, jurisprudências, doutrina, etc). Por sua vez, em Richard Posner, que volta seu estudo especificamente aos casos difíceis, tem-se que a decisão judicial “é menos o resultado de (uma) aplicação do “direito” e mais de (uma) criação discricionária”³, orientada pelos seus efeitos, conforme a inclinação natural dos juízes para fazer o que é razoável.

Ambas orientações metodológicas tem claramente um viés de oposição ao normativismo, ante a consideração no momento da decisão judicial, de outros elementos para além das normas escritas, como os princípios. Todavia, verifica-se uma notória distinção do ponto de vista metódico, porquanto Castanheira Neves propugna um percurso racional e metódico (crítico-reflexivo), com solução ao caso-problema no plano interno jurídico, Posner avoca um caminho racional e pragmático, com liberdade para o juiz fazer o que considera razoável.

No caso concreto em análise, tem-se na decisão a consideração de fatores como a “ratio legis” e princípios jurídicos. Desta forma, o trabalho se dedica em realizar uma dialógica entre as orientações metodológicas defendidas por Castanheira Neves e Richard Posner.

Para alcançar esse propósito, tomara-se como fonte uma revisão literária de ambos os autores, bem como alguns posicionamentos de outros doutrinadores sobre os métodos estudados.

² LAMEGO, José. Elementos de Metodologia Jurídica. Coimbra: Editora Almedina, 2016. pág. 7.

³ CARMO, Sandra. Como constroem os juízes a decisão de casos difíceis? R. Posner e o Direito como uma Área Aberta. Algumas reflexões. Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, 2(2). p. 60.

Do exposto, resume-se que a estrutura metodológica parte do enquadramento do caso concreto objeto de estudo, apresentação das orientações metodológicas de Castanheira Neves e Richard Posner, e ao final realizar uma dialógica entre os paradigmas de aplicação do direito introduzidas com o caso concreto, sendo utilizado como método de pesquisa o bibliográfico e expositivo.

1. O O CASO CONCRETO - PROCESSO Nº 152/10.1TBBERG-E. G1.S1

O processo nº 152/10.1TBBERG-E. G1.S1 trata de pedido de declaração de estado de insolvência e de exoneração do passivo restante realizado por pessoa física, sendo este último pedido realizado fora do prazo previsto em lei. Apesar disso, ambos os pedidos foram deferidos pelo Tribunal Judicial de Braga – 3º Juízo Cível, e, posteriormente, confirmados pelo Tribunal da Relação de Guimarães, após recurso do Ministério Público e o credor Banco BB, S.A.

Ainda inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça – invocando oposição do Acórdão recorrido, com outro da mesma Relação, datado de 18.11.2010 (Proc. 4046/09.TBanco BBERG-F.G1) – que decidiu, em sentido diverso, a mesma questão essencial em apreciação nas duas decisões.

Apreciando o recurso, o STJ repercutiu a questão da apresentação fora do prazo do pedido de exoneração do prejuízo restante, colocando em causa a interpretação da al. d), do nº1, do art. 238º do CIRE. O referido dispositivo dispõe o seguinte:

“1 - O pedido de exoneração é liminarmente indeferido se:

a) For apresentado fora de prazo;

(...)

d) O devedor tiver incumprido o dever de apresentação à insolvência ou, não estando obrigado a se apresentar, se tiver absterido dessa apresentação nos seis meses seguintes à verificação da situação de insolvência, com prejuízo em qualquer dos casos para os credores, e sabendo, ou não podendo ignorar sem culpa grave, não existir qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica;”

A questão essencialmente debatida, foi saber se, mesmo tardia a apresentação do pedido de insolvência, “*ipso facto*” resultam para os credores, prejuízos. Para os julgadores, o conceito de prejuízo da al. d) do art. 238º, nº1, do CIRE, em harmonia com a *ratio legis*, corresponde a um prejuízo sensível, ou seja, tem de ser tal que constitua patente agravamento da situação dos credores que assim ficariam mais onerados pela atitude culposa do insolvente.

Para o Ministério Público, em recurso, o pedido intempestivo acarretaria a consequente continuada contagem de juros sobre o passivo, o que representaria em prejuízo para os credores.

Em *decisum*, a corte considerou, como já referido, a *ratio legis* do instituto da exoneração (evitar o colapso financeiro do insolvente pessoa singular), bem como fez observância ao princípio do “fresh start” ou “segunda chance”, correspondente ao direito das pessoas singulares de boa fé incorridas em situação de insolvência, se libertarem de algumas das suas dívidas, e assim lhes permitir a sua reabilitação económica.

Com tudo isso em consideração, o STJ negou a revista ao Ministério Público, decidindo que a apresentação de pessoa singular à insolvência, como pedido de exoneração do passivo restante fora do prazo legal, não implica a presunção de prejuízo nos termos do CIRE, por carecer de demonstração efectiva, casuisticamente.

2. CASTANHEIRA NEVES E SUA POSIÇÃO METÓDICA: O JURISPRUDENCIALISMO

Castanheira Neves é o principal autor do jurisprudencialismo, recente corrente da Filosofia do Direito. O termo fez-se composto em razão da problemática do direito que pode vir a ser analisada em seus aspectos sociológico, axiológico, crítico-cultural e funcional. Inicialmente, tratando-se do aspecto sociológico, versa sobre a inadequação normativa e da ineficiência institucional diante das complexas sociedades nos dias atuais. No aspecto sociológico, é visualizado a modificação do direito em razão da validade autónoma de um direito de mero instrumento, cuja principal consequência é a ocorrência de “muitas leis e pouco direito”. Quanto ao aspecto crítico-cultural, pode ser analisado em meio aos estudos do *Critical Legal Studies Movement*, representados por meio do niilismo, e ainda, pelos desconstrutivismos da cultura contemporânea. Por fim, quanto ao aspecto funcional, há outros reguladores sociais que vêm se relevando mais eficazes e atuais do que o direito.⁴

Outrossim, o autor direccionou o entendimento do direito por meio de uma metodologia que objetiva esclarecer principalmente quatro temáticas: (1) A relação entre o método e o logos. (2) A intencionalidade que virá a guiar o método. (3) O problema fundamental do Direito. (4) E qual a racionalidade necessária a esse modelo.⁵

Quanto a relação entre o método e logo, buscaremos inicialmente a etimologia das palavras. Método tem origem no Grego, *Methodos*, composto originalmente pela palavra *meta*, que significa por meio de, ou através de, e pela palavra *hodos*, o qual significa caminho, ou

⁴ NEVES. António Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido?: O problema atual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 10–13.

⁵ *Ibidem*.

via⁶. Enquanto o *logos* segundo o filósofo Aristóteles se refere a um espírito de razão, a lógica.⁷ Desse modo, a Metodologia exprime uma razão com a intenção de um método.

Consoante o autor, há três respostas para a relação entre o *logos* e o método. A primeira relação refere-se a uma exterioridade construtiva, sendo o método uma ferramenta da razão, e este último como meio de construção do método, ao qual inicialmente é utilizado como instrumento, para depois ser aplicado na prática. Nessa relação é utilizada uma metáfora do nadador, ao qual este imagina, teoriza e constrói uma teoria abstrata, sem a existência de um teste prévio de como seria a ação do nadar, e quando este entra na água é guiado unicamente pelo seu plano prévio⁸; este entendimento é típico do racionalismo moderno⁹, por meio da Escola de Exegese¹⁰.

A segunda relação entre o *logos* e o método é referente a uma imanência construtiva, em que a razão é analisada como produto da prática, e do que foi manifestamente comprovado e com o método interno somente sendo reconhecido posteriormente por meio da descrição. Utilizando-se ainda da metáfora do nadador, um bebê somente aprende a nadar, nadando¹¹; e essa relação com o Direito pode ser examinada por meio da experiência jurídica romana da Antiguidade Clássica, onde os jurisconsultos sem a utilização de um método, resolviam os problemas ali constantes¹².

Enquanto a terceira relação é realizada por meio da reconstrução crítico-reflexiva, não havendo prescrição de um método prévio que venha a se adequar, bem como não há uma descoberta posterior a descrição do método. Aqui a razão que vem a determinar os fundamentos, bem como a intencionalidade da prática em uma atitude criticamente reflexiva; desse modo o *logos* não é prescritivo ou descritivo, mas crítico-reflexivo. Na metáfora do nadador, este escolheria um sentido e mergulharia, sem se utilizar de um planejamento total antes disso, e não havendo uma descrição da ação. O nadador desenvolveria as suas habilidades enquanto

⁶ GRAMÁTICA. Etimologia de método.

⁷ ARISTÓTELES. *De Interpretatione In Angioni, I. (trad./org.) Ontologia e predicação em Aristóteles*. Campinas: Unicamp, 2000, p. 23.

⁸ NEVES, António Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido?: O problema atual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 13.

⁹ DESCARTES, René. *Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 34.

¹⁰ NEVES, António Casranheira. *Escola da Exegese. In: Digesta. Vol.II. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 308.

¹¹ NEVES, António Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido?: O problema atual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 13.

¹² TABOSA, Agerson. *Direito Romano*. Fortaleza: Fa7 Editora, 2007, p. 59.

estivesse a nadar, e somente se adaptaria a certos aspectos enquanto estivesse na prática da natação.¹³

Assim, para o jurisprudencialismo a relação entre o *logos* e o método deve ser crítico-reflexiva, com uma dialeticidade onde além da teoria orientar a prática, também é orientada por esta.¹⁴ Logo, o Direito deve ser entendido de maneira que a intencionalidade da perspectiva metódica possa vir a sofrer influências de eventos histórico-culturais da comunidade, estando disponível para a resolução e realização no caso prático.¹⁵

Quanto a temática de qual intencionalidade virá a guiar o método, onde inicialmente surgiria a indagação se esta seria realizada pelo legislador ou juiz. O legislador além de criar direitos, possui uma estratégia política e programação político-social, estando, portanto, inserida no âmbito e teoria da legislação e política do direito, e não da realização concreta. Logo, para o jurisprudencialismo o âmbito temático é guiado pelo Juiz, que busca sem a influência política ou estratégicosocial da sua função, a realização do Direito.¹⁶

Desse modo, o problema fundamental do jurisprudencialismo é direcionado para a resolução de problemas práticos, não tendo o legislador a habilidade de elaborar uma legislação que venha a resolver todos os problemas, sendo do juiz essa competência.¹⁷

Para o autor, o estudo do Direito no mundo prático e atual é complexo, uma vez que na economia e política há vários conflitos de caráter ideológicos e de interesse, com o desenvolvimento irracional volutivo. Neste cenário, o caminho a se seguir é de uma relação de sujeito-sujeito mediados pelo mundo, além de uma relação transindividual ao qual seja reconhecido o valor, e não a função ou utilidade. Essa transcendência intersubjetiva vem a fundamentar o sentido, e o valor vem a resultar na validade, servindo de parâmetro de relações sociais.¹⁸ Desse modo expõe Castanheira Neves:

“Neste setor do universo prático cabe a ética e o direito. A ética, se a relação é puramente de sujeito e sujeito ou de pessoa a pessoa com abstracção do mundo – o casuismo pode ser exigido pela prudência de uma , mas a essência ética postula o absoluto intencional. O direito, se a relação é de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa em mediata

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; LEITE, Vanessa Gomes. *A crítica jurisprudencialista de Castanheira Neves à tese dos direitos de Ronald Dworkin: Um debate sobre o conceito de direito como integridade*. 2015, p. 3.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; LEITE, Vanessa Gomes. *A crítica jurisprudencialista de Castanheira Neves à tese dos direitos de Ronald Dworkin: Um debate sobre o conceito de direito como integridade*. 2015, p. 26.

referência ao mundo – i. é, relação num contexto social que tem também como dimensões o económico e o político.”¹⁹

Assim, deve-se buscar a permanência do arbítrio e da vontade do indivíduo, onde é papel da Metodologia vir a limitar o arbítrio, e limitação e controle das voluntas judiciais por meio de um juízo decisório concreto, utilizando-se de elementos de juízo, decisão e concretude.

A racionalidade é classificada em três modalidades, a primeira tratando-se de uma relação exclusiva entre proposições em modo que há uma inferência necessária entre elas, com a racionalidade lógica e discurso lógico; a segunda utiliza-se de um discurso de referência objetiva, ou também denominado teórico, por meio de uma relação sujeito-objeto, onde sua validade é realizada por meio da correspondência entre o objeto e a formulação teórica prévia; e no terceiro tipo encontra-se uma racionalidade que está limitada à lógica, além de não se realizar por meio de uma referência teórica ou explicativa, mas numa relação do modelo sujeito-sujeito, não sendo buscado uma verdade, adequação ou explicação, mas uma racionalidade prática.²⁰ Desse modo, para o autor a racionalidade é visualizada por meio de uma prática-jurisprudencial, onde no Direito esta é material e axiológica, na busca pela dignidade humana e humanização do Direito.

Quanto ao esquema metódico esse apresenta dois elementos estruturais, a ser o sistema e o problema. O sistema detém a inclusão dos princípios, positivos, transpositivos e suprapositivos, e também a abrangência de normas, jurisprudências e a doutrina, ou dogmática, que demonstra a sua importância por meio de fundamentação e argumentação na interpretação do problema concreto. Quanto ao problema, este pode ser compreendido pela intencionalidade problemática dos casos a serem consideráveis para a solução pelo juízo, ao qual envolve a normatividade do sistema. Ademais, a centralidade da relação do sistema e problema encontra-se no problema, uma vez que é a partir deste que surgem os questionamentos que serão buscados uma resposta, devendo ainda o problema ser visualizado sob a perspectiva normativa do sistema. A ligação entre o sistema e o problema é dialética e argumentativa, não sendo resultando em uma resposta prévia ao caso concreto.²¹

Outrossim, no esquema metódico há duas questões, a de fato e a de direito. A questão de fato pode ser analisada como ponto de partida do problema prático, ao qual possui a função de determinar o âmbito da relevância jurídica e a sua comprovação. Assim, é concebível a

¹⁹ NEVES, António Castanheira. *A imagem do homem no universo prático. In: Digesta. Vol.I. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995, p. 318.

²⁰ NEVES, António Castanheira, *Metodologia jurídica - Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 15.

²¹ *Ibidem*.

percepção da relação dialética entre o problema e o sistema, ou ainda, entre a questão de fato e a questão de direito. A questão de fato tem como elemento central a prova, e o objeto a determinação do critério jurídico a ser orientado e vir a fundamentar a solução do caso. Enquanto a questão de direito há a divisão entre a questão de direito em abstrato e questão de direito em concreto, tendo o seu problema concebido pelo próprio juízo a apreciar o caso.²²

Assim sendo, e em síntese, o âmbito do jurisprudencialismo é a solução dos problemas jurídicos na prática, através de um juízo decisório, ao qual acolhe as voluntas do juiz, mas sem olvidar a fundamentação e argumentação como ferramenta de controle e limitação. O esquema metódico vem a exibir e guiar a relação prática do sistema e problema, por meio de uma relação dialética. O juízo decisório é constituído pela relação da questão de fato e a questão de direito, não estando no direito a solução de todos os problemas, mas sendo deste a racionalidade do problema material e axiológico.²³

3. A ORIENTAÇÃO METODOLÓGICA DE RICHARD POSNER: A CRIAÇÃO DISCRICIONARIA DA DECISÃO JUDICIAL

Em análise do desempenho dos juízes norte-americanos das instâncias superiores no processo de decisão de casos difíceis, na obra “How the judges think?”, Richard Posner verificou nove tipos de comportamentos por parte dos magistrados na aplicação do direito, explicitados em teorias, quais sejam: 1 - “Attitudinal Theory”; 2 - “Strategic Theory”; 3 - “Sociological Theory”; 4 - “Psychological Theory”; 5 - “Economic Theory”; 6 - “Organizational Theory”; 7 - “Pragmatic Theory”; 8 - “Phenomenological Theory” e a 9 - “Legalism Theory”.

Explicando brevemente, uma por uma, verificamos primeiro que na “Attitudinal Theory” a decisão do juiz é relacionada com a sua preferência política, implicando que a ideologia-política do julgador influencia em sua decisão, em especial naqueles que obtiveram seus cargos através de indicações políticas, como nos casos do juízes federais norte-americanos, em especial os da Suprema Corte, que são indicados pelo Presidente.²⁴

Enquanto que, a “Strategic Theory” verifica que a influencia da preocupação do juiz com a reação dos seus pares (outros juízes), do público e até do legislador, faz com que este julgador

²² GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; LEITE, Vanessa Gomes. *A crítica jurisprudencialista de Castanheira Neves à tese dos direitos de Ronald Dworkin: Um debate sobre o conceito de direito como integridade*. 2015, p. 34.

²³ *Ibidem*.

²⁴ POSNER, Richard. *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008. p. 20.
RPCJ, Portugal-PT, V.3, Nº1, p. 01-18, Jan./Jul.2022 www.revistas.editoraenterprising.net

tome uma posição estratégica no momento da decisão.²⁵ Em outras palavras, evidencia-se por essa teoria, a influência de fatores externos ao caso, no juízo decisório de julgador.

Posner afirma que a “Strategic Theory” e a “Attitudinal Theory”, são compatíveis considerando que “the judge who wants the decisions of his court to conform to his political preferences will be likely to choose a voting strategy that promotes that goal”.²⁶

A “Sociological Theory”, por sua vez, como bem resume Sandra Carmo, “considera os colectivos judiciais enquanto “pequenos grupos ou painéis” com uma específica composição e o fenómeno da “aversão ao dissídio”, como factores determinantes da decisão judicial”.²⁷

Exemplificando-a, Posner ponderou que provavelmente um painel com maioria republicana ou democrata decidiria de maneira diferente de um que seja todo republicano ou todo democrata, bem como um painel em um caso de discriminação sexual em que todos os juizes são homens provavelmente decidiria de maneira diferente de um painel que contenha uma juíza.²⁸

Em sequência, a “Psychological Theory” diz respeito a incerteza radical que acomete os juizes nos casos difíceis, oriunda do psicológico único de cada um. Essa teoria em foca estratégias para lidar com essa incerteza, uma característica fundamental do sistema jurídico dos EUA, na visão de Posner.²⁹

Por seu turno, a “Economic Theory” do comportamento judicial sustenta:

“(…) a imagem de um juiz que actua como um “*rational, self-interested utility maximizer*” e decide racionalmente orientando-se por critérios como o da *utilidade* e pelos *estímulos ou constrangimentos* que as sanções positivas (*carrots*) e as negativas (*sticks*) representam.”³⁰

Segundo Posner, essa teoria deve superar duas dificuldades. A primeira diz respeito a negligência aos fatores psicológicos, como a limitação cognitiva e os impulsos emocionais. A outra, refere-se a identificar os incentivos e restrições que moldam o comportamento vocacional dos trabalhadores cujo trabalho é estruturado de modo a eliminar os incentivos e restrições comuns do local de trabalho.³¹

²⁵ POSNER, cit., p. 29.

²⁶ POSNER, cit., p. 30.

²⁷ CARMO, cit., p. 62.

²⁸ POSNER, cit., p. 31.

²⁹ POSNER, cit., p. 35.

³⁰ CARMO, cit., p. 63.

³¹ POSNER, cit., p. 37.

A “Organizational Theory” baseia-se na percepção da existência de divergência entre os interesses dos funcionários com os do superior hierárquico, e, em razão disso, este último institui uma estrutura organizacional que minimiza essa divergência, buscando influenciar o comportamento dos seus funcionários. Exemplificando a teoria na seara judicial, Posner afirma que o precedente judicial corresponde a uma forma de estímulo aos juízes, por este elevar a importância do julgamento, de forma que possa repercutir em casos futuros, o que, conseqüentemente, induz os juízes a serem mais cuidadosos ao decidir um caso e explicar a decisão em uma opinião que criará um precedente apropriado.³²

Por sua vez, a “Pragmatic Theory” preconiza que uma decisão judicial deve basear-se nos efeitos que ela provavelmente ocasionará e não por uma regra preexistente (lei).³³

Em seguida, a “Phenomenological Theory”, considerada uma ‘ponte’ entre a teoria pragmática para a teoria legalista, referindo-se ao estudo da “first-person consciousness-experience as it presents itself to the conscious mind”.³⁴

Por fim, a “Legalism Theory”, que corresponde ao comportamento judicial positivista, estabelece que:

“(…) judicial decisions are determined by “the law,” conceived of as a body of preexisting rules found stated in canonical legal materials, such as constitutional and statutory texts and previous decisions of the same or a higher court, or derivable from those materials by logical operations. (...) the aspiration of the legalist is that a judicial decision be determined by a body of rules constituting “the law” rather than by factors that are personal to judges, in the sense of varying among them, such as ideology, personality, and personal background.”³⁵

Para o jurista norte-americano, o legalismo reduz o direito a uma ‘disciplina autônoma’, um ‘domínio limitado’³⁶, bem como reduz o papel do juiz a tarefa técnica de apurar e aplicar regras legais preexistentes, o que para Posner, os colocariam bem perto do caminho de serem substituídos por programas de inteligência artificial³⁷.

³² POSNER, cit., p. 39.

³³ POSNER, cit., p. 40.

³⁴ POSNER, cit., p. 40.

³⁵ POSNER, cit., p. 41.

³⁶ POSNER, cit., p. 43.

³⁷ POSNER, cit., p. 5.

Ademais, o autor considera que os métodos legalistas falham em muitos casos que chegam aos tribunais de apelação, sendo aqueles que precisamente são os casos que mais influenciam o desenvolvimento posterior da lei.³⁸

Segundo Posner, é o pragmatismo, mais precisamente, o "constrained pragmatism", que melhor descreve o juiz americano médio em todos os níveis de hierarquias judiciais e produz a melhor percepção de seu comportamento³⁹. Na sua visão:

"(...) remains the judiciary's 'official' theory of judicial behavior. It is proclaimed most emphatically by Justices of the Supreme Court, since the Court is in fact a political court, especially in regard to constitutional law, and therefore especially in need of protective coloration".⁴⁰

O pragmatismo surgiu originalmente sob a ótica estritamente filosófica, reconhecido como "philosophical pragmatism", através de três filósofos americanos - Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey – em um grupo informal de discussão em Massachusetts, em 1870. Eles tinham em comum em suas ideias e métodos, um afastamento da agenda filosófica tradicional do Ocidente, estabelecida por Platão, bem como da metodologia filosófica, com ênfase no conceitualismo, no rigor a priori e no rigor lógico. Peirce, James e Dewey defendiam um empirismo radical, no qual as proposições seriam avaliadas por suas consequências imperceptíveis e não por seus antecedentes lógicos - defendiam, em outras palavras, uma extensão do método científico em todas as áreas de investigação.⁴¹

Em simultâneo, adveio através de Holmes, um também participante daquela reunião em Massachusetts, a abordagem pragmática do direito ("legal pragmatism"). Ele rejeitava a noção ortodoxa de que os juízes poderiam decidir casos difíceis por um processo ou algo semelhante à dedução lógica das premissas dadas por textos legais ou por princípios universais inquestionáveis que inspiram e se incluem nesses textos. Para Holmes:

"(...) judges in difficult cases made law with reference to the likely social and economic consequences of their decisions, and that their intuitions about those consequences, rather than the abstract moral principles and formal legal analysis deployed in conventional judicial opinions, drove legal change and had made the law what it had become."⁴²

³⁸ POSNER, cit., p. 47.

³⁹ POSNER, cit., p. 230.

⁴⁰ POSNER, cit., p. 41.

⁴¹ POSNER, cit., p. 231.

⁴² POSNER, cit., p. 232.

Apesar de se desenvolverem simultaneamente, Posner alerta que é um erro supor que o “legal pragmatism” e o “philosophical pragmatism” são idênticos ou dependentes um do outro, esclarecendo que “the case for legal pragmatism is based not on philosophical argument but on the needs and character of American law⁴³”.

O núcleo do ‘legal pragmatism’ é a ‘pragmatic adjudication’, com cerne na preocupação com as consequências da decisão judicial e, portanto, uma disposição de basear as políticas de julgamentos nessas consequências, e não em conceitualismos e generalidades.⁴⁴

Segundo Posner, em vez de ser sinónimo de ‘ad hoc adjudication’, no sentido de considerar apenas as consequências para as partes no caso imediato, o ‘sensible legal pragmatism’ diz ao juiz que considere as consequências sistêmicas, inclusive as institucionais, e as consequências da decisão no caso em questão⁴⁵.

Sandra Carmo⁴⁶ esclarece-nos que os ‘sensible pragmatic judges’, “constroem a sua decisão assumindo como ponto-de-partida a (necessidade de) determinação de qual seja o fim/objectivo da norma, para em seguida optarem (pelo sentido) da decisão que melhor permitirá prosseguir as consequências /efeitos que essa norma se propõe promover ou impedir numa relação com o seu fim/objectivo”. E conclui que: “a decisão, assim obtida, deverá apresentar-se como sendo (a decisão) *razoável* atendendo aos interesses em jogo, ainda que, o próprio POSNER alerte para o facto de a decisão *razoável* não ser necessariamente a decisão certa/“*right decision*”.

Todavia, o autor afirma que embora a adjudicação pragmática raramente gere informações suficientes para permitir uma decisão que produz um ‘social optimum’, geralmente produz uma aproximação que é boa o suficiente para os propósitos da lei.⁴⁷

Assim sendo, Posner defende que os juízes devem ser pragmáticos, e realmente se comportar como pragmáticos, fazendo esse trabalho com atenção às consequências de suas decisões para as partes e às consequências de suas decisões para o sistema jurídico⁴⁸. Trata-se, pois, de um paradigma de construção da decisão orientada pelos seus efeitos⁴⁹.

⁴³ POSNER, cit., p. 233.

⁴⁴ POSNER, cit., p. 238.

⁴⁵ POSNER, cit., p. 238.

⁴⁶ CARMO, cit., p. 65.

⁴⁷ POSNER, cit., p. 241.

⁴⁸ POSNER, cit., p. 40.

⁴⁹ CARMO, cit., p. 65.

4. ANÁLISE CRÍTICA DO ACORDÃO DO STJ (R-344): UMA DIALÓGICA ENTRE AS POSIÇÕES METODOLÓGICAS DE CASTANHEIRA NEVES E POSNER

No acórdão em análise, verifica-se que o STJ manteve a concessão de pedido de exoneração do passivo restante, realizado fora do prazo legal, apesar da alínea d, do n.º 1, do art. 238.º do CIRE, estabelecer o indeferimento liminar em caso de apresentação do pedido de exoneração do passivo restante fora do prazo.

Por óbvio, conclui-se que o paradigma de aplicação do direito não foi o normativista, uma vez que o texto legal não foi aplicado da forma que estava previsto. Em verdade, os juizes não se limitaram a previsão do dispositivo supracitado. Pelo contrário, analisaram sistemicamente o ordenamento jurídico, em especial o CIRE (para além da alínea d, n.º 1, do art. 238.º), com observância, inclusive, ao princípio do “fresh start” ou “segunda chance”, implícito no direito de exoneração do passivo restante, e, por fim, decidiram o caso conforme a ratio legis do instituto da exoneração.

Foi considerado que a finalidade da norma em apreço é dar uma segunda oportunidade as pessoas singulares incorridas em situação de insolvência, sem, contudo, incrementar o prejuízo o credor já resultante da insolvência do devedor.

Segundo o STJ, o conceito de prejuízo, deve ser interpretado como patente agravamento da situação dos credores que assim ficariam mais onerados pela atitude culposa do insolvente.

Assim, chegaram a conclusão que a apresentação tardia do insolvente/requerente da exoneração do passivo restante, não constitui, por si só, presunção de prejuízo para os credores – nos termos do art. 238.º, n.º 1, d) do CIRE – pelo fato de, entretanto, se terem acumulado juros de mora – competindo aos credores do insolvente e ao administrador da insolvência o ónus de prova desse efetivo prejuízo, que se não presume.

Observa-se no acórdão, a determinação da finalidade da norma e depois a escolha do sentido da decisão conforme essa ratio legis. Tal opção é o retrato da orientação metodológica de Richard Posner.

Como visto, o paradigma de aplicação do direito de Posner concede ao juiz um grau elevado de discricionariedade, dentro da ‘area aberta’ do direito nos casos difíceis, com orientação nas conseqüências da decisão para as partes e para o sistema jurídico.

Interessante observar que a orientação metodológica de Posner tem semelhança com a orientação jurisprudencialista de Castanheira Neves, no tocante ao ponto de partida da insuficiência da normatividade para dar resposta aos casos concretos oriundos das complexas relações sociais da atualidade. O jurisprudencialismo abre o leque do direito para poder vir a ser

analisado em seus aspectos sociológico, axiológico, crítico-cultural e funcional e o pragmatismo, há a consideração de elementos para além dos materiais jurídicos convencionais.

Ocorre que, diferentemente do primeiro, temos a consideração dos ‘non-legal factors’, como o background do juiz, suas emoções, ideologia, entre outros, passíveis de influenciar legitimamente a decisão do magistrado. Algo que, não é permitido no guião metodológico jurisprudencialista, que tem seus fundamentos ligados diretamente ao sistema jurídico ou dele depreendíveis, como os princípios, a doutrina e jurisprudência.

Verifica-se também, que em Castanheira Neves verificamos um método racional e lógico (crítico-reflexivo). O esquema metodológico por ele apresentado, vem a exhibir e guiar a relação prática do sistema e problema, por meio de uma relação dialética. Já Posner, que considera que nos casos difíceis a decisão não pode ser obtida por mera dedução ou desimplicação lógica dos materiais jurídicos, propugna que as consequências da decisão devem guiar o juiz, que dispõe de discricionariedade para formular uma decisão razoável atendendo aos interesses em jogo.

São posições metodológicas que notoriamente permitem que os juizes realizem uma redução ou extensão teleológica da norma, tal como ocorreu no acórdão em análise. Algo que, consideramos extremamente positivo, pois aproxima a norma jurídica da realidade empírica, mas desde que bem fundamentado, caso contrário constitui-se apenas em uma vontade do juiz, que estará substituindo o legislador em suas funções

Neste sentido, Sérgio Coimbra Henriques, afirma que o elemento teleológico:

Nunca poderá constituir uma forma de o intérprete ultrapassar os limites impostos pelo próprio sistema, em busca de uma solução do caso concreto radicada na sua percepção, com a qual - pelo entendimento que tem de determinada situação - se procura substituir ao legislador.⁵⁰

Sem dúvidas, a utilização desse tipo de recurso interpretativo exige do julgador uma sustentação metodológica, com extensa fundamentação e justificação, ante a verificação de iniquidades ou patentes injustiças, resultantes da incapacidade do corpo de normas jurídicas de considerar individualmente todas as situações passíveis de verificação e dar uma solução conforme o espírito da lei.⁵¹

Porém, o percurso metodológico proposto por Posner, confere uma grande discricionariedade ao juiz, e, conseqüentemente, oferece maior risco do mesmo se confundir

⁵⁰ COIMBRA HENRIQUES, Sérgio. A redução teleológica no ordenamento jurídico português: Análise de jurisprudência/Teleological reduction in Portuguese law: Case law analysis. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p.160.

⁵¹ COIMBRA HENRIQUES, cit., p.160.

com o legislador. Pelo seu método, cada juiz ponderará as consequências de maneira diferente, dependendo da sua formação, temperamento, treinamento, experiência e ideologia.

Por isso, concordamos com os pensamentos dos críticos trazido pelo próprio Posner em sua obra, de que o pragmatismo permite, convida ou até mesmo ordena que juízes decidam os casos da maneira que desejarem, pois afrouxa as restrições de texto e da doutrina, transforma eles em ‘canhões legislativos’ soltos, expandindo a área de indeterminação judicial para todos os casos.⁵²

Por outro lado, o jusjurisprudencialismo nos fornece um limite claro no ordenamento jurídico, exigindo sua fundamentação dentro do sistema jurídico, sem a possibilidade de fundamentar a decisão em ‘non-legal factors’.

Destarte, concluímos que o resultado obtido no acórdão em estudo não seria diferente, caso o método utilizado fosse o jurisprudencialista, pois a redução teleológica poderia ser realizada com fundamento no princípio do ‘fresh start’. Mas, ainda sim, considera-se o método mais adequado a ser utilizado, por garantir maior segurança jurídica aos casos.

CONCLUSÕES

- I) O STJ decidiu que a apresentação tardia do insolvente/requerente da exoneração do passivo restante, não constitui, por si só, presunção de prejuízo para os credores, e, conseqüentemente, negou o provimento do recurso. O percurso metodológico da decisão partiu da determinação da finalidade da norma, para depois escolher o sentido da decisão, tal como prescreve a orientação metodológica de Richard Posner.
- II) Para Posner o comportamento pragmático é o que melhor descreve o juiz americano médio em todos os níveis de hierarquias judiciais e produz a melhor percepção de seu comportamento. Pelo pragmatismo, o juiz constrói sua decisão orientado pelos efeitos da mesma nas partes e no sistema jurídico. Observa-se nesse método uma grande discricionariedade ao juiz, e, conseqüentemente, um maior risco do mesmo se confundir com o legislador.
- III) Verifica-se em Castanheira Neves um caminho metodológico completamente diferente, apesar de possuir o mesmo ponto de partida de Posner, consubstanciado na insuficiência da norma de dar resposta aos casos práticos. O jurisprudencialismo abre o leque do direito para poder vir a ser analisado em seus aspectos sociológico,

⁵² POSNER, cit., p. 241.

axiológico, crítico-cultural e funcional, através de um método racional e lógico (crítico-reflexiva), que vem a exhibir e guiar a relação prática do sistema e problema, por meio de uma relação dialética.

- IV) Conclui-se, por fim, que o resultado obtido no acórdão em estudo não seria diferente, caso o método utilizado fosse o jurisprudencialista, pois a redução teleológica poderia ser realizada com fundamento no princípio do ‘fresh start’. Mas, ainda sim, considera-se o método mais adequado a ser utilizado, por garantir maior segurança jurídica aos casos.

REFERÊNCIAS

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (2012). Acórdão do Processo: 152/10.1TBBRG-E. G1.S1. N.º Convencional: 6.ª SECCÃO. Relator: FONSECA RAMOS. Data do Acórdão: 24/01/2012. Disponível em: <www.dgsi.pt>. Acesso em 05 out. 2019.

ARISTÓTELES (2000). *De Interpretatione In Angioni, I. (trad./org.) Ontologia e predicação em Aristóteles*. Campinas: Unicamp.

CARMO, S. T. Do (2013). Como constroem os juízes a decisão de casos difíceis? R. Posner e o Direito como uma Área Aberta. Algumas reflexões. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, 2(2), 2013. pp. 55-67. ISSN: 2184-6219.

COIMBRA HENRIQUES, Sérgio (2016). *A redução teleológica no ordenamento jurídico português: Análise de jurisprudência*. *Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo*, v. 12, n. 1, p. 141-162, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1010/939>>. Acesso em: 30 out. 2019.

DESCARTES, René (2007). *Discurso do Método e Regras para a direção do Espírito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret. ISBN: 9788572324083.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; LEITE, Vanessa Gomes (2015). *A crítica jurisprudencialista de Castanheira Neves à tese dos direitos de Ronald Dworkin: Um debate sobre o conceito de direito como integridade*. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea4617226119a78d>> Acesso em 10 out. 2019.

GRAMÁTICA. *Etimologia de método*. Disponível em <<https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-metodo/>> Acesso em 08 out. 2019.

GULATI, Gaurang Mitu and LEVI, David F. (2015). *A Conversation with Judge Posner*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2674990>>. Acesso em 08 out. 2019.

Análise crítica do acórdão do STJ (R-344): uma dialógica entre as posições metodológicas de Castanheira Neves e Posner

JUSTO, A. Santos (2012). *Introdução ao Estudo do Direito – 6ª ed.* Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 9789723220858.

NEVES, António Castanheira (1993). *Metodologia jurídica - Problemas fundamentais.* Coimbra, Coimbra Editora. ISBN: 9723206307.

_____ (2002). *O Direito hoje e com que sentido?: O problema atual da autonomia do direito.* Lisboa: Instituto Piaget. ISBN: 9727715613.

_____ (1995). Escola da Exegese. In: *Digesta. Vol.II. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia.* Coimbra: Editora Coimbra. ISBN: 9789723206951.

_____ (1995). A imagem do homem no universo prático. In: *Digesta. Vol.I. Escritos acerto do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia.* Coimbra: Editora Coimbra. ISBN: 9723206749.

LAMEGO, José (2016). *Elementos de Metodologia Jurídica.* Coimbra: Editora Almedina. ISBN: 9789724067377.

LINHARES, José Manuel Aroso (2017). *O Binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico - Um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?.* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. ISBN: 9789892614601.

POSNER, Richard A. (2010). *How judges think.* United States: First Harvard University Press paperback edition. ISBN: 9780674048065.

SHECAIRA, Fábio Perin (2011). A decisão judicial como objeto de análise filosófica. in *Epistemologia e Metodologia do Direito.* Fernando Gama de Miranda Netto (org.). Campinas, SP: Millenium Editora. ISBN: 8576252260.

TABOSA, Agerson (2007). *Direito Romano.* Fortaleza: Fa7 Editora. ISBN:8589872218.

ABSTRACT

The present work analyzes the judgment of the Supreme Court of Justice that deals with an interperative request for declaration of state of insolvency and exoneration of the remaining liability made by an individual. Starting from this specific case, the study has the scope of the legal methodology, aiming to carry out a dialog between the methodological position of Castanheira and Posner. Both methodological orientations clearly have a bias in opposition to formalism, given the consideration at the time of the judicial decision, of elements other than written norms, such as jurisprudence and doctrine. In the specific case under analysis, the decision takes into account non-legal factors such as the “ratio legis”, legal principles and jurisprudence. In this way, we will focus on a dialog between the methodological orientations defended by Castanheira Neves and Richard Posner. To achieve this purpose, a literary review by both Authors was taken as a source, as well as some positions of other scholars on the studied methods.

Keywords: Legal methodology; Castanheira Neves; Richard Posner.

RESUMEN

El presente trabajo presenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que trata de una solicitud interprestiva de declaración del estado de insolvencia y exoneración de la responsabilidad remanente realizada por un particular. A partir de este caso específico, el estudio tiene el alcance de la metodología jurídica, con el objetivo de realizar un diálogo entre la posición metodológica de Castanheira y Posner. Ambas orientaciones metodológicas tienen claramente un sesgo de oposición al formalismo, dada la consideración en el momento de la decisión judicial, de elementos distintos a las normas escritas, como la jurisprudencia y la doctrina. En el caso específico que se analiza, la decisión tiene en cuenta factores no jurídicos como la “ratio legis”, los principios jurídicos y la jurisprudencia. De esta forma, nos centraremos en un diálogo entre las orientaciones metodológicas defendidas por Castanheira Neves y Richard Posner. Para lograr este propósito, se tomó como fuente la revisión literaria de ambos Autores, así como algunas posiciones de otros estudiosos sobre los métodos estudiados.

Keywords: Metodología jurídica; Castanheira Neves; Ricardo Posner.