

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

ROGÉRIO DELATORRE

**A INTERPRETAÇÃO / APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E A
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UM DIÁLOGO COM O PENSAMENTO DE
RONALD DWORKIN E HERBERT HART**

Porto Alegre

2008

ROGÉRIO DELATORRE

**A INTERPRETAÇÃO / APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E A
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UM DIÁLOGO COM O PENSAMENTO DE
RONALD DWORKIN E HERBERT HART**

Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão e obtenção do título de Mestre em Direito – Curso de Mestrado em Direito - pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Porto Alegre

2008

D341i Delatorre, Rogério.
A interpretação/aplicação judicial do direito e a discricionariedade judicial: um diálogo com o pensamento de Ronald Dworkin e Herbert Hart / Rogério Delatorre. Porto Alegre: PUCRS, 2008.
138 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Faculdade de Direito, PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. Juarez Freitas

1. Discricionariedade (Direito). 2. Hermenêutica (Direito). 3. Teoria do Direito. 4. Filosofia do Direito. 5. Dworkin, Ronald – Crítica e Interpretação. 6. Hart, Herbert – Crítica e Interpretação. I. Freitas, Juarez. II. Título.

CDD 340.1

Bibliotecária Responsável:
Sabrina Caimi Silva da Costa
CRB10/1606

ROGÉRIO DELATORRE

**A INTERPRETAÇÃO / APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E A
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UM DIÁLOGO COM O PENSAMENTO DE
RONALD DWORKIN E HERBERT HART**

Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão e obtenção do título de Mestre em Direito – Curso de Mestrado em Direito - pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Aprovada em 12 de janeiro de 2009.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Juarez Freitas (orientador)

Prof. Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira

Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

À Simone, à Laura e à Maria Carolina.

Se o tempo retirado de convívio de vocês valeu para algo, que seja para que este trabalho venha auxiliar a que, de alguma forma, o mundo possa ser um lugar mais justo para vocês viverem. Do contrário, não terá tido maior significado.

AGRADECIMENTOS

Ao agradecermos sempre corremos o risco de esquecermos alguém, ou alguma instituição, que foi de importância vital para a realização do trabalho. Porém, em que pesem os riscos, não podemos deixar de fazê-lo.

À minha esposa, Simone pela compreensão pelos momentos em que me fiz ausente de nosso lar, principalmente quando ainda residíamos no interior e lá a deixava junto com nossa Laura. Agradeço estar junto a ela, à Laura e a Maria Carolina, nossas pequenas contribuições para tornar este mundo mais belo.

A meus pais, Leci e Anayrto, pelo exemplo de vida e dedicação aos filhos, sendo necessária uma lembrança a mais ao educador Anayrto, com quem tive minhas primeiras lições de respeito às divergências, e, por conseguinte ao pluralismo e à possibilidade de existência de mais de uma correta visão do mundo.

Agradeço, ainda, à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, esta tão prestigiada instituição de ensino, pela possibilidade de, em seus bancos, ter realizado minha graduação e mestrado. É pelo espírito inovador e incentivador da cultura e pesquisa que cada vez mais acredito no acerto de minha opção por esta Academia.

Não é possível esquecer, ainda, de agradecer ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e à Ajuris (Associação dos Juízes do RS). Ao primeiro por ter me proporcionado o custeio de parte do curso junto com a Ajuris, e também em razão da licença que foi concedida para que fosse possível terminar esta dissertação. A intenção de privilegiar o estudo de seus juízes demonstra bem o interesse que a Administração tem em vê-los capacitados para tão especial mister, que é a arte de julgar. À Ajuris, além do já referido custeio, agradeço pela disponibilização de espaço de estudo na biblioteca, e também pelo auxílio recebido de seus funcionários.

Também necessária se faz uma lembrança aos funcionários da secretaria do programa de pós-graduação, em especial lembro a pessoa da Caren, sempre atenciosa com as nossas dificuldades.

Agradeço, ainda, a todos os professores com os quais tive a oportunidade de conviver. Seus ensinamentos serão, com certeza, levados para toda vida.

De modo muito especial tenho que me dirigir a meu orientador, Prof. Dr. Juarez Freitas. Sua interlocução, seu interesse em que nós mestrandos

alcançássemos o conhecimento, foi verificado em cada aula que tive a oportunidade de participar. São momentos que ficarão marcados na lembrança, junto às oportunidades que tive de conviver com jurista de tamanha capacidade intelectual, e que profundamente marcou (alterou) meu pensamento sobre o Direito. Não tenho dúvidas hoje de que sem regras, mas principalmente afastado de princípios e valores, o Direito se tornaria inócuo, sem qualquer finalidade, sem qualquer pretensão de ser orientador da sociedade. Por tudo, portanto, só me resta agradecer à fraterna amizade que resultou destes encontros.

“O Trabalho jurisdicional, como qualquer outro, também pode ser alienado, ou não. É alienado, quando se insere a serviço de um sistema econômico e político, mantendo-o e reproduzindo-o. É alienado, quando o Juiz, a pretexto de cumprir a lei, abre mão de sua capacidade crítica. É trabalho alienado sempre que, a pretexto de cumprir a lei, a sentença não opera a justiça, embora o justo corresponda ao Direito e às verdades interiores de quem a prolata. A sentença que não corresponder ao senso interno de justiça do Juiz é uma sentença despersonalizada, sem identidade própria. A sentença assim proferida não ‘tem a cara’ de quem a subscreve, mas a cara do sistema que é, na verdade, quem a dita”.

(Márcio de Oliveira Puggina, Juiz de Direito)

RESUMO

Nesta dissertação questionamos alguns dos aspectos mais importantes da teoria da discricionariedade judicial. Criticamos e propomos a superação das posturas positivistas, as quais não se mostram adequadas para bem explicar o fenômeno da interpretação do direito. A idéia central é a defesa de que o ato aplicativo do direito é único e implica a interpretação, a compreensão e a aplicação do direito. Propomos, assim, que a abordagem da hermenêutica filosófica (GADAMER) é fundamental, pois a viragem lingüística rompeu com a tradicional separação entre o sujeito e o objeto, e se passou a entender que a boa interpretação somente ocorre na devida união entre ambos. A partir das discussões travadas pelos jusfilósofos Herbert Hart e Ronald Dworkin traçamos os contornos desta questão. Para Hart, um positivista brando, frente aos casos difíceis (baseados nos problemas da incerteza do direito), permite-se que as regras sejam aplicadas de diversas maneiras, e frente à textura aberta das regras o juiz irá dispor de seu poder de criação do direito. Por outro lado, Ronald Dworkin nega que o juiz tenha poder discricionário, pois em todo e qualquer caso tem a responsabilidade de encontrar a “resposta correta”, baseado nos princípios morais pré-existentes à decisão judicial. Defende-se, ao final, que a “única resposta correta” (DWORKIN) não corresponde aos ideais democráticos de uma sociedade constitucionalmente pluralista, e em todo caso o juiz deve procurar a “melhor resposta” (JUAREZ FREITAS) entre as possibilidades que estão à sua disposição.

Palavras-chave:

Discricionariedade judicial. Hermenêutica filosófica. Herbert Hart. Ronald Dworkin. Tese da melhor resposta.

ABSTRACT

This work addresses some of the most important issues about judicial discretionary powers. Positivist perspectives are reviewed and it is suggested methods to surpass its doctrine, whose teachings have not been adequate enough to explain a plausible interpretation of Law. It is defended that the act of enforcing the law is unique and demands interpretation, comprehension and application of Law. Therefore, it is argued in this research that hermeneutical philosophy approach (GADAMER) is essential because the linguistic turning point has ceased traditional separation of subject and object, and it is understood that well-founded interpretation shall be present when both elements are put together. These issues have been framed from the debates between the law philosophers Herbert Hart and Ronald Dworkin. According to Herbert Hart, a soft positivist, it is allowed, in hard cases (based on problems of uncertainty about rights), to enforce rules in different manners, and the judge may use his creative power when facing the open texture of the rules. On the other hand, Ronald Dworkin denies discretionary powers to judges because they must give “the right answer” in all cases grounded on pre-existing moral principals. It is sustained in this research that the “right answer approach” (DWORKIN) is not compatible with democratic values in a constitutionally pluralistic community, and in every case the adjudicator must reach the “best answer” (JUAREZ FREITAS) among all possibilities.

Key-words:

Judicial discretion. Hermeneutical philosophy. Herbert Hart. Ronald Dworkin. The best answer thesis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 UMA CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO E A SUPERAÇÃO DO MODELO FORMAL / SILOGÍSTICO / DEDUTIVO DE APLICAÇÃO DO DIREITO PELA LÓGICA CIRCULAR E DIALÉTICA.....	15
2 HERBERT HART E A TESE POSITIVISTA DA DISCRICIONARIEDADE	29
2.1 O POSITIVISMO DE HART.....	29
2.2 REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS: A REGRA DE RECONHECIMENTO.....	40
2.3 A TEXTURA ABERTA DAS REGRAS.	46
3 RONALD DWORKIN E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	50
3.1 TEORIA INTERPRETATIVA.....	50
3.1.1 Convencionalismo.....	57
3.1.2 Pragmatismo Jurídico.....	61
3.1.3 Direito como integridade	63
3.2 PODER DISCRICIONÁRIO	68
4 AFINAL, EXISTE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL?.....	76
4.1 QUAIS SÃO AS CAUSAS E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR?	85
4.1.1 A indeterminação do Direito.....	87
4.1.2 Existem lacunas no direito?	93
4.1.3 A interpretação sistemática e a solução das antinomias jurídicas ...	99
4.2 A ÚNICA RESPOSTA CORRETA OU A MELHOR RESPOSTA? QUAL SE AJUSTA À NOSSA CONSTITUIÇÃO?.....	117
CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS	132

INTRODUÇÃO

A questão da discricionariedade judicial tornou-se, na última metade do século XX, não apenas um campo de reflexão, mas de verdadeiro embate entre idéias diametralmente opostas, chegando ao ponto de que alguns autores têm passado seus dias apenas respondendo às críticas feitas por seus colegas, inclusive mantendo diálogos “*post mortem*”. O tema é candente e excitante. Discute as fronteiras e o interior do pensamento dos juízes, e principalmente procura estabelecer um correto (se é que é possível falar de apenas um) conceito de Direito.

O Poder Judiciário tem um importante papel no sistema legal. Porém, sempre temos uma questão a ser respondida, e que parece não ser muito clara nem aos estudiosos, e muito menos aos leigos, que é a seguinte: como os juízes decidem seus casos? Em o caso sendo levado ao conhecimento do juiz não poderá ele recusar-se a dar uma decisão, pois não lhe é admissível, pelo nosso ordenamento jurídico, o “*non liquet*”. O jurista que se encontra na função de aplicar o Direito se depara diariamente com a questão, muito embora nem sempre esteja ciente disto. A busca incessante é pela justiça do caso concreto, e esta nem de perto passa pela imagem da lei como um livro carregado de boas mensagens a serem absorvidas e observadas.

A lei regra, como única fonte do Direito, já foi há muito tempo abandonada, não podendo o intérprete manter-se inerte, afastado de seu tempo, pois sua única responsabilidade era aplicar a lei, tal como formulada pelo legislador, este transformado num “soberano” da lei, mesmo que esta formulação tenha ocorrido séculos antes.

Além desta circunstancial característica da atividade judicante, do juiz como um ser neutro e absolutamente imparcial, o positivismo jurídico legou-nos a certeza de que nos juízos de Direito não poderiam estar presentes elementos alheios ao ordenamento jurídico, sendo errônea toda e qualquer tentativa de trazer para o interior do Direito discussões de natureza moral. A moral, por não ter possibilidade de demonstração empírica, não poderia ser considerada dentro da lógica de uma ciência pura, como se almejava que o Direito fosse. O silogismo jurídico, que garantiria a cientificidade do Direito, não admitia intervenções. Isto impediu, durante muito tempo, que se pudesse perceber a verdadeira natureza do Direito, e seus reflexos na sociedade.

Nossa abordagem, portanto, visa perquirir a prática jurisdicional, não apenas sob uma visão teórica, mas como via de satisfação material dos interesses sociais. O poder jurisdicional, aplicador por excelência da Constituição e das leis, intérprete do sistema como um todo, concretizador da norma ao caso, numa sociedade desigual por natureza, é o foco deste estudo. Por este motivo, nosso objeto é a relação entre a interpretação e a discricionariedade judicial, e nosso objetivo centra-se na tomada de uma posição teórica na polêmica Dworkin “*versus*” Hart.

O exercício da discricionariedade é apontado, assim, como um tema que precisa ser olhado de maneira ampla, pois encontraremos no transcorrer do estudo tanto aqueles que irão defender a possibilidade de uma ampla discricionariedade, até àqueles que simplesmente a negarão. Contudo, o papel ativo do Poder Judiciário na prestação de uma jurisdição justa não pode ser desconsiderado, e é por este motivo que pugna-se pela superação do positivismo, sendo este o enfoque do primeiro capítulo.

Tenciona-se demonstrar que a lógica jurídica é por excelência a lógica dialética, que o discurso jurídico é marcado pela franca presença do juiz e de seus sentimentos de justiça, que o juiz não é mero porta-voz da lei, mas seu autêntico e constitucional intérprete, o que lhe garante lugar privilegiado na atividade de decidir. Propugna-se, assim, que o juiz decida com justiça, e esta somente será possível no diálogo, afastado da lógica formal. A interpretação, e a justa fundamentação, são tomadas, desta forma, como momentos inarredáveis da atividade judicial, sendo elas que darão sustentação à decisão. Uma decisão bem fundamentada poderá, desta forma, ser discricionária, pois entre as diversas possibilidades de decisão, será a que melhor se afeiçoa ao caso sob discussão. Não deverá ser nunca arbitrária.

Como o debate contemporâneo está centrado, neste estudo, nas idéias de Ronald Dworkin e Herbert L. A. Hart, o segundo e o terceiro capítulos tratam especificamente do tema em sua obras, tentando apontar onde estão os principais elementos de seus convencimentos, tanto para defender a existência de uma ampla discricionariedade judicial (Hart), quanto para negá-la (Dworkin).

O quarto, e último capítulo, serve para expressarmos nosso posicionamento. Este vem sendo lentamente apresentado ao longo do texto. Porém, optamos por fazer uma defesa explícita da discricionariedade judicial, a qual para nós não é absoluta, mas constitucionalmente regrada. Apresentamos neste capítulo quais seriam as principais causas, e quais os limites que sofre a atividade judicial, bem

como, ao defender uma discricionariade limitada dizemos que numa visão tópicosistemática, por nós adotada, a única resposta correta soa como uma falácia, um erro, e por este motivo devemos sempre, buscar a melhor resposta para o caso em questão.

Esta dissertação, como não poderia deixar de ser, não pode ser considerada como o fim, mas sim, o início de uma pesquisa. Termina, sem dúvida, uma fase, mas almeja que com ela novas incursões tenham início.

O método utilizado foi o da pesquisa exploratória de cunho bibliográfico e jurisprudencial, o qual procurou descerrar os elementos doutrinários e judiciais embaixadores do pensamento exposto.

CONCLUSÃO

Esta dissertação, ao afirmar que o juiz possui poder discricionário, tem como fundamentos primordiais ressaltar que:

1. Os juízes, num novo paradigma do Direito, não mais atuam como meros porta-vozes da lei, como seres inanimados que não podem moderar-lhe a força nem o rigor, são agentes de transformação social. Eles criam o Direito, o que não pode ser visto como a atividade criativa do legislador. Criam para o caso concreto (fatos), utilizando a lei (criada pelo legislador), mas que não pode ser tida como critério único ou absoluto; e também utilizam os valores e princípios, explícitos ou implícitos na Constituição e em todo o ordenamento jurídico. Concepções de matiz positivistas, que pugnam por uma neutralidade impossível, não permitem valorações, implicando ao ato de julgar uma atividade exclusivamente silogística / subsuntiva. Por isso afirmamos, dentro de uma visão tópico - sistemática, que propugna a superação do modelo tradicional (positivista), que os valores jurídicos possuem lugar de destaque no raciocínio judicial.

2. Em todos os ordenamentos a produção normativa tornou-se fragmentária, por isto o juiz deve servir ao Estado Democrático de Direito, entendido materialmente, e não à sua feição apenas formal. A realidade social surge como um movimento que impõe reformas, as quais não são realizadas com a celeridade necessária. A insuficiência da lei é real. O Direito, entendido como mera regulação legal mostrou-se demasiado pequeno para acompanhar a movimentação social

3. A interpretação é, pois, momento inarredável da atividade jurisdicional. Não é conveniente apenas em algumas situações com a finalidade de evitar resultados injustos. Em todo e qualquer momento em que exista uma decisão há, inevitavelmente, uma interpretação. E, a finalidade de evitar resultados injustos, é da essência da atividade judicante, sendo esta a atividade do bem interpretar.

4. O giro interpretativo da filosofia do Direito trouxe à luz um papel fundamental à atividade do juiz, que é a atribuição de sentido e significado às regras jurídicas, que por si mesmas são compatíveis com inúmeros significados, possibilitando diferentes interpretações, e dentro desse raciocínio os princípios e

valores possuem lugar de destaque e responsabilidade pela adição de outras possibilidades.

5. Entender que o juiz está obrigado a atender aos raciocínios dedutivistas é retirar do julgador sua mais importante tarefa, que é a de conformar o sistema jurídico e o caso concreto, num todo indissolúvel, sem soluções de continuidade, mas permeado de conexões, dada a complexidade do fenômeno jurídico e social. Como fenômeno complexo que é o pensamento jurídico afasta-se da idéia dominante dos positivistas de ver o Direito como um sistema exclusivamente normativo, mas, que na verdade é, ao mesmo tempo fato, valor e norma.

6. Mostra-se, assim, equivocada toda e qualquer pretensão de separação entre o Direito e a moral, pois o Direito não sobreviveria sem princípios que fazem parte da moral, como pretendem os positivistas. Por tais motivos é que se deve reconhecer que a lógica jurídica é lógica dialética, que obriga a reconhecer que o fenômeno jurídico não é pura subsunção dos fatos à lei, mas relação entre a forma e o conteúdo, a norma e a justiça.

7. A função judicial assim não é, apenas, de mero descobrimento dos direitos das partes (embora também se reconheça que esta é uma das funções do juiz), mas também tem a característica da criação (mas não no sentido de criar nova legislação). Este pensamento implica dizer que o poder discricionário existe neste sentido de atribuição, ou seja, que no ato de interpretação / aplicação do Direito o juiz irá criar Direito para o caso concreto, pois somente com o ato aplicativo é possível transformar o texto abstrato em norma concreta. Ao fazer a escolha entre as possíveis soluções, procurando a melhor resposta ao caso, o juiz irá hierarquizar, pois fazer escolhas é hierarquizar, e sempre que há uma hierarquização, esta é, definitivamente, o exercício de um poder discricionário.

8. A atividade do juiz não se afasta de suas experiências. Quando se reclama que o juiz decida atento à tradição pode-se afirmar que é motivada esta circunstância pelo fato que o juiz não se afasta de seus pré-juízos, de suas pré-compreensões. Por causa deste contexto a decisão impõe que o intérprete utilize sua subjetividade. Entender de forma contrária é impor ao decisor exatamente o ideal positivista, que é o de que o juiz em nada influa, siga tão somente o texto legal.

9. Devemos exigir que os juízes apresentem, sempre, a resposta correta, utilizando sua melhor capacidade de julgamento, mas devemos ter em mente que a resposta correta a um caso não implica dizer, necessariamente, que seja a única resposta adequada, mas que para aquela circunstância é a que melhor se apresenta. Não se pode coadunar com teses cétricas, do espectro daquelas que pregam a inexistência de respostas corretas, mas não se deve admitir como viável a possibilidade de existir apenas uma resposta correta para cada questão de Direito. Não se defende, também, que o juiz possa julgar como quiser. As escolhas feitas pelo juiz no ato de julgar são fruto de sua discricionariedade, a qual não é absoluta, mas regrada. As zonas de falta de clareza existentes em qualquer ordenamento ou sistema jurídico obrigam ao juiz um esforço maior, pois aqui seu poder de justificação deve se tornar mais amplo, e a interpretação tomará lugar de destaque.

10. A noção de uma única resposta dada por um determinado grupo, pois se mostra impossível nas democracias uma voz que represente a totalidade do povo, traz em si a idéia de totalitarismo, e por conseqüência de anti-democracia. Qualquer defesa, de qualquer concepção, será sempre, uma de várias possíveis. Não podemos esquecer, de modo algum, o pluralismo que permeia todo nosso ordenamento constitucional, e por conseqüência, todo ordenamento jurídico. A existência de uma pluralidade de valores encaminha, necessariamente, a que respostas diferentes possam ser encontradas no seio de nosso sistema jurídico.

11. O exegeta, portanto, tenciona ajustar a situação concreta que tem diante de si, situando-a historicamente no presente, tomando por fundamento suas pré-compreensões, em uma dialética relação circular (círculo hermenêutico), em conformação com seus hábitos mentais (valores), e almeja encontrar a resposta que melhor se perfectibilize à situação vivenciada. Assim, na busca da melhor resposta, poderemos dizer que o ato de compreensão, aplicação e interpretação do Direito, a par de ser uno, é adequado ao contemporâneo desenvolvimento do Direito sempre que estiver em consonância com a hermenêutica filosófica, que nos apresenta um sistema não totalmente fechado, mas aberto às ponderações de uma sociedade plural, como melhor forma de mantê-lo sempre atualizado e atualizável.