

PUCRS

ESCOLA DE HUMANIDADES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
MESTRADO EM FILOSOFIA

ROBERTO MAXIMILIANO CLAUSSEN

JUSTIÇA E HARD CASES

PORTO ALEGRE
2020

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

ROBERTO MAXIMILIANO CLAUSSEN

JUSTIÇA E HARD CASES

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Thadeu Weber

PORTO ALEGRE
2020

Ficha Catalográfica

C616j Claussen, Roberto Maximiliano

Justiça e hard cases / Roberto Maximiliano Claussen. – 2020.
95.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em
Filosofia, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Thadeu Weber.

1. Direito. 2. Discricionariedade. 3. Efetivação. 4. Hard Cases. 5.
Interpretação e Justiça. I. Weber, Thadeu. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

ROBERTO MAXIMILIANO CLAUSSEN

JUSTIÇA E HARD CASES

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Humanidades da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de Concentração: Ética e Filosofia Política

Aprovado em ____, de _____ de ____ 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Thadeu Weber - PUCRS

Prof^ª. Dra. Cleide Calgaro - UCS

Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral - PUCRS

PORTO ALEGRE

2020

Para Ane, Antônio e Maria Clara,
testemunhas do meu amor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer o Prof. Dr. Rodrigo Martins Borges que possibilitou o nosso reencontro, quase 20 anos depois de estarmos sentados lado a lado como colegas no Colégio Nossa Senhora das Dores, no Ensino Médio quando, na sublime adolescência, construíamos os pilares de uma amizade que se mantém na vida adulta. Ainda, quero agradecê-lo por ter se disponibilizado a me passar as primeiras orientações para a elaboração de uma ideia de projeto de pesquisa para a seleção à pós-graduação.

Em segundo lugar, quero agradecer ao Prof. Dr. Thadeu Weber que, de forma graciosa e gentil, respondeu aos meus *e-mails* e aceitou meu pedido para uma primeira conversa sobre a ideia de projeto, possibilitando que se concretizasse em um projeto de pesquisa que me habilitou na prova de ingresso. Agradeço por ter me aceitado como orientando. Agradeço por todo o aprendizado que me proporcionou ao longo do curso nas aulas e nas reuniões em seu gabinete. Agradeço pela cordialidade em me passar orientações específicas, pelas críticas e pelo constante posicionamento positivo sobre o conteúdo. Agradeço pelo ensinamento ímpar que serviu para abastecer o “tanque de combustível” da vontade de ligar “os motores” da mente, em busca de iniciar esta estrada até o caminho desejado, ou seja, a defesa da presente dissertação.

Agradeço o Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral por ter me instigado, orientado e indicado a leitura das obras do Professor Dr. Lênio Streck. Referidas obras contribuíram para a elaboração de um estudo crítico-construtivo no tocante aos problemas na hermenêutica jurídica brasileira, servindo, muitas vezes, como uma terceira via com um “olhar pelo outro lado da margem” e que me instigou ainda mais sobre o tema.

Agradeço à funcionária Lisiane Ramos do Prado, da Secretaria do Programa de Pós-Graduação da Escola de Humanidades da PUCRS, por responder meus questionamentos, sempre de forma célere e com uma solução positiva.

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação da PUCRS pela receptividade, pelos ensinamentos, especialmente, ao Prof. Dr. Ricardo Timm de Souza que me acolheu com excelentes aulas sobre Theodor Adorno e Sigmund Freud; ao Prof. Dr. Agemir Bavaresco que “apresentou-me” a Friederich Hegel e seus questionamentos sobre a Ciência da Lógica e ao Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza que passou sua posição acadêmica sobre o Projeto de Dissertação.

Agradeço a amiga Kelen Meregali Model Ferreira, sênior *staff* do *The International Center for Transitional Justice* (ICTJ) pelo atendimento de minhas demandas em busca de jurisprudência e material de apoio aos estudos.

Agradeço a Prof^ª. Dra. Livia Haygert Pithan (PUCRS) por ter me concedido a oportunidade de ministrar aulas sobre Ética e Legislação Profissional para alunos do curso de Direito da PUCRS, meus sinceros agradecimentos pela oportunidade.

Agradeço a Prof^ª. Dra. Cleide Calgaro que, desde o início do curso, se apresentou à disposição para debater, dar sugestões, críticas e incentivar os meus estudos na Escola de Humanidades da PUCRS.

De forma especial e inigualável, quero agradecer à minha esposa, Me. Ane Costa de Oliveira, por estar ao meu lado, há mais de 14 anos. Minha companheira de todas as horas da vida. Quero agradecer por ter me dado a graça de ser pai e deixar registrado que sempre serás o meu porto seguro em todos os dias da minha vida. A minha estrada acadêmica, profissional e pessoal só tem sido possível contigo ao meu lado, com teu incentivo e companheirismo nas mais diversas circunstâncias que uma vida pode apresentar. É por ti que lutei para chegar até o final desta etapa.

Ao meu filho Antônio: Tu, que já bem entendes estas palavras, um dia compreenderás tudo e verás o quão importante foram os momentos de concentração e dedicação dos quais o papai precisou para dar seguimento aos estudos. Muitas foram as manhãs de leituras ao som de desenhos animados, músicas de criança, dentre outros. Muitas foram as manhãs com interrupção para trocar fraldas, dar uma papinha, brincar de “construir cidades”, jogar futebol, xadrez, etc. Muitos foram os momentos dos quais deixei de lado os estudos e a concentração para ficar ao teu lado, acompanhando teu crescimento em momentos inigualáveis que jamais retornarão. Mas também, muitos foram os momentos nos quais tive que deixar de me divertir contigo para me concentrar nos estudos. Um dia você entenderá que, mesmo com uma dor no coração de não poder estar contigo, era necessário para alcançar este objetivo.

À minha pequena estrelinha Maria Clara. Meu mundo ficou ainda melhor desde que você chegou. E chegaste em tempo de eu registrar teu nome aqui e te dedicar tudo isto. Você é o que deixou a minha vida ainda mais sublime e amável. Sou um homem privilegiado por ter vocês três em minha vida.

Quem tem a valentia de olhar bem o rosto da realidade não pode desconhecer a existência de duros conflitos de interesses: esses não se deixam de lado, não se suprimem: compõem-se. A eterna dialética da vida social é feita, precisamente, por tais conflitos: nem os juristas podem ignorá-los sem restringir-lhe a própria capacidade de horizonte e diminuir-lhe em substância sua própria missão. Que o direito os possa, milagrosamente, fazer desaparecer, é vã utopia que deve deixar-se às mentes ingênuas e incultas (BETTI, Emilio: Il quarto libro nel progetto del código civile italiano, in Riv. Dir. Comn., 1938, 1ª parte, p. 566ss).

RESUMO

A dissertação tem como estudo uma análise sobre as motivações que envolvem a justificativa de uma decisão judicial, especialmente, naquelas situações denominadas *Hard Cases*, em que se evidenciam uma *zona de penumbra* no direito escrito ou uma ausência de um pronunciamento judicial quanto ao direito. Trata-se de uma investigação através da pesquisa bibliográfica que tem como área de concentração a Ética e Filosofia Política e linha de pesquisa o Estado e as Teorias de Justiça. Em vista disto, diante da complexa definição da tríade “Direito, Moral e Justiça”, inicia-se a investigação a partir de uma apresentação das respostas sobre “O que é a Justiça?” presentes na Mitologia e na Antiguidade. Na sequência, como estudo central, analisam-se as teorias de justiça apresentadas por Ronald Dworkin, em *Levando os Direitos a Sério* (2002), que discorre sobre a importância dos princípios como fundamento para a melhor compreensão do direito, interpretando-se as leis tendo em vista a sua intencionalidade e finalidade e também a teoria de justiça de Chaïm Perelman, em *Ética e Direito* (2005), da qual destaca a importância da justificação de uma regra com base na escolha de valores que deverão ser considerados através da interpretação da dialética apresentada para o *Auditório Universal*, constituído por homens normais e competentes, para julgar os casos com razoabilidade e confronto de ideias. O objetivo do estudo é o de encontrar uma convergência de ideias entre os autores estudados quanto ao ato de interpretação e aplicação das leis com base no ato de discricionariedade do intérprete.

Palavras-chave: Direito. Discricionariedade. Efetivação. Hard Cases. Interpretação. Justiça.

ABSTRACT

The dissertation has as study an analysis of the motivations that involve the justification of a judicial decision, especially, in those situations called Hard Cases, in which there is a gloom zone in the written law or an absence of a judicial pronouncement regarding the law. It is an investigation through bibliographic research that has as its area of concentration the Ethics and Political Philosophy and research line the State and Theories of Justice. In view of this, in view of the complex definition of the triad “Law, Moral and Justice”, the investigation begins with a presentation of the answers on “What is Justice?” present in Mythology and Antiquity. Then, as a central study, the theories of justice presented by Ronald Dworkin are analyzed in *Taking the Rights Seriously* (2002), which discusses the importance of the principles as a basis for a better understanding of the law, interpreting the laws in view of its intentionality and purpose and also Chaïm Perelman's theory of justice, in *Ethics and Law* (2005), which highlights the importance of justifying a rule based on the choice of values that should be considered through the interpretation of dialectic presented to the Universal Auditorium, constituted by normal and competent men, to judge the cases reasonably and confrontation of ideas. The aim of the study is to find a convergence of ideas among the authors studied regarding the act of interpreting and applying the laws based on the interpreter's discretionary act.

Keywords: Law. Discretion. Effectiveness. Hard Cases. Interpretation. Justice.

RIEPILOGO

La tesi ha come studio un'analisi sulle motivazioni che comportano la giustificazione di una decisione giudiziaria, soprattutto in quelle situazioni chiamate Hard Cases, in cui è evidenziato un'area di penombra in diritto scritto o l'assenza di una pronuncia giudiziaria sulla legge. Si tratta di un'indagine attraverso la ricerca bibliografica che ha come area di concentrazione Etica e Filosofia Politica e linea di ricerca lo Stato e le Teorie della Giustizia. Alla luce di ciò, data la complessa definizione della triade "Legge, Morale e Giustizia", l'indagine parte da una presentazione delle risposte su "Cos'è la Giustizia?" presenti nella Mitologia e nell'Antichità. Successivamente, come studio centrale, analizziamo le teorie della giustizia presentate da Ronald Dworkin, in *Taking Rights Seriously* (2002), che discute l'importanza dei principi come base per una migliore comprensione del diritto, interpretando le leggi in considerazione della loro intenzionalità e scopo e anche la teoria della giustizia di Chaïm Perelman in *Etica e Diritto* (2005), che sottolinea l'importanza di giustificare una norma basata sulla scelta dei valori che dovrebbero essere considerati attraverso l'interpretazione della dialettica presentata all'Auditorium Universale, composta da uomini normali e competenti, per giudicare casi con ragionevolezza e confronto di idee. Lo studio ha lo scopo di trovare una convergenza di idee tra gli autori studiati in merito all'atto di interpretazione e applicazione delle leggi basate sull'atto di discrezione dell'interprete.

Parole chiave: Giusto. Discrezione. Efficace. Casi duri. Interpretazione. Giustizia.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A IDEIA DE JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN	23
2.1	JUSTIÇA E OS CASOS DIFÍCEIS	23
2.2	POLÍTICAS, PRINCÍPIOS E REGRAS	28
2.2.1	A distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos	31
2.2.2	A importância da distinção para a justiça	35
2.3	A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	43
3	A IDEIA DE JUSTIÇA DE CHAÏM PERELMAN	55
3.1	A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA	55
3.2	A RESPONSABILIDADE NA ESCOLHA	65
3.3	A JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO	69
3.4	O AUDITÓRIO UNIVERSAL	78
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	81
	REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

Esclarecer as justificativas que levaram a escolher o tema deste trabalho exige que se faça uma apresentação sobre a origem dos questionamentos com relação ao conceito de Justiça. Quando se ingressa na vida adulta¹, muito se questiona sobre o que deveremos ser, o que deveremos estudar e trabalhar para nos tornarmos maduros e prontos para batalhar por um “lugar ao sol”. De início, tem-se a dificuldade de se entender quais são os motivos para tantas desigualdades sociais e porque há tanta diferença de rendas e de oportunidades entre cidadãos que possuem os mesmos direitos e deveres. Acredita-se que, para se alcançar uma virtude cívica, não se deve cometer a outrem o que não gostaríamos que cometessem conosco e que devemos respeitar as diferenças com tolerância e resiliência.

Carregamos uma matriz-educacional apreendida com a família e com a sociedade que estamos inseridos. A ideia de não cometer injúrias, não roubar, de respeitar o próximo, são os primeiros aprendizados sobre a “lei” de convivência social. Assim, somos “entregues à vida adulta” para promovermos as nossas virtudes, sem julgar o próximo, chegando ao amadurecimento com um melhor entendimento sobre como é a vida (e para onde ela nos levará). Enfim, aprendemos que devemos obedecer às leis para mantermos um equilíbrio na convivência entre as pessoas e alguma noção do que é a justiça. E nos questionamos: O que é a justiça?

Esta pergunta sempre apontou para muitas considerações de diversas áreas dos estudos. A discussão sobre “o que é justiça?” se evidencia ainda mais quando sabemos de situações idênticas que foram resolvidas de formas diferentes e “mesmo assim se fez a Justiça”. Muitos cidadãos, de diversas sociedades, poderão não concordar com o resultado e concluir que foi injusto. Muitos estudiosos procurarão respostas sobre o ocorrido e poderão impor julgamentos sobre a virtude e a legitimidade das leis. Tudo isto preocupa a todos porque trata-se de um tema complexo.

A busca por algumas respostas nos levou aos estudos acadêmicos na faculdade de Direito [onde se poderia encontrar um melhor entendimento sobre o que acontece na prática jurídica]. Contudo, notou-se uma inquietude quanto à diferentes soluções proferidas nos julgamentos de ações, fazendo surgir outros questionamentos: Qual o objetivo deste julgado?

¹A preocupação não está vinculada ao ingresso na vida adulta. É certo que os questionamentos sobre “O que é Justiça” e as preocupações inerentes são de todas as pessoas [crianças, adolescentes, adultos, idosos etc.]. Resolveu-se por contextualizar os argumentos no ‘espaço tempo’ de uma vida porque é na fase adulta da vida, quando estamos mais maduros, que nos deparamos com mais intensidade sobre os questionamentos sobre as diferenças sociais. Seria demasiado ingênuo pensar ao contrário diante de um tema complexo que certamente é visto por quem realmente se importa e trata os direitos com seriedade.

Quais os fundamentos ideológicos do julgador? Qual o reflexo de sua decisão? Por qual razão existem decisões diferentes sobre o mesmo tema? Qual o sentimento do jurisdicionado frente ao conteúdo decisório proferido? Se havia segurança jurídica nas decisões, se a justiça foi concedida e qual o direito foi observado? Se a prestação da tutela jurisdicional foi efetiva ao ponto de se considerar que se apresentou uma decisão foi justa, etc.

Em determinada fase dos estudos, com a leitura da obra *Motivações ideológicas da sentença* (PORTANOVA, 2000), viu-se sobre a conclusão de que existia um “melhor argumento motivado”, ao qual caberia ao juiz apresentar a decisão fundamentando sua convicção levando em consideração o interesse no melhor resultado para ambos os litigantes, o que reforçavam as dúvidas quanto o conteúdo de fundo de uma decisão judicial.

Adiante, com o advento da informática, notou-se um aumento das decisões judiciais e das petições padronizadas [com o argumento de economia e celeridade processual, muitas decisões judiciais e petições eram idênticas, apenas alterando o nome das partes]. Nesse caminho, verificou-se que, aparentemente, o objetivo era o de criar ementas e argumentos gerais para dar preferência à celeridade do processo, ou seja, evidenciava-se que apenas se estava diante de um ritmo “normal” da jurisprudência, da qual, mesmo não sendo vinculante, era acompanhada por advogados e nas decisões judiciais.

Na procura por respostas, resolveu-se por ingressar nos estudos sobre o que é a felicidade e se ela poderia ser alcançada através da efetiva tutela jurisdicional [sempre se teve o interesse de procurar entender mais sobre os argumentos utilizados pelos magistrados para formar uma convicção], através de uma decisão proferida que alcançasse a desejada dignidade da pessoa humana e uma ideia de justiça. Verificou-se que os argumentos das partes em um processo e, por conseguinte, as decisões judiciais eram muito idênticas, mesmo que os fatos não fossem exatamente iguais. Logo se concluiu que a efetividade da tutela jurisdicional buscava atender ao direito com base no melhor argumento, ou seja, na melhor tese apresentada pelas partes ou pelo julgador, o que consolidaria o entendimento de uma coletividade (Colegiado).

De certa forma, na época, concluiu-se que a referida convicção poderia não ser a melhor escolha no campo jurídico para a realização da justiça, mas atenderia a anseios sociais quanto à celeridade da demanda, produzindo os efeitos de publicidade da eficiência jurisdicional e aplicando o direito vigente. Na busca de encontrar melhores argumentos sobre o que seria a felicidade e se ela poderia estar presente na judicialização dos direitos, buscou-se algumas respostas nos fundamentos das reformas legislativas para se verificar se havia uma justificação com base em alguma teoria de justiça. Com a leitura do livro de Sandel (2012),

aproximou-se o interesse em estudar melhor as teorias de justiça, resultando no caminho que se está atualmente na área da Filosofia.

E, por realizar uma análise sobre os fundamentos apresentados pelos legisladores para a edição de reformas legislativas somado aos questionamentos como cidadão [que procura entender o que é a justiça] sobreveio o interesse no estudo. Em razão desta evolução, no presente trabalho, não se buscará um fundamento absoluto ou irresistível. É necessário esclarecer que o presente estudo pretende aprimorar o diálogo fazendo a leitura e a confrontação das ideias para se fomentar o debate jurídico-filosófico com tolerância e aprendizado.

A dúvida quanto ao que seria justiça é reiteradamente apresentada na Literatura, na Filosofia, no Direito, e em outras áreas. O que se pretende com este trabalho é encontrar algumas respostas para ir além do que se entende por justiça, se convém dizer ou não a verdade e dar ou não aquilo que pertence a outrem. Tem-se a certeza de que não encontraremos respostas absolutas.

Em uma sociedade de homens políticos, com conhecida definição popularizada por Thomas Hobbes (1651), de que “o homem é o lobo do próprio homem”, mesmo que não se esteja em um estado natural de convivência, mas na incessante busca de desejo, ambição e poder, a conveniência sobre o que seria possível para o exercício destas ambições está muito além do entendimento sobre o que é justiça.

Será que Justiça é conveniência? É fazer a coisa certa? (SANDEL, 2012). É o exercício de poder ou de quem detém melhores condições ou força? É entregar a cada um o que é seu? Respostas para estes questionamentos são mais amplas do que simples abstrações e, como cidadãos inquietos, temos a obrigação de raciocinar a respeito do que seria a chamada justiça. A definição de que o homem justo é aquele que respeita a lei e que o injusto é o que não respeita merece ser enfrentada sob a ótica da interpretação do Direito e da moral porque este é um dos principais motivos para o direcionamento dos estudos, com base na Teoria de Justiça de Ronald Dworkin. No entendimento de que é “na justiça que estão compreendidas todas as virtudes”, define-se que a Justiça é virtude por inteiro e pode ser aplicada em si e no outro.

Apresentaremos um diálogo sobre as Teorias de Justiça apresentadas por Ronald Dworkin (2017) e por Chaïm Perelman (2005) com dois objetivos específicos: primeiro, apresentar as soluções filosóficas de cada uma das teorias de justiça; segundo, apresentar as considerações sobre as teorias de justiça em busca de encontrar uma convergência de ideias que considerem uma razoável condição de possibilidade de efetivação da ideia de justiça.

Convém explicar que a ordem de pesquisa exige que se apresente uma breve introdução sobre os diálogos descritos nas obras: *A República* de Platão e *Ética a Nicômaco* de Aristóteles. De mesma forma, é necessário demonstrar a representação da justiça na mitologia grega. Isto porque defendemos a ideia de que há um fio condutor que norteia os conceitos e as definições de Justiça nas diferentes fases da humanidade que serão demonstradas nas decisões interpretativas dos *hard cases*.

Partiremos, nesta introdução, com a apresentação da definição de justiça [a origem da palavra] sobre as conclusões oriundas da mitologia grega, passando pela história da deusa Têmis, por Hércules e fazendo uma apresentação do debate sobre *justiça*. Acrescenta-se que não se pretende um aprofundamento exaustivo sobre a terminologia. O que se pretende é apresentar a definição da palavra *justiça* e a sua representação no tempo para fins de contextualizar o estudo.

No capítulo – *A ideia de justiça de Ronald Dworkin* – apresentaremos a sua concepção de justiça tendo por objeto a obra “*Levando os direitos a sério* (2017)”. O objetivo é o de aprofundar a definição de sua teoria, apresentando o debate sobre o julgamento dos *hard cases* e o seu entendimento sobre a interpretação do direito (*plain fact*) na sua intencionalidade e finalidade até chegarmos à força normativa dos princípios.

No capítulo – *A ideia de justiça de Chaïn Perelman* –, discorreremos sobre a ideia de justiça com ênfase na obra *Ética e direito* (1990), com o objetivo de trazer ao debate os argumentos apresentados em seu estudo sobre as concepções mais correntes da justiça principalmente quanto à importância da apresentação de justificativas e escolhas interpretativas pelo Auditório Universal.

Nas considerações finais, com base na definição de ideia de justiça de Dworkin (2017) e de Perelman (2005) apresentaremos uma posição sobre o estudo com relação às teorias filosóficas apresentadas, tendo por objetivo expor se encontramos ou não uma convergência de ideias com relação à interpretação do direito.

É relevante discorrer que o estudo se concentra na relação entre Dworkin e Perelman porque se procurará um encontro de ideias no tocante a interpretação do direito através do ato de discricionariedade, tendo por base a apresentação do conjunto de considerações que deverão ser analisadas pelo intérprete, na concepção de cada um deles, para que se alcance uma condição de possibilidade de se dizer o direito. De mesma forma, tem-se também como objetivo apresentar como os juízes interpretam os direitos quando se deparam com situações jurídicas que não estão amparadas por lei e que ainda não foram julgadas, em busca de encontrar uma ideia de justiça para os chamados casos difíceis.

É importante destacar que o presente estudo não tem por ambição apresentar uma conclusão absoluta sobre o tema [seria até ingênuo assim mencionar]. Frequentemente se discutem os direitos e ao longo da uma vida se evidenciam momentos de clareza e obscuridade quanto à definição de Justiça.

O estudo tem por escopo propiciar o debate. Não se trata de um pensamento intuitivo com o uso de teorias promissoras. Trata-se de um estudo que apresenta conceitos que entendemos como adequados para apresentar respostas aos questionamentos, havendo o peculiar interesse de propiciar a dialética sobre como são interpretados os direitos em situações difíceis e complexas.

É necessário evidenciar que a preocupação com o tema tem por essência a efetivação de um estudo criterioso das instituições jurídicas e filosóficas enquanto processos sociais. No mesmo sentido, trata-se de um estudo que visa compreender e que tenta encontrar um entendimento sobre “o que e por quê os juízes decidem desta ou daquela forma”, especialmente um *hard case*. A compreensão sobre quais as motivações ideológicas que justificam a tomada de decisão para resolver um direito é que permite ir mais além do já complexo estudo sobre a letra da lei e sua aplicação em diferentes contextos sociais e históricos.

Trata-se, pois, de uma temática complexa que apresenta os problemas oriundos dos primórdios de uma convivência social. Tais problemas exigem uma profundidade interpretativa que envolve uma série de considerações livres de quaisquer preconceito e intolerância.

Na obra *A República*, de Platão, Céfalo, pai de Polemarco, recepciona Sócrates e inicia um diálogo sobre a convivência com os mais velhos – “estes que, no liminar da velhice, se indagam sobre as obras que realizaram em vida, para saber se, ao chegarem a Hades², onde serão expiados os atos maus praticados em vida, comecem a fazer cálculos e a analisar se cometeram alguma injustiça contra alguma pessoa” (PLATÃO, 2002, p.15) – Céfalo, ainda discorre que jamais enganar alguém ou mentir, ainda que inadvertidamente, nem ser devedor, quer de sacrifícios aos deuses, quer de dinheiro a uma pessoa e depois falecer sem nada temer, seriam umas das vantagens e finalidades da riqueza utilíssima para um homem justo.

Sócrates, atento ao diálogo, concorda com as palavras de Céfalo, considerando-as maravilhosas e chama tudo isto de virtudes de justiça que, no seu entendimento, resume-se em

² Na mitologia grega, Hades é o deus do mundo inferior e dos mortos. Detinha um papel secundário na mitologia, porque seu trabalho era dividido com outras divindades vinculadas à morte. Era considerado um dos deuses mais odiados pelos mortais.

proferir a verdade e em restituir o que se tomou de alguém. Contudo, apresenta um exemplo de situação: um homem, em perfeitas condições psíquicas, entregaria uma arma ao amigo e, quando se tornasse insano, seria justo que exigisse de volta sua arma, considerando que todos entenderiam não fazer justiça devolvê-la. E apresenta sua réplica a Céfalo: “Como vês, Justiça não significa ser sincero e devolver o que se tomou. Afinal, expressa Sócrates, quem afirmará que é justo restituí-las a todo custo, dizer a verdade, nada mais que a verdade ao doente mental?”³ (BADIOU, 2014, p. 22).

O diálogo toma calorosos argumentos entre Sócrates e Polemarco, ambos procuram explicar o que seria justiça, quando Sócrates, indagando Polemarco, questiona: “[...] a Justiça é inútil quando nos servimos dela e útil quando não nos servimos?” (p.19). E complementa: “Dizer a verdade e devolver o que lhe emprestaram não formam uma definição de Justiça” (p. 19).

Trasímaco, ao interpelar o debate, apresenta seu entendimento sobre o que é Justiça: “Ouve, então. Afirmo que a Justiça não é outra coisa senão a conveniência do mais forte” (p. 25). E Sócrates rebate: “[...] se Polimadas, o lutador de pancrático, que é mais forte do que nós, se a ele lhe convém, para o seu físico, comer carne de vaca, tal alimento será também para nós, que lhe somos inferiores, conveniente e justo ao mesmo tempo” (p. 25).

O diálogo toma ares mais acirrados.⁴ Trasímaco discorre que algumas cidades são tirânicas, outras democráticas e outras aristocráticas. E reforça que o setor mais forte de uma cidade é o governo. E conclui:

[...] cada governo estabelece as leis de acordo com a sua conveniência: a democracia, leis democráticas; a monarquia, monárquicas; e os outros, da mesma maneira. Uma vez promulgadas essas leis, fazem saber que é justo para os governos aquilo que lhes convém, e castigam os transgressores, a título de que violaram a lei e cometeram uma injustiça.

Aqui tens, meu excelente amigo, aquilo que eu quero dizer, ao afirmar que há um só modelo de Justiça em todos os Estados, o que convém aos poderes constituídos. Ora estes é que detém a força. De onde resulta, para quem pensar corretamente, que a Justiça é a mesma em toda a parte: a conveniência do mais forte (BADIOU, 2014, p. 25).

³ *A República*, de Platão, recontada por Alain Badiou. Trad. de André Telles, Editora Zahar, Rio de Janeiro, 2014, p. 22.

⁴ Trasímaco, ao ouvir Sócrates e Polemarco em um acirrado debate, levanta-se e eleva sua voz no meio do auditório, gritando: “Que tagarelice é essa, Sócrates, e por que agis como tolos, inclinando-vos alternadamente um diante do outro? Se queres mesmo saber o que é justo, não te limites a indagar e não temeis em refutar aquele que responde, mas, tendo reconhecido que é mais fácil indagar do que responder, responde tu mesmo e diz como defines a Justiça. E abstém-te de pretender ensinar o que se deve fazer, o que é útil, proveitoso, lucrativo ou vantajoso; exprime-te com clareza e precisão, pois eu não admitirei tais banalidades”. É o que se pretende neste trabalho. Não levantar a voz da razão, da certeza e do ensinamento. Pretende-se trazer questionamentos e respostas que servirão para constante aprendizado, na busca de encontrar respostas para “o que é a Justiça?”

Trasímaco responde a Sócrates que o debate entre justo e injusto diz respeito à conveniência e ao interesse do mais forte, definindo:

Assim, Sócrates, a injustiça, quando chega a um certo ponto, é mais potente, mais livre e mais despótica do que a Justiça, e, como eu dizia a princípio, a vantagem do mais forte é a Justiça, ao passo que a injustiça é qualquer coisa útil a uma pessoa, e de vantajoso (BADIOU, 2014, p. 31).

Sócrates tenciona os dizeres de Trasímaco e diz que “a Justiça é dar a cada um o que é seu”, “é falar a verdade”, é prevalecer o “interesse do mais forte” e se refere ao “governo que detém da decisão de dizer o que é justo dentro de seus interesses” (BADIOU, 2014, p.31). Argumenta que o dever de governar caberia ao homem, que tem que tomar o governo como tarefa necessária, de forma autêntica, sem visar suas próprias ambições, mas o interesse dos outros; aquele que teria a preterida intenção de ser obrigado por outros, do que preocupar-se a obrigar. Seria, então, homem virtuoso. Este tomaria para si a obrigação de governar para defender os anseios dos outros, mesmo que tivesse que tomar decisões e criar leis que fossem de interesse do governo e consideradas justas ou injustas pelos outros. Estes seriam os bens que a justiça proporciona.

Trasímaco toma a palavra para si e expressa que a justiça significa o interesse do mais forte. Sócrates então o rebate sobre a virtude da justiça, e diz que, para encontrar respostas aos muitos questionamentos sobre o que é justiça, seria necessária a presença de um juiz; tanto Sócrates quanto Trasímaco seriam os causídicos que buscariam melhor argumento para as teses.

Ao longo de todo o diálogo em *A República*, Sócrates se contrapõe aos conceitos de justiça apresentados pelos debatedores. A definição de “restituir o que é devido”, e de outros conceitos, é colocada em análise, principalmente, na busca por se entender se a justiça é ou não mais vantajosa do que a injustiça. Sócrates questiona Trasímaco: “Responde-nos desde o começo: afirmas que a perfeita injustiça é mais útil do que a perfeita justiça?” Sócrates reforça sobre a diferença entre virtude e vício e questiona a Trasímaco se ele considera a justiça uma virtude e a injustiça um vício. Ao levantar este debate, Sócrates destaca que as mesmas qualidades apresentadas à justiça serão destacadas na injustiça, como algo belo, forte, eis que a mesma estaria ao lado da virtude e da sabedoria e poder-se-ia chegar à conclusão de que a justiça se assemelha ao homem sábio e bom e a injustiça ao mau e ignorante. Em *A República*, é apresentado por Sócrates que, para se conhecer sobre o que seria a Justiça, é necessário entender o que é injustiça (PLATÃO, 2002).

No final, Sócrates e Trasímaco concluem que é necessária a presença de um terceiro, para definir qual o melhor dos argumentos sobre justiça. Ao se construir uma ideia de justiça, imparcial, que não vincule os desejos intrínsecos das partes envolvidas, chega-se ao que os juristas consideram a tríade da relação processual, pela qual as partes argumentam com suas provas e seus fundamentos, e o juiz é pelos positivistas o “boca-da-lei”, analisa o fato concreto e aplica a lei escrita (fonte).

A palavra *justiça*, quando pesquisada no dicionário de Língua Portuguesa, é o significado de “[...] atitude de respeitar e dar a cada um o que lhe é de direito; aquilo que deve ser feito segundo as leis da razão; conjunto de instituições ou autoridades encarregadas de aplicar as leis” (MICHAELIS).

O filósofo Aristóteles nasceu na Macedônia, na cidade de Estagira, em 384 a.C. Com 18 anos chegou à cidade de Atenas atraído pela vida cultura daquela região. Em 367 a.C. ingressou na Academia de Platão para estudos. Filho de médico, Aristóteles sempre esteve ligado à cultura helênica e à política da Macedônia. Em duas décadas de estudos na ‘Escola’ de Platão, isolou-se aos para realizar pesquisas e fez da política um objeto de estudos constantes. Teve muitas e consagradas obras escritas, as mais conhecidas as *acroamáticas*, em que discorria para um auditório de discípulo, e formaram um pequeno tratado aristotélico.

A compilação destes tratados foi chamada de *Corpus Aristotelicum*, realizada por Andrônico de Rodes,⁵ do século I a.C., e que soma mais de trinta tratados escritos por Aristóteles. Dentre eles, a *Ética a Nicômaco* (Ethica Nicomachea, de 1094 a.C.) que trata dos estudos aristotélicos (a ética, a prática das virtudes e sua influência na formação dos hábitos e da prudência) sobre os fundamentos da justiça e da injustiça. Aristóteles (PLATÃO, 2002) menciona as três considerações necessárias, para se analisar o que toca à justiça e à injustiça: “(1) com que espécie de ações se relacionam elas; (2) que espécie de meio-termo é a justiça; (3) entre que extremos o ato justo é intermediário”. Discorre que *justiça* e *injustiça* parecem ser termos ambíguos, mas suas definições se aproximam uma da outra.

A Deusa Têmis [em grego Θέμις, Thêmis] era considerada a representante das leis divinas ratificadas pelo costume e pela lei (themistes) em contraste com a justiça humana que era realizada pela Deusa Diké, sua filha. Representava os juramentos dos homens, era a representante da justiça no sentido moral como o sentimento da verdade, da equidade, da humanidade e estava acima das paixões humanas. Por presidir a profética dos oráculos mais antigos, Têmis era a voz divina que inseriu a humanidade nas leis primordiais. É representada

⁵ Filósofo grego, discípulo da Escolarca de Liceu, organizou os escritos de Aristóteles. Viveu no século I a.C.

de olhos vendados e com uma balança na mão. Costumava se sentar ao lado de Zeus para aconselhá-lo. Têmis era respeitada por todos os deuses, em razão de suas virtudes e qualidades. Suas opiniões eram sempre acatadas, representava mais do que a justiça, representava a lei (GRIMAL, 1997).

A representação com os olhos vendados servia para demonstrar sua imparcialidade, entretanto, na versão mais moderna de sua representação, os olhos estão descobertos porque significa a justiça social para a qual o meio em que se insere o indivíduo é tido como agravante ou atenuante de suas responsabilidades. Na sua mão, uma balança com os pratos iguais serve para indicar que não há diferença entre as pessoas quando se trata de julgar erros e acertos.

A Deusa Têmis simboliza o destino, as leis eternas, divinas e morais; é a justiça emanada dos deuses; assim, nos seus julgamentos não há erro. Ela carrega as tábuas da lei, que desempenham o papel de ordem, união, vida e princípios para a sociedade e para o indivíduo, e uma balança que equilibra o mundo, segundo leis universais entre o caos e a ordem (GRIMAL, 1997, p. 435).

A representação da deusa da justiça, conforme descrita (GRIMAL, 1997), adjetiva que, nos julgamentos de Têmis não há erros e atua com equidade com base em leis universais. A deusa, portanto, na mitologia, é a terceira parte que, de forma isenta, seria justa. Nos estudos da mitologia, como, por exemplo, no ato de decisão de Páris sobre a posição das mais belas beldades mortais, se evidencia que a presença de uma terceira pessoa representaria a melhor forma de se decidir sobre a justiça. Tanto nas narrativas daqueles tempos quanto o discorrido nos estudos de Dworkin e de Perelman, há a conclusão pela necessidade de ouvir a opinião de um terceiro para interpretar os fatos. E este ato interpretação é complexo. Como este terceiro interpreta e quais as suas convicções para apresentar a sua conclusão sobre determinado assunto complexo?

Ronald Dworkin (2017b) apresenta o caso de *Riggs x Palmer* julgado no Tribunal de Nova Iorque, USA, em 1889. No precedente, o Tribunal analisou se o assassino, que estava arrolado como herdeiro direto da vítima, teria o direito de receber parte da herança deixada por testamento a seu favor. A análise do referido caso, considerado como um *hard case*, fez com que Dworkin criasse uma representação do juiz na figura de Hércules⁶ para explicar a difícil tarefa de decidir sobre a aplicabilidade das leis e dos princípios.

⁶ Hércules era um herói, um semideus da mitologia grega. Era fruto de uma traição da mortal Alcmena (esposa de Anfítrio) com Zeus (o deus dos deuses, aproveitando-se da ausência do primeiro, fez-se passar por ele). Já no berço, Hércules foi colocado à prova por Hera (esposa de Zeus) que, ciente da traição, em uma crise de ciúmes,

A representação do juiz por Hércules trouxe um debate sobre a complexidade do ato de interpretação dos direitos. Haveria um isolamento de Hércules⁷? A figura de Hércules como juiz visava representar a dificuldade de se colocar à frente de uma situação fática, para analisar os argumentos das partes e decidir com base no direito vigente e nos princípios norteadores, para fins de sobrepesar os valores de cada um, e proferir uma decisão que melhor representasse a ideia de justiça para aquela situação.

Chaïm Perelman (2005) também falará nos seus estudos que a interpretação dos direitos exigirá que os oradores apresentem seus argumentos para um Auditório Universal que deverá ser convencido, através da dialética, da argumentação, sobre suas teses para depois, apresentando considerações, justificativas e uma escolha interpretativa, dizer qual o direito que prevalece e que deve ser aplicado. Vejamos, pois, que o autor indica que um terceiro também será o responsável pela interpretação.

Veja-se, portanto, que a presença de um terceiro para dizer o que é justiça, quando há um debate entre duas partes, é vista como essência desde os tempos da Mitologia. E este é um dos pontos de convergência e que direcionaram os estudos para criar essa ‘linha imaginária’ entre o debate sobre como dizer o direito. Neste caminho, há que se levantar o debate sobre qual a real participação do intérprete para a análise do direito, especialmente, como se debruçam nos estudos para analisar um *hard case*. Há tempos que o protagonismo judicial veio tomando força nos Tribunais e sabe-se que não há mais espaço para que um terceiro apenas diga seu entendimento de forma fria, sem expressar sua opinião com forte conteúdo de justificação, a ponto de garantir a segurança jurídica da decisão.

Lepaulle (1934, p. 78-79) chamou a atenção, na época, para a necessidade de se abandonar a ideia medieval de que o Tribunal, o terceiro, servia mero árbitro do *duelo judiciário*, em que os advogados seriam os protagonistas. Em sua definição, discorre que era necessário considerar que “os advogados como colaboradores do juiz, encarregados de levar-lhe todos os elementos de fato ou de direito requeridos para esclarecer um problema e tomar uma decisão”.

Estamos à procura de uma explicação sobre o que os juízes (terceiros) pensam quando se debruçam sobre as laudas de um processo para proferir decisão de um *hard case*. A

enviou duas serpentes para matar Hércules que, ainda bebê, estrangulou as serpentes com suas próprias mãos. Mais adiante, Hera novamente provocou Hércules, causando-lhe um ataque de fúria que o levou a matar sua esposa Mégara, juntamente com seus três filhos. Diante do fato, o oráculo de Delfos o incumbiu de doze tarefas de extremo risco, nominadas na mitologia como “Os doze trabalhos de Hércules” (STAHÉL, 2000).

⁷ Questionamento e crítica apresentada por Frank Michelman (1986, p. 76) sobre um possível isolamento de Hércules. É importante citar o artigo: “*Dworkin: De que maneira o Direito se assemelha à literatura?*” de OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Que destaca a crítica de Frank Michelman sobre o uso metafórico utilizado por Ronald Dworkin para apresentar o Juiz e sua difícil tarefa de julgar.

ideia de que o julgador apenas aplica o conteúdo positivado para caso específico já está demasiadamente ultrapassada. A decisão que deve ser proferida é dotada de justiça e valor. Suas linhas de raciocínio, seus fundamentos e toda a lógica de interpretação e entendimento do caso concreto serão disponibilizados e compartilhados.

Logo há que se pensar que o julgador exerceu um juízo valorativo e apresentou uma decisão robusta e, se a sua postura, no ato de decidir, teve influência ideológica, a ponto de fundamentar e aplicar o Direito, de modo que permita a efetivação da justiça. Contudo, questiona-se: Até que ponto há uma influência econômica, social e política incorporada na decisão proferida? Esta motivação ideológica pode e deve interferir na formação da convicção do julgador com relação ao caso apresentado?

Há um problema interpretativo do direito quando aplicado no caso concreto. É incontroverso que pode haver inúmeras decisões para um “mesmo” caso posto ao litígio. Há que se evitar uma possível insegurança jurídica da comunidade que aguarda um posicionamento equilibrado do Poder Judiciário. Ao se considerar um risco quanto à eventual imprevisibilidade quanto ao que será julgado e que isto resulta em uma dúvida, em uma incerteza quanto ao direito do jurisdicionado, há a necessidade de se buscarem respostas que expliquem se há ou não discrepâncias das decisões dos *easy cases* e se ela estará superada quando da interpretação do direito no julgamento dos *hard cases*, alcançando-se, assim, a efetivação da ideia de justiça.⁸

Este problema interpretativo é um dos motivos do estudo. A análise do caso concreto deve ser vista com ausência de preconceitos ou de superposição de interesses ideológicos? Qual *deve ser* a posição do julgador quando da apresentação de suas conclusões sobre o fato apresentado? É preciso um Poder Judiciário que julga de forma equilibrada, que regule o fiel da balança, para que tenhamos o entendimento de que a Justiça foi restaurada e a mesma conclusão será aplicada nos demais casos? E isto é visto como efetivação da Justiça ou teríamos uma Justiça “engessada”?

O processo interpretativo do caso concreto deve ser visto como uma das etapas de formulação da ideia de justiça. Os intérpretes da norma devem se debruçar nos estudos dos

⁸ Streck (2017, p.152-153) menciona: “Confundir o conhecimento (‘process’ compreensivo) com o modo de explicitação desse conhecimento (justificação do compreendido) implica colocar-nos diante de um dilema, representado pelo problema da escolha ou da “melhor escolha” de um standard da racionalidade, como bem alerta Stein: ‘nenhuma filosofia vem para ornamentar um discurso jurídico e nem servirá de refúgio para as perplexidades nascidas dos limites e das tentativas de fundamentação’. Esse problema, aliás, aparece fortemente na dogmática jurídica praticada no Brasil, mesmo naquela que se pretende mais crítica, ao admitir a possibilidade da existência de várias respostas para um mesmo ‘caso concreto’, ainda que diferentes juízes *sigam* o mesmo procedimento” (STRECK, L. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 152-153).

argumentos e dos fundamentos jurídicos, sociais, políticos, econômicos e filosóficos de forma a possibilitar que o fato concreto oriente, organize e conceda a melhor ideia de justiça para servir como fundamento a outras nos casos futuros.

Nesse sentido, de forma a melhor situar o estudo, se faz necessário apresentar a teoria de justiça apresentada por Ronald Dworkin em “Levando os Direitos a Sério” em que o mesmo apresenta a sua ideia de justiça sustentando que “argumentos jurídicos adequados repousam na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada comunidade” e que dita interpretação direciona o raciocínio aos juízos “a respeito de direito e políticas públicas” com a ideia de que todos seus membros são iguais enquanto seres humanos, independentemente de suas condições sociais e adjetivos de vida.

2 A IDEIA DE JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN

2.1 JUSTIÇA E OS CASOS DIFÍCEIS⁹

Quando se toma conhecimento da existência de decisões diferentes sobre o mesmo tema, questionamo-nos sobre qual seria o sentimento do jurisdicionado frente à incerteza de um provimento judicial. Há que se analisar se há segurança jurídica, se há confiança nas decisões proferida e se o jurisdicionado alcançou sua satisfação pessoal com a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Na análise de casos de menor complexidade (*easy cases*) é preciso questionar sobre os objetivos da decisão, quais os reflexos que ela causará e se há nela um conteúdo ideológico. Aumentam os questionamentos quando se está frente a questões jurídicas de grande complexidade, não amparadas por legislação ou sequer por um precedente, os conhecidos casos difíceis (*hard cases*). Debruçamo-nos então nos estudos sobre a solução que deverá ser tomada.

Os *hard cases*¹⁰ foi inicialmente apresentada por Dworkin (1975) quando discorreu sobre a interpretação da legislação e quais os motivos determinantes para a formulação do convencimento de uma decisão sobre determinado tema. Na ótica dworkiniana, esta terminologia representaria situações tidas complexas, que não estariam de certa forma, e em sua totalidade, protegidas pelo ordenamento jurídico de um Estado. Esta omissão legislativa, na concepção do autor, faria com que o julgador se utilizasse de outros fundamentos, para expressar sua posição jurídica sobre determinado direito.

Dworkin (2012, p. 127) popularizou a terminologia e a ideia de casos difíceis, ao trazer ao debate a análise sobre as difíceis questões que são enfrentadas por juízes, promotores e/ou advogados em litígios, que têm elevado potencial de discussão. São constantes questões sobre qual a intenção e a finalidade existente em um dispositivo legal, se há ou não uma norma que regulamente a matéria, se a lei é ou não obscura (zona de penumbra) e qual é o entendimento a ser aplicado em um conflito entre regras jurídicas e princípios jurídicos.

⁹ Necessário é evidenciar que os casos difíceis são aqueles que fogem do cotidiano do julgamento dos Tribunais. O autor cita relevantes situações litigiosas de difícil abordagem/interpretação do Direito consideradas situações extremas da vida, como o aborto e a eutanásia (GUEST; STEPHEN, 2010, p. 236-244).

¹⁰ Guest (2010, p.163) ao discorrer sobre esta expressão, explica que ela foi popularizada por Dworkin, para servir como referência às “questões enfrentadas por um juiz ou advogado que são contenciosas e potencialmente litigiosas”. Portanto, seria “uma situação no direito que dá origem à discussão genuína a respeito da verdade de uma proposição do direito que não pode ser solucionada por recurso a um conjunto de fatos evidentes determinantes da questão”. A expressão surgiu no artigo publicado em edição da *Revista Harvard Law Review*, (1975, p.1057)

A denominação diz respeito àqueles litígios com grande complexidade, não costumeiros, que tramitam em Tribunais, e que são apresentados com proposta de difícil e obscura análise, quanto à aplicação do direito positivo pelo juiz. Dworkin (2017) discorre que o positivismo jurídico fornece essa teoria e que a análise destes casos resultaria em uma decisão em que o juiz legisla novos direitos jurídicos (*news legals rights*) e, em seguida, aplica de forma retroativa ao caso em análise. Esclarece ainda que o juiz, quando formula as motivações de sua decisão, com base na lei e nos princípios, apresentando uma decisão, estaria em exercício do seu poder discricionário.

Dworkin assim entende:

O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra (2017, p.127).

O debate levantado por Dworkin quanto à versão do positivismo apresentada por Hart tem grande relevância. Há muitos críticos da hermenêutica jurídica fazendo apontamentos sobre concepções de justiça, com o objetivo de trazer entendimento sobre a interpretação dos enunciados normativos. O estudo das teorias de justiça tem como objetivo discutir sobre qual a (in) aplicabilidade de referidas ideias ao formular uma decisão judicial sobre a existência de um direito, principalmente, quando analisado em litígios de difícil resolução em Tribunais.

É necessário apresentar algumas destas críticas filosóficas para evidenciar o “fio condutor” quanto à dúvida dos fundamentos de interpretação das decisões judiciais.

Streck (2017, p. 249), no debate sobre a “Hermenêutica e ‘abertura’ interpretativa: da discricionariedade à ponderação”, discorre que sempre é necessária uma regressão aos estudos discutidos por Hans Kelsen, um positivista-normativista, que concluiu “não haver espaço para o ‘caso concreto’”, na medida em que caberia ao julgador aplicar a letra da lei, de forma dispositiva e prática, sem adentrar no debate da facticidade.

Perelman (2005, p. 473), quando da sua análise de *O raciocínio jurídico: uma lógica da argumentação*, expõe um arrazoado sobre a Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), discorrendo que os ensinamentos de Kelsen tiveram grande importância para os teóricos do Direito, considerando que “talvez tenha sido aquele que suscitou mais controvérsias entre os teóricos do direito do último meio século”.

Perelman (2005), na sua conclusão sobre a Teoria Pura do Direito, discorre sobre a interpretação do texto normativo. Diz ele que o legislador detém a autoridade necessária, para

criar e votar leis novas, poder concedido ao legislador. Entretanto, a análise normativa do preâmbulo de um projeto de lei não estaria inserida na teoria do direito – mesmo que a ciência do Direito estude a norma e seus significados –, mas sim na política jurídica, faria uma interpretação teleológica quanto ao significado da norma e de todas as consequências de sua aplicabilidade. Aqui, vê-se a relevância e necessidade de regressão aos estudos apresentados por Kelsen (1999), para separar o debate jurídico de toda e qualquer ideologia como fundamento de uma decisão judicial.

Streck (2017) aponta que Hart procurava resolver casos difíceis por meio de interpretação da *zona de penumbra (textura aberta)* da norma, discorrendo que, nessa hermenêutica, não haveria lugar para a aplicação de princípios. Streck denomina que se está diante de um conflito na contraposição *discurso de fundamentação/discurso de aplicação*, da qual se abriria um espaço para a discricionariedade do intérprete¹¹.

Ainda discorre que há má-compreensão sobre a teoria kelseniana, na qual os juristas “pensaram que o juiz seria o sujeito pelo qual, no momento da aplicação do direito, [...] passaria a fazer a ‘cura dos males do direito’”. (STRECK, 2014, p. 79) Entende que essa dificuldade de compreensão sobre a teoria kelseniana teria um fundo de justificativa na interpretação da norma, quando persistente a *zona de penumbra*. A dúvida quanto à regra jurídica que deveria ser aplicada estaria presente tanto nos *casos difíceis* quanto nos *casos fáceis*. Estar-se-ia remetendo ao juiz a solução para a cura dos males, sem que o decisor tivesse a possibilidade de encontrar resposta na própria norma.

A *zona de penumbra* hartiana tem seu início na obra *The concept of law (1961)*. Nela, na explicação sobre regras e hábitos, o autor manifesta pontos de semelhança entre ambas, ao citar que, na interpretação de uma conduta, o intérprete necessitaria realizar uma análise por subsunção silogística simples.¹² No ato de discricionariedade do julgador, quando da análise da regra ou do precedente, referida interpretação, vinculada ao modo linguístico de apresentação, resultaria na escolha do precedente a ser aplicado no caso em julgamento.

Dworkin (2017) discorre sobre a versão do positivismo apresentada por Hart em distinção à apresentada por John Austin. Para ele o conceito de direito de Hart é “uma construção a partir dessas várias distinções”, quais sejam: a que existe uma modalidade de regra que pode ser: (a) aceita porque é obrigatória, e (b) aceita porque é válida. Referida ideia

¹¹ STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Streck não menciona o ano em que se refere a HART (Herbert Lionel Adolphus Hart). Entretanto, é provável que se trate da ideia apresentada pelo mesmo em “The Concept of Law (1961)”, com relação à ideia de zona de penumbra e sua análise pelo intérprete do direito.

¹² Hart (2007, p. 140): “A subsunção e extracção de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correcta a fazer-se”.

interpretativa sobre a norma teria seu início na sua formulação, que Hart (1961) nomina de *regras primárias e secundárias*.¹³

A primeira classificação seria destinada àquelas regras que apresentam um direito a ser concedido ou uma obrigação a ser cumprida pelos integrantes de uma determinada comunidade. Por exemplo, *matar é crime, roubar é crime* ou, ainda, *dirigir em alta velocidade é crime de trânsito*. São dispositivos coercitivos que imputam sanção, quando da ocorrência da prática tipificada no elemento da norma.

A segunda classificação diz respeito àquelas orientações de quem teria a competência legislativa para elaborar a edição das regras primárias, trazendo, por exemplo, as regras de organização, composição do Poder Legislativo e como seriam sucedidas a elaboração e promulgação das leis, assim como as regras de constituição, elaboração e extinção de contratos, testamentos, entre outros.

Dworkin (2017) destaca que Hart (1961) divergiu de Austin quanto à definição, por este último, de que toda regra impõe uma ordem de caráter geral, à qual o indivíduo estaria compelido a cumprir e sofrer sanções previstas na legislação. Pela leitura dworkiniana sobre a teoria de Hart, referida definição bloquearia a distinção existente entre o *ser compelido* (*being obliged*) e o *ser obrigado* (*being obligated*), na medida em que um cidadão poderia ser submetido a cumprir uma determinada norma. Todavia, isto não resultaria na conclusão de que seria compelido, mas sim obrigado ao cumprimento.

Portanto, na visão de Dworkin (2017), Hart (1961, p. 97-107) teria sua tese e explicação sobre o positivismo jurídico, resumidamente, assim: “uma regra pode ser obrigatória (a) porque é aceita ou (b) porque é válida”. Afirma ainda que não basta que determinado grupo ajuste o padrão de comportamento. Assim extraiu-se do texto hartiniano:

As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças

¹³ John Austin (1790-1859) foi um jurista inglês que buscou determinar o escopo da ciência do direito por meio da combinação do utilitarismo de Jeremy Bentham com os desenvolvimentos teóricos do pandectismo alemão, no estudo do direito romano. Fundador da jurisprudência analítica anglo-saxã, é geralmente entendido como uma das principais figuras do positivismo jurídico do século XIX, especialmente nos países de língua inglesa. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/43/edicao-1/john-austin>. Acesso em 16/10/2020.

físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações (2009, p.106).

Na primeira hipótese, a regra é obrigatória porque um determinado grupo reconhece essa qualidade no texto normativo e a aceita como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a cumprem. *Na segunda hipótese*, a regra é obrigatória, pois foi criada de forma a complementar uma norma primária reconhecida (*regra de reconhecimento*), porque se trata de regra válida, consoante uma disposição normativa primária e um procedimento que a autoriza.

Portanto, a divergência de Hart quanto à interpretação da norma apresentada por John Austin, no sentido de um cidadão ser compelido ou obrigado a seu cumprimento, seria de ordem normativa inserida na interpretação do texto normativo. A sua diferença estaria na descrição ou não de um padrão de comportamento e a consequente sanção, que poderia ou não estar presente.

Dworkin (2017) esclarece que tanto Hart (1961) quanto Austin têm argumentos similares e concordam que existe uma *zona de penumbra (textura aberta)* na norma, um limite impreciso que exige que o intérprete se utilize da discricionariedade para decidir novos casos, dentro de nova legislação.

É na interpretação da *zona de penumbra*, por meio do poder discricionário do julgador, que se chega à conclusão sobre o que se entende ou extrai do conceito de *hard cases* apresentado pelo autor: as “questões enfrentadas por um juiz ou advogado que são contenciosas e potencialmente litigiosas” (GUEST, 2010, p. 163).

É, pois, na zona de interpretação que o julgador faz análise de “uma situação no direito que dá origem a discussão genuína a respeito da verdade de uma proposição do direito que não pode ser solucionada por recurso a um conjunto de fatos evidentes determinantes da questão” (GUEST, 2010, p. 163).

Portanto, conhecida a possibilidade de configurar-se um *hard case*, parte-se para a apresentação dos fundamentos que o intérprete do Direito utilizará, para explicar suas justificativas.

O ato de discricionariedade parte da escolha de alguns “padrões” que incidirão no caso concreto. A conclusão terá por base algumas motivações (economia, política, filosofia, sociologia, etc.), que levarão à concessão de uma tutela jurisdicional virtuosa e devidamente fundamentada, permitindo, assim, segurança jurídica e respeito à decisão judicial proferida com amplo exercício do poder discricionário do julgador.

2.2 POLÍTICAS, PRINCÍPIOS E REGRAS

Dworkin (2017, p. 36), em *Levando os direitos a sério*, apresenta a versão do positivismo apresentada por Hart (1961). Diz o autor que, partindo da análise do raciocínio ou do debate que os juristas adotam, a respeito de direitos e obrigações jurídicas que surgem nos casos difíceis – quando *os nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos* –, os intérpretes terão que recorrer a “padrões” que não funcionam como regras e que se operam, diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões.¹⁴

Os intérpretes utilizam outros padrões que considerados importantes e fundamentais para a apresentação de uma justificativa. No entendimento de Dworkin (2017), o positivismo seria um modelo *de e para um sistema de regras*, que não levaria em consideração a existência de referidos padrões. E estes, por si sós, desempenhariam papel importante na análise dos casos complexos.

Ao descrever sua teoria, Dworkin (2017) explica que a “política” é um exemplo de padrão que se refere àquilo que se estabelece como um objetivo a ser alcançado, de forma geral, como algo a se concretizar nas esferas econômicas, políticas ou sociais, de determinada comunidade.

O “princípio”, no seu entendimento, seria um padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça, não tendo nenhum fundamento no cumprimento por razões econômicas, sociais, políticas ou comportamentais, mas sua observância é necessária porque resulta em equidade, em exigência de justiça ou *alguma outra dimensão da moralidade* (2017, p. 36).

Dworkin (2017) também entende que pode ocorrer uma interpretação equivocada que trará uma conclusão que poderá arruinar o “edifício” da tese sobre a interpretação da norma, desmoronando-a e não se alcançando o verdadeiro objetivo de sua existência. Haverá distinção entre os padrões e a capacidade de entendimento da diferenciação necessária ao intérprete.

Em uma ilustração sobre a diferença entre “política” e “princípio”, Dworkin (2017) aponta que, quando se estabelece que os acidentes automobilísticos precisam ser reduzidos, se está diante de um padrão “político” que almeja um objetivo para determinada comunidade. E

¹⁴ Dworkin (2017) esclarece que usa a palavra “princípios” para indicar, de forma genérica, o conjunto de padrões que não são regras. Acrescenta ainda que, em determinado ponto de sua teoria, delimitará e fará a distinção mais específica entre princípios e políticas.

quando se define que ninguém pode se aproveitar da própria torpeza, se está diante do padrão “princípio”, que deverá ser observado por todos.

Ao explicar, Dworkin (2017) expõe que cada forma de padrão permite que se faça uma interpretação da norma, respeitando a distinção entre elas (princípio *versus* política). A lacuna que existirá poderá ser maior, caso o intérprete se confunda e faça uma análise equivocada, como ocorre nas situações em que a interpretação de um padrão-princípio tenha como conclusão de que se trata de um objetivo social.

Da mesma forma ocorre quando se faz a interpretação de que um padrão político como se fosse um padrão-princípio (algo meritório), como ocorre na teoria do utilitarismo, ao fundamentar o objetivo de assegurar maior felicidade ao maior número de pessoas.

Nesse sentido, em primeiro prisma, Dworkin (2017) procura esclarecer que, na análise de um caso, em que sejam colocados em dúvida dois padrões (política *versus* princípios), já se evidencia dificuldade em se apresentar diferenciação e conclusão que interprete não apenas com a expressão literal da norma, mas disponha sobre a intenção e a finalidade da norma.

A tarefa interpretativa começa a ganhar nova complexidade, quando se está diante de situações jurídicas que apresentam dúvidas de conceitualização e aplicação de outros padrões, como, por exemplo, das regras e dos princípios. A justificação judicial no julgamento de um caso difícil exige que o julgador, através da discricionariedade, proceda com a melhor interpretação, diferenciando os padrões, para possibilitar a aplicação do direito.

Como primeiro exemplo de sua tese, o autor apresenta o caso de *Riggs X Palmer*,¹⁵ que julgou o direito em herança deixada pela vítima (Francis Palmer), através de um testamento com pequenos legados para suas duas filhas e o restante de sua propriedade para seu neto Elmer Palmer. Um dos principais patrimônios da época era uma propriedade para exploração agrícola. O testamento foi formalizado no mês de agosto de 1880 e, dois anos mais tarde, o avô casou-se e redigiu um pacto antenupcial, em que poderia herdar a fazenda com a morte de F. Palmer.

O neto, sentindo-se ameaçado com a possibilidade de perder a herança, matou seu avô. Na data da morte, tinha 16 anos e vivia na fazenda com seu avô. No curso do processo, foi demonstrado que ele tinha conhecimento das disposições apresentadas no testamento a seu favor e, para conseguir a posse e a propriedade do patrimônio, teve o interesse de antecipar a morte de seu avô, envenenando-o.

¹⁵ Disponível em: http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm. Acesso em: 11/10/2020.

No precedente, a legislação, a prova e a declaração de vontade eram legítimas, serviriam como fundamentos suficientes para uma possível decisão favorável, com relação ao direito de herança. Entretanto, a decisão foi no sentido de não conceder o direito de herança. O Tribunal de Nova Iorque entendeu que “a ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime” (DWORKIN, 2017, pág. 37).

Na visão de Dworkin (2017), a fundamentação da decisão fez uma criteriosa análise interpretativa das normas vigentes, mesmo na existência de norma ou costume que conduziam a uma conclusão de procedência do pedido de herança. Dispõe o autor que a correta distinção entre os padrões *política* e *princípios* resultaram na aplicação deste último, como forma de efetiva ideia de justiça, afastando qualquer interpretação meritória de forma equivocada.

O segundo exemplo apresentado por Dworkin (2017) diz respeito ao caso ***Henningsen X Bloomfield Motors, Inc.***, apreciado e julgado pelo Tribunal de Nova Jérsei, USA, em 1969. No precedente, se estava diante do debate sobre os limites de responsabilidade de um fabricante de veículo, em um acidente automobilístico causado por um defeito na fabricação. Henningsen havia adquirido um veículo e assinado um contrato com a cláusula de que o fabricante só tinha a responsabilidade de consertar defeitos, e excluía toda e qualquer responsabilidade, garantia, ou obrigação, de todas as demais espécies.

Na análise do caso concreto, o Tribunal de Nova Jérsei, USA, concordou com Henningsen, mesmo que não tenha sido apresentada nenhuma lei ou regra de direito específica, que proibisse o fabricante de exigir e limitar-se aos termos do contrato. Na descrição do segundo exemplo, Dworkin apresenta que a decisão teve por base alguns padrões, quais sejam: (a) o princípio geral de que, na ausência de fraude, aquele que não lê o contrato, antes de assiná-lo, não pode, mais tarde, minimizar seus encargos; (b) “[...] a liberdade das partes [...] para contratar deve ser importante”; (c) a liberdade de contratar autoriza ressalvas; (d) os fabricantes possuem obrigação especial, no que concerne à fabricação, promoção e venda de veículos em uma sociedade, na qual o automóvel é um acessório comum e em que há riscos de acidentes; (e) a conclusão de que os tribunais algo-americanos não se permitirão ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça, e (f) a impossibilidade de se aceitar que uma parte se beneficie injustamente das necessidades econômicas de outra.

Dworkin (2017) apresenta que, nas duas situações, estar-se-ia diante de princípios jurídicos e não de regras jurídicas; no primeiro, a de que a ninguém será permitido lucrar com

sua própria fraude, ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime e, na segunda, a de que ninguém se aproveitará injustamente das necessidades econômicas de outrem. Ainda, apresenta que ambos os padrões são princípios jurídicos extraídos do caso concreto, após poder discricionário do julgador, mesmo não havendo regra jurídica expressa.

Neste ponto, dispõe o autor que *as regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada*, isto é, ela é válida ou não. Entretanto, se mostra divergente quanto ao que disse Hart (1961), nas suas hipóteses, de que a regra é obrigatória (regra aceita ou regra válida). Dworkin é cristalino ao apontar que existem diferenças nos padrões e que é necessário que o intérprete os conheça bem, para poder aplicar ao caso concreto.

2.2.1 A distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos

A teoria *dworkiniana* apresenta que há diferenças entre regras jurídicas e princípios jurídicos. As primeiras exigem situações que excepcionam (*a exceção confirma a regra*); entende que é necessário, como condição de possibilidade de precisão e completude, que as exceções sejam arroladas/descritas na regra jurídica, para que seu enunciado seja considerado válido. Os princípios jurídicos não possibilitam a inclusão ou previsão de situações que excepcionam sua aplicabilidade. Isto porque não se pretende apresentar um rol de condições, para que o seu enunciado seja aplicado como uma necessidade.

O exemplo de que “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” (DWORKIN, 2017, p. 37) apresenta um enunciado que descreve a razão (um padrão) que conduz o argumento para certa direção. Entretanto, exige que ainda assim se tenha uma decisão particular, para que se indique se o fruto da ação praticada é visto como uma hipótese de rompimento com o enunciado do princípio jurídico.

Há distinções bem cristalinas com relação princípios e regras. A primeira delas, a distinção pela lógica, considerando o caso *Henningsen X Bloomfield Motors, Inc.*, de que os fabricantes têm obrigação especial, no que concerne à fabricação, promoção e venda de veículos, Dworkin evidencia que não se trata de uma proposição em definitivo que estabelece um rol exauriente sobre a responsabilidade do fabricante. Dworkin (2017) entende que a decisão do Tribunal de Nova Jérsei, USA, fez uma criteriosa análise e proferiu entendimento que criou uma conexão entre: 1º) o ato;¹⁶ 2º) o conteúdo da decisão,¹⁷ e 3º) a recepção do inteiro teor da manifestação judicial.¹⁸

¹⁶ A pretensão judicial de se postular um provimento judicial, que conclua pela responsabilidade do fabricante.

Esta conexão remete seus efeitos para outro prisma, como destaca o autor, isto é, eleva o “nível da régua” da competitividade entre os grandes fabricantes. Isto porque, ao tomarem conhecimento da decisão, entenderão a necessidade de ser aceito seu conteúdo e de se buscar a satisfação de todas as premissas nelas impostas.

De mesma forma não buscarão se utilizar, pura e simplesmente, dos mesmos argumentos de competitividade. E cita, por exemplo, o aumento da qualidade do produto, o investimento em melhores tecnologias e em segurança como situações que serão praticadas pelos fabricantes para que não sofram as consequências de futura demanda (DWORKIN, 2017, p. 38).

Em uma segunda distinção, os princípios são opostos às regras, com relação à dimensão de peso ou importância. Quando há uma colisão ou um cruzamento dos princípios, por exemplo, no caso específico de se confrontar o direito de: (a) proteger o comprador do automóvel X; (b) poder contratar, caberá ao intérprete do caso concreto escolher, dentre os princípios, qual é aplicável ao fato. Na leitura dworkiniana esta análise não exigirá mensuração exata, mas uma análise quanto à força relativa que cada um dos princípios possui para aquele caso materializado. Ou seja, qual deles será mais importante e relevante para a aplicação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou a pretensão de indenização por “direito ao esquecimento” promovido contra uma emissora de televisão que apresentara documentário para relembrar um crime, uma década mais tarde, os ministros analisaram a colisão entre princípios em regra constitucional. Partiram do pressuposto de que a colisão entre os princípios deveria ser analisada com a cautela necessária para se ponderar entre o direito constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana e o direito constitucional sobre liberdade de imprensa¹⁹.

No precedente há uma análise sobre a dimensão de peso e de importância de cada um dos princípios ventilados no aresto. O debate foi para definir qual dos direitos deve ser preservado a saber: i) o direito ao esquecimento ou ii) a liberdade de imprensa. A conclusão encontrou uma solução para o problema de interpretação do caso concreto com uma

¹⁷ Que formula uma convicção e apresenta os critérios e as condições de possibilidade de efetivação da justiça, através da fixação de padrões baseados em princípios e/ou regras.

¹⁸ Por parte de outros fabricantes/comerciantes de veículos e do restante da comunidade que toma conhecimento da decisão.

¹⁹ Recurso Especial nº. 1.334.097/RJ, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013.

justificativa sobre a ponderação dos princípios, um exemplo que se assemelha ao exposto por Dworkin.²⁰

Ao discorrer sobre a análise do caso concreto, Dworkin dispõe que a dimensão do peso ou da importância pode não estar expressa nas regras jurídicas. Estas são *funcionalmente* importantes ou não, porque elas desempenham o papel de orientar sobre a conduta, e regulam o comportamento do intérprete.

Dworkin (2017, p. 43) entende que um dispositivo, existente em um mesmo sistema de regras, não pode ter a classificação de mais ou menos importante, quando o julgador faz o confronto entre eles: “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”.

Streck²¹ (2017, p. 554) ao discorrer sobre a diferença entre regras e princípios, inicia seu raciocínio jusfilosófico, ao entender que se trata de “fenômenos que povoam o ambiente jurídico”, e que o problema de reconhecimento das distinções aparece, quando “[...] há uma banalização dos princípios, e o uso de conceitos passa a sofrer uma indicação aleatória”, que pretende atingir diferentes dimensões argumentativas (2017, p. 583).

Entende-se que é tênue a distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos. A análise de cada um dos padrões é essencial, para que o intérprete se utilize de uma justificativa com embasamento teórico que resolva essa dúvida. Essa divergência/semelhança tangencia o caso concreto de forma a questionar o intérprete, principalmente quando existe conflito entre elas (regras *versus* regras; regras *versus* princípios ou princípios *versus* princípios) sobre qual conclusão a ser tomada apresentará a alternativa que efetive o direito.

Ao se ter conhecimento de que existe distinção entre regras e princípios jurídicos, é necessário que se utilize interpretação que busque identificar a intencionalidade e a finalidade de cada um dos padrões, para que se apresente uma decisão judicial. A tomada de decisão, dentro de uma razoabilidade, terá que apresentar as justificativas quanto à escolha de um padrão ou dos padrões em conflito, com o objetivo de apresentar um julgamento que efetive a ideia de justiça.

²⁰ Aqui, uma ressalva: sem querer discorrer sobre o problema da criação dos *princípios* no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que, coincidentemente, no contexto atual apresentado, há o reconhecimento de princípios do direito dentro de uma norma constitucional, o que poderia levantar a esta dúvida: é princípio jurídico ou regra jurídica que se está analisando para discussão?

²¹ O autor faz uma crítica ao Direito brasileiro com relação à existência de inúmeros julgados que fundamentam suas decisões e, no seu entendimento, *criam princípios*, o que denomina de “*pamprincipiologismo*”. Uma crítica que menciona ter origem no equívoco interpretativo que não supera o esquema sujeito-objeto e, no Brasil ter-se-ia excesso de criatividade do intérprete, para justificar as decisões com a criação de novos princípios (2017, p. 554).

Sen (2011, p. 19) discorre sobre a importância da razão para que se promova uma ideia de justiça. Diz ele, em comparação às duas tradições do Iluminismo, que “as características do comum incluem a dependência da argumentação racional e o apelo às exigências do debate público”. Entenda-se que a questão do uso da razão será importante para a interpretação da distinção entre os padrões. Korsgaard (*apud* SEN, 2011, p. 18-19) apresenta que “trazer a razão ao mundo torna-se a tarefa da moralidade, e não da metafísica, e tanto o trabalho como a esperança da humanidade”.

Adiante, voltar-se-á ao debate sobre a razão apresentado por Sen (2011) com o objetivo de apresentar os pilares que orientarão o intérprete, na apresentação de justificativa que melhor fundamente conclusão sobre a ideia de justiça, na apreciação dos casos difíceis. Trata-se de um exercício hermenêutico de grande complexidade, principalmente quando se está diante de um vasto número de normativos existentes e de um conflito entre regras e princípios que necessita ser esclarecido.

A etapa do reconhecimento da distinção é de grande importância para o raciocínio jurídico-filosófico-interpretativo. Trata-se de uma conduta que pretende, no final, dar importância e levar os direitos a sério, com a apresentação de justificativas plausíveis que possibilitem concluir, com reconhecimento público, a ideia de justiça, em um Estado Democrático de Direito.

Denota-se que existe um constante debate sobre a distinção entre as regras e os princípios. A dúvida entre eventuais sincretismos conceituais sobre os princípios, principalmente com extensão sobre os princípios gerais do Direito, a extensa normatização de direitos faz com que o intérprete se utilize justificativas diversas sobre determinada aplicabilidade do direito.

Há que se destacar que a interpretação do caso concreto, principalmente nos casos difíceis, exige uma fundamentação que apresente uma justificativa que evidencie e promova a efetiva prestação da tutela jurisdicional. A resposta que se espera é a de uma decisão que interprete; que faça uma profunda análise crítica e garanta que se alcance justiça social, com base em uma concepção razoável de justiça, uma ideia de justiça ampla, segura e que resolva com justificativa os impasses sociais.

Para tanto, por mais que se apresentem os conceitos (por sinal, numerosos), por mais que se os aprofunde, apresentando o vasto número de teorias e escritos que tentam explicar (sem esgotar) a definição de cada um dos padrões – com o objetivo de bem esclarecer –, a distinção em si representa um eterno retorno ao começo. É importante conhecer as classificações, as nomenclaturas e os conceitos vigentes sobre os padrões.

Contudo, o debate sobre o direito a ser concedido ultrapassa e alarga a tênue linha entre a definição de regras e princípios. Ao intérprete se faz necessário um esforço, um intenso trabalho de nível mitológico. A apresentação das diferenças é necessária. Entretanto, o que se busca é apresentar um debate que ultrapasse esses significados, os conceitos e as diferentes conclusões de aplicabilidade.

A importância deste trabalho do intérprete, do ato de “olhar o problema de cima” sem perder a humildade [de se colocar no lugar do outro], ultrapassará a simples distinção dos padrões. Procura-se apresentar a mais completa justificativa da decisão, para que se verifique a efetiva realização da justiça para aquele momento social. Ver-se-ão, pois, os fundamentos que nos levam a acreditar que a hermenêutica jurídica ultrapassa a descrição conceitual de cada um dos padrões.

2.2.2 A importância da distinção para a justiça

A Teoria de Justiça de Dworkin (2017, p. 44) apresenta a conclusão de que, “às vezes, as regras e os princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e sua distinção reduz-se a questões de forma”. O autor menciona o exemplo do julgamento da Suprema Corte Americana no caso *Sherman Act*. A decisão judicial analisou o seguinte dispositivo: “Será nulo todo o contrato que implique proibição de comércio”.

Na motivação, foi colocado em questão se referido dispositivo deveria ser tratado como uma regra ou como um princípio. A Suprema Corte interpretou o dispositivo e concluiu como sendo regra, por entender que a finalidade do dispositivo deveria conter a expressão “não razoável”. Diante do uso desta terminologia, foi possível extrair e entender qual era a intenção e a finalidade do legislador. Isto permitiu que fosse encontrada uma saída jurídica, do ponto de vista lógico (aplicando como regra) e do ponto de vista substantivo (aplicando como princípio). Neste último, o comércio razoável poderia continuar aberto.

Dworkin (2017, p. 45) discorre que o uso de terminologias é essencial para desempenhar a função de interpretar a distinção entre a regra e o princípio. Entende o autor que o uso de palavras inseridas nos enunciados permite que a sua aplicação “dependa” do uso de padrões de política e de princípios que extrapolam a (própria) regra. Narra o autor que a previsão destas palavras faz com que a regra seja aplicada e se assemelhe a um princípio.

A teoria de Dworkin salienta que existem atos normativos que não apresentam essas palavras, o que exige que se faça uma interpretação mais minuciosa, para fins de entender o verdadeiro sentido e a intenção da regra. Acrescenta ainda que a aplicabilidade das regras e

dos princípios poderá sofrer o uso de padrões políticos, para que seja apresentada uma justificativa dentro dos interesses do intérprete, o que poderia levar a uma conclusão injusta.

A forma do padrão que será apresentada não possibilita, pela simples leitura, que se defina que se trata de um princípio jurídico ou de uma regra jurídica. Acima foi mencionado o Acórdão do STJ que discutiu o direito ao esquecimento *versus* à liberdade de imprensa. Entende-se, pela simples análise, que há uma dúvida sobre qual padrão estaria com conflito de interpretação.

A distinção, muitas vezes, é difícil de ser percebida. Tanto o precedente quanto, por exemplo, a “primeira emenda” americana (mencionada por Dworkin) são espécies de padrões que podem ser vistos e que resultam na interpretação como sendo princípio ou como sendo regra. Há quem defenda ambas as teorias. E este ato judicial de tomar uma decisão, apresentando os fundamentos, é que reconhecemos como poder discricionário. A existência da distinção exige que o intérprete procure justificativas para esclarecer a dúvida existente.

Streck (2017, p. 584-585) entende que, mesmo diante de uma série de normativos e do *pamprincipiologismo brasileiro*, esse impasse pode ter, na *distinção estrutural*, o cerne do problema que possibilita um entendimento sobre os princípios como *cláusula aberta*. Oliveira (2008) entende que há um problema de (in)determinação do conceito de princípio, que resulta em um *sincretismo conceitual*, que aparece no momento da decisão judicial. Entende que é importante enfrentar as ambiguidades da lei, a partir da discricionariedade.

A dúvida interpretativa sobre os padrões que deverão ser aplicados possibilita que se entre no núcleo da discussão sobre a hermenêutica e outras questões, principalmente o contexto no qual se está inserido. No exemplo de *Sherman Act*, apresenta-se uma conclusão de que tanto a regra quanto o princípio desempenham papel muito semelhante.

No caso, a Suprema Corte Americana (1890) teve que analisar se a previsão “que será nulo todo contrato quem implique proibição de comércio” teria natureza de padrão-princípio jurídico, ou de regra jurídica, ou seja, no primeiro caso seus fundamentos serviriam como razão para a anulação de contratos ou de imposição (direcionamento de uma conduta a ser seguida).

Em outro precedente brasileiro [entende-se necessário citar que se trata do Brasil para melhor analisar o contexto], o Ministro Gilmar Mendes, na análise de caso concreto, apresentado na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), menciona que a Constituição Federal “explicita os chamados ‘princípios sensíveis’, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (Art. 34, VII)”. E o julgado discorre que o uso destas palavras exige interpretação mais *sensível* do

intérprete, para que haja atividade hermenêutica, com o objetivo de encontrar o conteúdo específico dos princípios, das regras e das palavras nelas previstas.

No precedente, é mencionado que é exigido um *esforço hermenêutico* necessário ao julgador para a análise de casos concretos, em que são apresentados conflitos interpretativos da regra e do princípio a ser aplicado. Explica o relator:

Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das “garantias de eternidade” somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por ela protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia da imutabilidade que delas dimana (2003, p. 3).²²

O aludido ministro questiona: “O que significa, efetivamente, ‘separação de Poderes’ ou ‘forma federativo’? O que é um ‘Estado de Direito Democrático’? Qual o significado da ‘proteção da dignidade humana’? Qual a dimensão do ‘princípio federativo?’” Percebamos que são indagações que, como fundamentado no acórdão, direcionam para a complexidade interpretativa, em razão da interconexão e interdependência entre regras e princípios:

Essas indagações somente podem ser respondidas, adequadamente, no contexto de determinado sistema constitucional. É o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucional que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio [...] Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional²³.

Existem situações jurídicas em que a interpretação do caso, quer *hard case* ou *easy case*, exigirá do intérprete uma abertura do leque de possibilidades para que, primeiro, avalie se está diante de uma regra ou de um princípio. Em um segundo momento, caberá uma criteriosa análise do conflito existente entre eles. Segundo Dworkin:

A utilização destes termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais podem depender a regra (2007, p. 45).

Verifica-se que o uso de palavras e termos inseridos na regra pelo legislador possibilita que o intérprete resolva as incongruências e faça criteriosa análise, com base em

²² Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33-5, Pará, Julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal na data de 29/10/2003, p. 3, do relator Ministro Gilmar Mendes.

²³ *Idem*.

princípios e políticas, extrapolando o próprio texto normativo, na busca por apresentar uma conclusão lógico-jurídico-interpretativa, que atinja segurança jurídica dos provimentos judiciais.

A *práxis* interpretativa exige que o aplicador da lei faça essa análise. A tarefa do intérprete do caso concreto terá sempre que sobrepesar o conteúdo das regras jurídicas e dos princípios jurídicos vigentes, para aplicá-los dentro do contexto. O procedimento do intérprete é complexo e exige uma conduta hermenêutica exauriente, para que seja apresentada conclusão justa e sem um conteúdo ideológico.

Dworkin (2017, p. 46) reforça que, “em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares”. A decisão, depois de formada, passa a “ilustrar uma regra particular”. “Mas a regra não existe antes de o caso ser decidido.”

Essa conclusão traz em destaque a importância do papel que é destinado ao aplicador da lei. É através de sua incessante leitura que buscará sanar as incongruências da regra, para colocar o “trem nos trilhos”, com relação à dúvida que persiste quanto à aplicação da lei para se decidir sobre o direito em debate.

Nestas situações, Dworkin apresenta sua conclusão para a tarefa interpretativa:

- (a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos “o direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras”; e
- (b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs e Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar (2017, p.47).

As duas conclusões dizem respeito ao uso do conceito de direito para se alcançar uma resposta, isto é, a interpretação do direito, através da intencionalidade e finalidade do texto normativo, da regra jurídica e, em mesmo sentido, do princípio jurídico, apresentados ao intérprete para que resolva o caso concreto.

No positivismo jurídico de Hart (1967), a questão-base, o fundamento principal de sua teoria, é levantada quando da interpretação do texto normativo, quando se está diante de uma definição sobre a natureza das regras, e qual sua interdependência com a essência da definição do direito.

Ao intérprete, por um lado, quando da aplicação da regra ao caso concreto, por exemplo, em um *easy case*, há possibilidades de extrair respostas do próprio conteúdo normativo, que pode estar ou não em conflito, mediante dedução lógica que o juiz fará para “dar o direito”.

De fato, existiriam situações de interpretação, com menor complexidade, às quais não restariam dúvidas quanto ao caso concreto e se apresentaria o direito de forma transparente, fora daquela zona de penumbra no texto normativo. Para Hart (2009, p.16), quando da interpretação do direito, haverá situações em que se aplicará a norma. Para Dworkin (2017, p. 46), ao ser dada a resposta para aquele caso, se terá feito o direito.

Entretanto, haverá situações em que a interpretação do texto da regra jurídica não será suficiente para se apresentar o direito a um caso controverso, em que se estará diante de um conflito causado, especificamente, pela existência de uma *zona de penumbra* ou da *textura aberta* da regra, do texto da norma:

Mesmo quando se utilizam normas gerais formuladas verbalmente, podem surgir, em casos concretos específicos, incertezas quanto ao tipo de comportamento por elas exigido. As situações de fato, particulares, não esperam por nós já diferenciadas entre si e rotuladas como exemplos da norma geral cuja aplicação está em pauta; nem a norma geral pode ser adiantar para demarcar seus próprios exemplos. Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer (2009, p. 163- 164).

Dworkin (2017, p. 48) discorre que a abordagem para a escolha entre regras e princípios exige que o juiz apresente uma decisão que “presta contas de um modo mais preciso da situação social”. Portanto, a distinção entre os padrões é importante para a justiça, porque essa dúvida interpretativa serve de alicerce para a existência da própria justiça. A importância da justificação da decisão judicial é uma das respostas para que haja uma tutela justa.

Perelman (2005, p. 263) faz um arrazoado sobre a relevância da justificação das afirmações que são apresentadas em um discurso. Narra o autor que, em um discurso, se deve evitar a improvisação e se faz necessário apresentar a prova das nossas afirmações e pretensões de racionalidade, para que se obtenha um discurso responsável.

Sen (2011, p. 21) discorre que a interpretação exige uma dependência da argumentação racional como forma de atender os apelos às exigências do debate público: “A argumentação racional é central para a compreensão da justiça mesmo em um mundo, que

inclui muita ‘desrazão’; na verdade, ela pode ser especialmente importante em um mundo assim”.

Veja-se que é importante a distinção das regras e dos princípios, porque seu esclarecimento é essencial para a justiça. É a essência da justificativa da decisão judicial que será apresentada. É importante porque se trata de uma condição de possibilidade jurídica de efetiva prestação da tutela através de um ato de discricionariedade em um Estado Democrático de Direito.²⁴ A fundamentação da decisão, ou seja, a justificativa quanto ao que conclui, é um dos direitos constitucionais “processuais” que orientam a atividade judicial.

O exercício do poder discricionário deve ser efetivo, para analisar e emitir um juízo de convicção quanto aos fatos, justificando quais as regras e os princípios que serão aplicados, para se alcançar uma solução. A importância da distinção serve para que se demonstre que houve uma interpretação até ser alcançado um consenso que efetive a prestação da tutela jurisdicional com segurança jurídica, bom senso, razoabilidade e equidade.

Na visão de Dworkin (2017), quando da análise de *Riggs X Palmer* e *Henningsen X Bloomfield Motors Inc.*, a difícil tarefa interpretativo-argumentativa serviu como exemplo de trabalhos árduos no campo da hermenêutica, até se alcançar a construção equitativa do Direito; modelo de casos de difícil atividade jurisdicional, e um dos trabalhos difíceis de Hércules (o juiz).

A ideia de justiça de Dworkin salienta que os princípios estão em quase tudo que vivenciamos, mas são mais fortemente encontrados nas discussões judiciais sobre os casos difíceis. É na interpretação sobre a diferença entre regras e princípios que poderemos expressar conclusão sobre determinado conceito de obrigação jurídica. Entende o autor que, quando não há regras ou quando existe uma controvérsia sobre a aplicabilidade das mesmas, caberá ao intérprete o recurso de uso dos princípios, para justificar a conclusão sobre a aplicabilidade de novas regras sobre aquele direito.

Perelman (2008) reforça que “[...] todo sistema de justiça [...] tem sua base de sustentação nos princípios, e como estes se constituem ou estabelecem valores, todo sistema de justiça depende dos valores que seus princípios estabelecem”.

Ao intérprete é destinada a tomada de decisão sobre como será levada em consideração a forma de absorção desta diferença. A uma, se levado em consideração que os princípios jurídicos devem ser tratados como regras jurídicas, dando obrigatoriedade para os

²⁴ É necessário reforçar que o inciso IX do art. 93 da CRFB prevê que as decisões administrativas devem ser motivadas e fundamentadas, para garantir a constitucionalidade de um Estado Democrático de Direito, para se evitar ato arbitrário.

seus enunciados, poder-se-á concluir que “dentro do direito” estão os princípios. A duas, se ignorada a existência de obrigatoriedade à observância dos princípios, poder-se-á concluir que o julgador vai “além do direito” e se utiliza de princípios extralegais.

A importância de se conhecer esta diferença será abordada, quando será discorrido sobre a discricionariedade judicial. É cabível mencionar que o uso de termos, de palavras, que são incluídas na regra jurídica e até mesmo na ementa de decisões judiciais, é visto com grande preocupação por parte da doutrina. Dworkin (2017) entende que as regras se fundamentam nos princípios, e estes são parte do próprio Direito.

Entretanto, veja-se que o ato de interpretação da distinção da regra com o princípio terá grande relevância para que seja formulada uma manifestação judicial dentro de um sistema jurídico que orienta o procedimento pelo qual será apresentada a justificativa. Referido sistema de regras e princípios é a essência de um ordenamento jurídico.

O esclarecimento quanto à diferença, até se alcançar o consenso quanto à decisão justificada, é que estabelece uma efetiva justiça, dentro de um formalismo geral que alcance o reconhecimento da decisão judicial por parte do auditório, evitando-se arbitrariedades.

São estas as palavras do jurista Lopes Júnior (2005) quanto à necessidade da justificação/fundamentação das decisões, para legitimar o ato discricionário, evitar-se uma decisão arbitrária:

[...] o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas a boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação das decisões é instrumento de controle da racionalidade e do sentir do julgador, num assumido anticartesianismo. Mas também serve para controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia (2005, p. 256).

Perelman (2005) apresentou seu entendimento quando discorreu sobre “as arbitrariedades na justiça”, como um dos problemas levantados na obra *Ética e direito*. O filósofo destaca a importância da justificação, para que se encontre uma solução para a distinção entre regras e princípios:

Nosso empenho de justificação das regras para delas eliminar, na medida do possível, a arbitrariedade deve deter-se num princípio injustificado, num valor arbitrário. Um sistema de justiça, por mais adiantado que seja, não pode eliminar toda a arbitrariedade, senão, na verdade, já não seria um sistema normativo: estabeleceria uma necessidade lógica ou uma universalidade experimental e seu caráter normativo desapareceria imediatamente (2005, p. 59).

Destaca, ainda, ser uma atividade interpretativa que orienta o ato de julgar, que faz uma análise entre o conteúdo da regra (e suas possíveis arbitrariedades, relativizando-as,

compreendendo-a) e os valores expressados nos princípios, pois ambos andam lado a lado em um sistema jurídico (como a Terra e a Lua), atraindo-se e repelindo-se:

Explicar uma lei é mostrar que ela se deduz de um sistema mais geral do qual ela constitui, em determinadas condições, um caso particular. Assim é que a lei da atração terrestre constitui um caso particular do princípio da gravitação universal. A necessidade de explicar a lei da atração terrestre se faz sentir no momento em que a atenção do pensador foi atraída por uma diferença anormal de comportamento: por que a maçã cai no chão, enquanto a Lua, sofrendo a mesma atração, não vem esmagar-se na Terra que a atrai? Por que a Lua e a maçã se comportam diferentemente com relação à terra? A explicação foi fornecida pelo princípio da gravitação universal do qual se pôde deduzir tanto a lei da atração terrestre quanto a resistência da Lua relativamente à Terra (2005, p. 57).

E a justificação quanto à distinção é vista pelo autor como uma condição de possibilidade de se compreender a decisão, como continua:

Assim também, a justificação de uma regra normativa apela a um princípio mais geral, do qual se pode deduzir o tratamento diferente aplicado a seres que fazem de outras categorias essenciais. [...] Essas considerações trazem a lume, uma vez mais, a relatividade tanto da explicação como da justificação; toda explicação é relativa a certas leis mais gerais, toda justificação é relativa a princípios mais abstratos. Mas, essas leis, pode-se também querer explicá-las, esses princípios, pode-se também dever justificá-los, visto seu caráter arbitrário. A explicação e a justificação recorrerão então a leis ainda mais gerais, a princípios ainda mais abstratos: chegar-se-á, tanto na área teoria como na área prática, à edificação de sistemas racionais. Ao sistema teórico da ciência será simétrico um sistema normativo de justiça (2005, p. 57-58).

Adianta-se que é através do amplo debate, com relação à aplicabilidade da regra ou do princípio, dentro do contexto apresentado, que será evidenciada a importância da distinção para a justiça. A considerar que há uma pluralidade de relações sociais, uma extensa atividade legislativa e um vasto número de precedentes judiciais, a consolidação de um entendimento, sobre como aplicar os padrões, debatendo suas distinções, é que possibilitará, como condição de possibilidade, que se concretize a ideia de teoria e prática de uma justiça com integridade.

Há um procedimento que orienta a atuação do julgador para que prossiga com seu ato de análise do caso concreto e apresente seu juízo de convicção. Há um procedimento que apresenta a justificativa quanto à interpretação da *zona de penumbra* do texto normativo (da regra jurídica).

A interpretação da regra, do princípio e dos valores, que servem de pilares na construção do direito, é essencial para que se apresente uma decisão judicial que feche as arestas da dúvida e conceda tutela jurisdicional.

Há, em *Levando os direitos a sério* (DWORKIN, 2017b), um entendimento de que as regras e os princípios andam em sincronia, mesmo que tenham suas distinções presentes; há uma relação de dependência entre ambos, que contribuirá para que o intérprete analise o caso concreto.

2.3 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

É necessário apresentar a origem do problema apresentado por Dworkin (2017, p. 4-5) para se alcançar definição sobre discricionariedade. O autor inicia sua abordagem discorrendo que a teoria do direito, em meados do século XIX, na Inglaterra, se dedicava à *teoria analítica do direito*, para fazer um “estudo do que deve ser o direito”.

A preocupação da época era apresentar o significado de determinados termos presentes nos julgamentos, utilizando-se, na época, uma definição através de métodos doutrinários convencionais, para apresentar um conceito jurídico da terminologia.

A teoria analítica do direito se dedicava a estudar as decisões para extrair sumários contendo regras e doutrinas jurídicas, que serviriam de base para entendimento de sua terminologia. Tratava-se apenas de se preocupar com a descrição com uma conclusão jurídica sobre um determinado vocábulo, sem que se tivesse uma aplicação no seu contexto. Para o autor (2017, p. 5-6), seria “o uso moral do conceito que a abordagem doutrinária da teoria do direito inglesa ignorou”. Nesse caminho, ainda discorre: “Esses conceitos, como os mencionei antes, são problemáticos, porque os juristas os empregam mesmo quando não entendem exatamente o que eles significam”. A teoria analítica da época tinha como um dos objetivos a apresentação do conceito e das terminologias inseridas em determinado texto jurídico-judicial.

Na origem da teoria do direito norte-americano, aponta o autor, a postura quanto *ao que é julgado* tomou direção oposta com relação ao direito inglês. A necessidade de se discutir “como os tribunais decidem as ações judiciais difíceis ou controversas” foi vista como essencial para o debate, com relação ao direito no século XIX. O autor discorre que parte da doutrina americana (GRAY; HOLMES, século XIX) trouxe ao debate os equívocos apresentados pela metodologia inglesa, que, através do *realismo legal* (FRANK *et al.* Apud DWORKIN, 2017, p. 6) iniciou-se um debate mais acirrado que apontou os equívocos ingleses na análise das decisões.

Diz Dworkin (2017) que, nos Estados Unidos, os tribunais da época (século. XIX), se preocupavam em analisar questões legais que, no direito inglês, eram apenas vistas como

direitos políticos, como, por exemplo, a discussão sobre a legislação que definia o salário-mínimo, visto pelos ingleses apenas como um debate político e pelos americanos como uma discussão jurídica, que exigia uma descrição das decisões judiciais com a apresentação de justificativas quanto ao entendimento exarado. Entende o autor que o debate sobre a simples *declaração do direito*, apresentada pelo direito inglês, tomou rumos diversos e cita a conclusão dos “realistas”:

Os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização. Os realistas exigiam uma abordagem “científica” que se fixasse naquilo que os juízes fazem e não naquilo que eles dizem, bem como no impacto real que suas decisões têm sobre a comunidade mais ampla (DWORKIN, 2017, p.7).

Dworkin (2017b) discorre ainda que, após esse advento, a questão da justificação da decisão judicial tomou ramificações importantes que elevaram o debate e ultrapassaram os estritos limites da autoridade judicial e passou-se a considerar como importante o estudo das justificações com relação à obrigação moral e política de o indivíduo obedecer à decisão exarada por um juiz.

A justificação judicial tornou-se relevante porque o leigo, o estudioso da lei e a comunidade prescindiam de uma explicação plausível sobre o que era julgado; mesmo sabendo que os juízes têm poder político sobre seus atos, era necessário saber os fundamentos de suas conclusões sobre determinados temas. E o autor (2017b, p. 8-9) problematiza: “Até que ponto a justificativa para o poder dos juízes, disponíveis para os casos fáceis – aquela segunda a qual o juiz está aplicando as normas já estabelecidas – estende-se também aos casos difíceis?”

Weber (2008) apresenta o debate sobre o que é o poder discricionário, levantando os seguintes questionamentos:

O problema do poder discricionário dos juízes está diretamente ligado à resposta que é dada às seguintes questões: Os princípios são parte do Direito assim como as regras, e os juízes devem levá-los em conta nas decisões sobre obrigações jurídicas, ou os princípios são extralegais, indo além do Direito, e os juízes têm a liberdade de aplicá-los ou não? Os princípios obrigam da mesma forma como as regras? O juiz, quando decide nos casos difíceis, vai além do Direito, lançando mão de princípios extralegais? Qual é, propriamente, a relação entre princípios e regras, quando está em discussão o poder discricionário? Existe esse poder? (2008, p. 233).

A definição sobre o que é poder discricionário ou discricionariedade judicial nos remete ao debate entre Hart (1967) e Dworkin (1975). Ambos apresentaram um profundo

confronto de ideias sobre o conceito da terminologia. Passa-se à análise do que foi apresentado por eles.

Para Hart (2009, p.165), nos momentos em que se destacar uma *zona de penumbra*, o juiz poderá decidir de maneira não vinculada à regra, atuando com a liberdade²⁵ de interpretar a norma no seu juízo de discricionariedade. Entende que a norma de reconhecimento poderá incorporar, como critério de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos, o que ele denomina de *soft positivism*. Neste ponto, Hart diverge da adjetivação apresentada por Dworkin como *plant fact*.

Em primeiro lugar, ignora minha aceitação explícita de que a norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos; assim, minha doutrina consiste no que tem sido chamado de “positivismo brando” (soft positivism), e não, como quer a versão de Dworkin, num positivismo “dos simples fatos” (2009, p. 323).

Segundo Hart (2009, p. 326) o julgador deve se utilizar de uma solução racional para sanar a *textura aberta* que existe na regra e/ou no princípio jurídico. Entende que referida abertura tem estreita ligação com a imprevisibilidade dos seus enunciados. E, por tal circunstância, haveria que se formar uma jurisprudência mecânica da qual o mundo se adequaria, mesmo quando diante de casos difíceis não regulamentados, alcançando-se, assim, a resposta juridicamente correta.

Dworkin (2017) inicia seu debate discorrendo que a ideia de poder discricionário está inserida na comunidade jurídica e causa perplexidades. No campo da filosofia, resulta em um necessário estudo, para fins de se entender à liberdade e o poder de aplicar regras e princípios para a análise de um caso concreto.

O autor (p.54) salienta que “os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação”. Weber (2008), em análise sobre “justiça e poder discricionário” entende que a tese positivista deixaria claro o entendimento de que os juízes teriam uma função legisladora e criadora do direito e que a legislação, depois do julgamento dos fatos, seria o grande problema e a causa da divergência.²⁶

²⁵ Há entendimento de que a tradução seria “liberdade”. O uso da palavra “discricionariedade” (no original “discretion”) é aqui exposto para se evidenciar o entendimento apresentado por Streck (2017, p. 82): “[...] que ‘discricionariedade’ e ‘positivismo normativista’ são faces da mesma moeda”.

²⁶ WEBER (2008, p.234) entende que “[...] essa tese dá claramente a entender que os juízes têm uma função legisladora, criadora e não só julgadora e garantidora de direitos. Aqui está o ponto de divergência. A legislação depois dos fatos é o grande problema”.

Isto resulta na necessidade de, primeiramente, se trazer ao debate, por parte de Dworkin (2017), a definição do conceito de poder discricionário.

Segundo Dworkin, os positivistas em geral se utilizaram da definição ordinária de poder discricionário para inseri-lo na esfera da interpretação judicial. O autor entende que para melhor compreender seu significado, se faz necessário “colocá-lo de volta ao seu habitat” e se buscar, primeiramente, entender o que se está querendo dizer quando alguém detém poder discricionário. Refere:

O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. [...] Como quase todos os termos, o significado exato de “poder discricionário” é afetado pelas características do contexto. O termo é sempre matizado pelo pano de fundo de informações que compreendemos, em contraposição ao qual ele é utilizado. Embora as nuances sejam muitas, será útil identificarmos algumas distinções toscas (2017, p. 51-52).

Entende o autor que a terminologia “poder discricionário” poderá ser empregada com três sentidos, um fraco, que serviria apenas para dizer que os determinados padrões de uma autoridade devem ou não ser aplicados, mecanicamente, no uso da capacidade de julgar. De um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário detém autoridade para tomar certas decisões, e que essa ação não poderá ser questionada por outrem. E de um sentido forte, com o qual se evidencia que a decisão tomada por determinada pessoa, em certos assuntos, não está delimitada a seguir padrões da autoridade que a determina.

Apesar de Dworkin entender que os julgadores têm poder discricionário nos dois primeiros sentidos [o **primeiro**, fraco, que serviria para dizer que determinados entendimentos devem ou não ser aplicados e o **segundo**, também fraco, que serviria apenas para dizer que detém de certa autoridade para tomar decisões que não serão questionadas por outrem], é no **terceiro**, o sentido forte que Dworkin apresenta seu profundo debate com Hart.²⁷ Weber assim destacou:

É nesse sentido forte que Dworkin examina o poder discricionário. Sua posição é clara. Na ausência de regras ou diante de regras contraditórias o recurso do juiz deve ser aos princípios e valores, considerando que são parte constitutiva e essencial do Direito, mas que, também, podem ser não jurídico-positivos. Regras fundamentam-se em princípios e o juiz, portanto, não tem poder discricionário. Na ausência de regras, não está livre de “padrões jurídicos e morais”, que são parte do Direito. Não se pode dar liberdade ao juiz para decidir arbitrariamente os casos difíceis. Ele não

²⁷ Dworkin discorre que existe certa ambiguidade com relação ao conceito de discricionário, numerando os três sentidos: a) Primeiro: um homem tem poder discricionário se seu dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneira diversa; b) Segundo: o poder discricionário existe se um homem pode tomar certas decisões definitivas, sem que alguma autoridade superior revise ou descarte; c) Terceiro: há poder discricionário quando um padrão impõe ao homem o dever de tomar decisões específicas.

está legitimado para ditar regras. O que se deve exigir dele é a busca de critérios e uma fundamentação que justifique as decisões tomadas (2008, p. 235).

Dworkin (2017) faz uma crítica à teoria de Hart (1967) com relação ao entendimento do que é a discricionariedade judicial. Ele faz a abordagem quanto ao entendimento que Hart descreve sobre a liberdade que o decisor detém para julgar, sem se ater a uma interpretação com base na intencionalidade e na finalidade pressupostas no Direito, e discorre que Hart não interpreta de forma a garantir uma integridade do próprio Direito.

Dworkin (2017) explica que o poder discricionário não caracteriza “liberdade de decidir”, porque tomar decisão apenas teria como pano de fundo a liberdade de o decisor adotar um conteúdo com fundamento, no mínimo, nos padrões de equidade e de bom senso:

Devemos evitar uma confusão tentadora. O sentido forte de poder discricionário não é equivalente à licenciosidade e não exclui a crítica. Quase todas as situações nas quais uma pessoa age (inclusive aquelas nas quais não trata de decidir com base em uma autoridade especial e, portanto, sem poder discricionário) tomam relevantes certos padrões de racionalidade, equidade e eficácia (p. 53).

A liberdade que descreve seria apenas com relação ao entendimento de que a decisão não estaria controlada por um padrão formulado pela autoridade que o determina. Dworkin (2017, p. 53) salienta que o poder discricionário “não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões [...] mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário”.

Dworkin entende que se trata de um tipo de liberdade no sentido de ter o poder de tomada de decisão sobre determinado ponto (o autor cita o exemplo do árbitro esportivo ou o juiz de uma competição) com o objetivo de, exercendo seu poder discricionário, estabelecer e apresentar seus argumentos que justificam a escolha sobre os padrões de fundamentação.

Nesse sentido, no entendimento de *Levando os direitos a sério*, o posicionamento de Hart explicaria uma discricionariedade judicial no sentido fraco ou sem sustentação, porque os elementos que se utiliza para justificar suas conclusões são insuficientes para se endossar com um ato de *liberdade* do julgador.

Nesse caminho, Dworkin (2017) entende que os juízes não têm poder discricionário no terceiro sentido (de que há poder discricionário quando houver um padrão que impõe ao homem o dever de tomar decisões específicas), tendo em vista que, na análise do caso concreto, eles estão diante de situações de interpretação do direito e do conflito existente entre regras e princípios:

Ao contrário, para nós a proposição de que os juízes têm poder discricionário no terceiro sentido, em uma ou outra questão, é uma proposição que deve ser estabelecida afirmativamente, como base na ponderação de argumentos e não por omissão. Às vezes, os juízes chegam, de fato, a essa conclusão; por exemplo, quando pronunciam sentenças com base em leis penais que preveem uma pena mínima ou máxima, ou quando adaptam um remédio jurídico às determinações da equidade. Em tais casos, os juízes acreditam que ninguém tem direito a uma decisão específica; entendem que sua tarefa consiste em, após o exame de todos os elementos, escolher a decisão que, no conjunto, seja a melhor. Nesse caso, não falam sobre o que devem fazer, mas sobre o que deveriam fazer (p.112-113).

Dworkin acrescenta ainda que, mesmo diante de algumas incongruências quanto à teoria de discricionariedade adotada pelos positivistas, muitos juristas e aplicadores endossaram a conclusão de Hart (1967, p. 61) E assim entenderam por que houve um desentendimento sobre o sentido que se dá à terminologia “poder discricionário”: “Pelo menos, parte da explicação encontra-se na tendência natural de um jurista de associar leis e regras e pensar o direito como uma coleção ou sistema de regras”.

O autor (p. 62) discorre: “[...] se um jurista pensa o direito como um sistema de regras e ainda assim reconhece, como deve, que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas, ele chegará naturalmente à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo”. Isto, pela concepção de *Levando os direitos a sério*, evidenciaria a questão do reconhecimento quanto às regras do jogo jurídico.

Dworkin dispõe que os positivistas, ao concluírem que *o direito é um sistema de regras*, em que se reconhecem os princípios e as políticas como padrões, que tentam ser regras, sem diferenciá-los, estariam concluindo que esses padrões são extrajurídicos e que cada juiz seleciona-os de acordo com seu próprio convencimento (o que consideram como ato de liberdade) e isto seria o exercício do poder discricionário.

Referida conclusão é considerada como falsa por Dworkin, porque a interpretação do direito (das regras e seus conflitos) teria criteriosa revisão quanto aos valores presentes nos princípios, o que consideraria justificativa da decisão e não um ato de liberdade (pura e simples, como entende Hart).

A liberdade para decidir é importante. A escolha dos padrões exigidos de equidade, bom senso, racionalidade e eficácia são essenciais para que o julgador decida qual a interpretação que dará para a *zona de penumbra*, que terá que analisar quando se deparar com um caso concreto.

Dworkin (2017) entende que a discricionariedade está presente na conduta do juiz. É um ato de poder judicial de escolha, através da interpretação do melhor padrão (regra ou o princípio jurídico) e que referido poder discricionário exige uma conduta interpretativa que

apresente suas justificativas quanto à escolha que será definida para aplicar, ao caso concreto amplo direito de exercício do livre convencimento.

O conhecimento sobre o que é discricionariedade é essencial para que o intérprete compreenda o ato de decidir; como será feita a interpretação dos princípios, das regras para que se apresente uma conclusão com base nestes padrões, indicando qual será aplicado na existência de um conflito normativo ou principiológico.

Assim, o ato de discricionariedade, sem análise dos seus sentidos, encontra, portanto, o pilar da interpretação como uma forma de justificar a tomada de decisão do intérprete. Nesse caminho, Dworkin (2017) levanta o questionamento sobre se os juízes precisariam ter poder discricionário para o julgamento dos casos difíceis.

Diz o autor que os juízes têm o poder discricionário e, na maioria dos casos difíceis, assumem uma postura diversa daquela descrita por Hart (1967) porque enquadram sua divergência acerca dos padrões (regra jurídica e princípio jurídico) que eles necessitam ou não levar em conta para julgá-los. Dworkin (2017) analisa o posicionamento do positivismo de Hart (1967), através da *tese da obrigação* (Tese do Caráter Descritivo da Teoria do Direito), que ocorreria quando se tem uma obrigação de cumprir uma determinada regra jurídica e, na ausência desta previsão normativa, através da *tese da discricionariedade*, que ocorreria naquelas hipóteses em que o julgador criaria nova regra jurídica, a partir do julgado.

Nesta situação, segundo Dworkin (2017), a decisão exarada não seria considerada certa ou errada do ponto de vista jurídico. Entretanto, ao criar um novo direito, com base no precedente, estar-se-ia efetivando justiça, mediante um sistema de regras do qual não poderia deixar de lado, em hipótese alguma, a aplicação dos princípios jurídicos. Isto porque se trata de padrões que auxiliam na análise interpretativa do direito (da regra), em algumas vezes complementando, esclarecendo a zona de penumbra da interpretação ou, em outras, demonstrando a finalidade da norma (regra).

Segundo Dworkin (2017b) a análise exigiria que fossem levadas em consideração as intencionalidades do texto normativo ou do princípio, por meio de uma análise linguística e não linguística do reconhecimento do que é o próprio direito e suas finalidades. E aqui estaria uma confusão sobre o que é discricionariedade e se ela realmente é incidente na análise dos casos difíceis.

O ato de discricionariedade judicial deve ser realizado com criteriosa análise das muitas controvérsias interpretativas que existem na teoria e nas concepções que são apresentadas sobre os termos do padrão escolhido para confrontar. A compreensão sobre o conteúdo linguístico e não linguístico, assim como a reconstrução interpretativa dos conceitos,

com base nas melhores concepções, é o que levará a consenso a aplicação do direito, no caso difícil apresentado.

A conclusão para a tarefa interpretativa terá que levar em consideração que regras de direito costumeiro (*common law*), muitas vezes, por exemplo, são revogadas por formulações posteriores, em razão da mudança de interpretação quanto à intencionalidade e à finalidade do texto normativo apresentado pelo legislador.

Essa difícil tarefa possibilitaria que o Juiz exercesse o poder discricionário de modificar uma regra de direito em vigor, através da incidência e fundamentação dos princípios, de duas formas, como se apresenta, principalmente, quando se está diante de um caso difícil:

Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas:

Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; desta maneira o princípio justifica a modificação. No caso *Riggs* a mudança (uma nova interpretação da lei que rege os testamentos) foi justificada com base no princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de atos ilícitos. No caso de *Henningsen*, as regras previamente reconhecidas sobre a responsabilidade dos fabricantes de veículos automotivos foram modificadas com base nos princípios que extraí da decisão do tribunal.
[...]

Na segunda maneira, de considerar um problema, o juiz que se opõe a modificar uma doutrina existente dele levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. Esses padrões incluem a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo. Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência (DWORKIN, 2017b, p. 59-60, grifo nosso).

Todavia, o autor salienta que a metodologia de interpretação do caso concreto exige cuidado, porque, como cita, nas situações, nas quais o intérprete justificar sua mudança com base nas doutrinas da “Supremacia do Poder Legislativo” ou do “Precedente”, ter-se-á uma análise com relação à falta de imposição de aplicabilidade destes princípios.

Isto porque, conforme (Dworkin, 2017, p. 60), “os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e políticas que constituem essas doutrinas” e, neste caso, entendido pela definição de liberdade como uma qualidade do ato discricionário, conforme disposto por Hart (1967), na concepção do termo por ele apresentada, ainda assim não se trataria de liberdade, porque nenhuma regra jurídica poderia ser aceita pelos julgadores que teriam livre conclusão sobre a mudança do direito.

O cerne do poder discricionário está na apresentação de uma justificativa/fundamentação que apresente o direito, íntegro, mas não fechado; que demonstre

que o intérprete esgotou a análise “do caso em si”, e que o conceito apresentado não será o definitivo, mas que permita um debate em situações de certa forma análogas dentro do contexto que se encontram.

Havendo múltiplas hipóteses de relações sociais, o uso de padrões fechados, rígidos, que não permitam discussão em si (ao menos nas instâncias ordinárias), apenas serviria como um não direito que, por se tratar de uma ciência que evolui com a sociedade, novas situações com fatos semelhantes exigirão, também, novas abordagens dentro do contexto social, político e jurídico que se apresenta.

Bobbio, em *A era dos direitos*, já previa o surgimento de “novos direitos fundamentais” em uma sociedade com constante evolução, ao discorrer sobre os “Fundamentos do Direito do Homem”, como indefiníveis, variáveis e heterogêneos, trouxe relevante e clássico debate referente ao tema:

[...] ao direito que se tem e o direito que se gostaria de ter, partindo do pressuposto de que “os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos (2004, p.15).

Evidencia-se que, em decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello concluiu, com base no entendimento expressado por Bobbio, ao discorrer:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.²⁸

Sarlet (2010, p.1) ao citar Heráclito, reforça “que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui”²⁹, ou seja, ratifica o entendimento expressado por Bobbio quanto ao surgimento de novos direitos.

Prigogine (1996) discorre sobre o fenômeno do tempo e sobre o futuro da ciência, em face das complexidades do mundo real, sustentando que, mesmo no âmbito do conhecimento

²⁸MS 23.452, rel. Min. Celso de Mello. *Julgamento em 16-9-1999. Plenário*, DJ de 12-5-2000. Veja-se: **HC 103.236**, rel. Min. Gilmar Mendes. *Julgamento em 14-6-2010, Segunda Turma, DJE de 3-9-2010*.

²⁹SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf> Acesso em 11 de Outubro de 2020.

científico, as certezas a respeito de certo fenômeno perduram apenas até a descoberta, por força do avanço tecnológico e científico de novas perspectivas, já que vivemos em um mundo em constante evolução.

Sarlet (2010), em conclusão sobre a teoria de Prigogine (1996), estende a aplicação, *mutatis mutandis*, ao campo das instituições e na esfera do próprio direito, já que a complexidade das relações sociais e da vida tem causado uma série de avanços, que resultam em inseguranças e alterações significativas no plano jurídico-institucional, trazendo, como exemplo, a proteção do genoma humano (biomedicina), a regulação das relações digitais e de comunicações (informática) e da proteção ambiental.

Ainda, conclui (SARLET, 2010, p. 8) que “a dinâmica da vida social e econômica obriga o Estado e o legislador a respostas rápidas e eficazes para enfrentar os desafios da realidade, o que não raras vezes conduz a medidas de cunho interventivo na esfera pessoal dos indivíduos”.

Esta preocupação contorna o ato de discricionariedade judicial. A distinção entre regras e princípios exige que o intérprete do Direito se utilize de padrões que justifiquem sua posição quanto ao fato. Nos casos difíceis, especialmente, é na interpretação que se faz da *zona de penumbra* que se procura uma definição sobre o direito.

Dworkin (2017) apresenta o debate sobre a *Regra de Reconhecimento* de Hart (1967), ao discorrer sobre o teste de *Pedigree* (segundo o autor, Hart informa que a maioria das regras de direito são válidas porque alguma instituição competente a promulgou (leis secundárias) com base em um procedimento preestabelecido que assim autorizaria (leis primárias) ou foram regras criadas por juízes, para decidir um caso e estabeleceram um precedente para casos futuros), acrescentando que referido teste não funciona para os casos de *Riggs e Henningsen*.

E justifica sua conclusão salientando que a origem (dos princípios aplicados aos exemplos, enquanto princípios jurídicos) não se encontra na decisão proferida por um Poder Legislativo ou por um Tribunal, mas pela compreensão da intencionalidade e finalidade, ou seja, na interpretação da *zona de penumbra* que é esclarecida e aplicada ao contexto.

Isto porque, como bem acrescenta, o entendimento quanto à aplicabilidade das regras ou dos princípios dependerá de continuidade da compreensão apresentada na decisão, sendo que, caso ocorra entendimento diverso, os princípios aplicados não mais exercerão papel nos novos casos, o que poderá resultar em uma conclusão, em que foi proferida decisão injusta, quando comparados os precedentes.

Assim, Dworkin (2017, p. 65) entende que não se pode concluir pela aplicação do teste de *Pedrigree*, porque não se terá, na *Regra do Reconhecimento*, de um apoio

institucional: “Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico ao ponto de atribuir certa ordem de grandeza à importância”.

Entende o autor que a tomada de decisão sobre a distinção de regras e princípios não se trata de poder discricionário, mas de uma hermenêutica. A diferença é vista como essencial e como ato de interpretação, na medida em que o juiz deverá buscar critérios para uma fundamentação que justifique sua decisão. E sua decisão não poderá ser arbitrária, mas que poderá ter, como base de argumentação, a aplicação de princípios para salvaguardar as lacunas existentes na regra.

Weber (2008) tem os seguintes esclarecimentos:

Nas lacunas ou contradições das regras, o juiz está determinado pelos princípios porque eles fazem parte do Direito e não são extralegais, como dão a entender os positivistas. A função do juiz é garantidora de direitos e não criadora dos mesmos. Se os princípios fazem parte do Direito cabe ao juiz justificar os princípios e valores escolhidos. Mas estes já existem na tradição do Filosofia Política ou do Direito Costumeiro. Logo, não há poder discricionário. Nos casos de ausência de regras ou regras duvidosas, o recurso aos princípios é próprio da hermenêutica jurídica. É que Dworkin estabelece uma íntima ligação entre questões morais e questões jurídicas. Mostra como as posições morais fornecem a base para “argumentos constitucionais” (cf. L.D.S. p. 319). “A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos” ... (L.D.S. p. 285) (*apud* DWORKIN, 2008, p. 235).

Portanto, nesse interim, Dworkin (2017) entende que, no julgamento dos casos difíceis, os juízes levarão em consideração as posições morais como base para seus argumentos e que as decisões não serão reconhecidas com um ato de discricionariedade judicial, em qualquer um dos sentidos, mas de um ato de hermenêutica (jurídica, econômica, social, filosófica, entre outras], quanto à valorização dos argumentos, para aplicar aquele que melhor se enquadre e justifique a tomada de decisão a ser considerada uma decisão arbitrária que não viole o Estado Democrático de Direito.

Encontramos, portanto, a linha de raciocínio de Dworkin quanto à exigência de diferenciação das regras e dos princípios. De mesma forma, a divergência entre Hart (1967) e Dworkin (1975), com relação ao significado de poder discricionário, é sanada com a apresentação do entendimento, deste último, no sentido de explicar e justificar que o ato de decidir exige a apresentação de justificativas para dizer o direito, e que esta justificativa é feita com base no exercício interpretativo (a hermenêutica) e não por simples ato de poder discricionário (consoante desejava Hart em 1967).

Nessa linha, Hércules, o juiz, defrontando-se com um de seus árduos trabalhos (fazer a distinção entre regras e princípios), teria que explicar, em primeiro lugar, quais os fundamentos e pressupostos de sua tomada de decisão (os motivos determinantes que o autorizariam a ter o poder de decidir), que seria seu ato de Poder Discricionário (previsto por uma norma). Adiante, Hércules, após debater e esclarecer que detém poder discricionário para analisar o caso concreto (o que demonstraria não estar diante de um ato arbitrário), teria que apresentar o “cardápio” de regras e de princípios em conflito, para dizer sua difícil análise de expor qual o direito que melhor deveria ser entendido para o julgamento de casos difíceis. Para tanto, sobrepesando os valores dos princípios e analisando cada um dos padrões existentes (as regras, os princípios, a política), bem como os que poderiam influenciar seu posicionamento (econômicos, morais, sociais, etc.), Hércules apresentaria decisão que justificasse seu entendimento.

A difícil conduta de dizer o direito, por Hércules, nos faz ir mais além. Perelman (2005), com prefácio de *Alain Lempereur*, discorre que a conduta do juiz de interpretar exigirá observância em *Ética e direito*, como forma de se apresentar o direito através da observância de valores morais, que se ajustem à *realidade* e que levem em consideração a *regra do precedente*. De pronto, Perelman (2005, p. 15) levará em consideração que “as sentenças e os arestos não redundam em posições verdadeiras tiradas de um silogismo, mas em resposta mais aceitáveis e adaptadas, integradas numa argumentação” para que se possa “[...] encontrar a solução mais adequada”, em que o “[...] estatismo do prescrito legal é adaptado pelo dinamismo da decisão judiciária”.

3 A IDEIA DE JUSTIÇA DE CHAÏM PERELMAN

3.1 A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA

As narrativas do debate entre Sócrates, Trasímaco e Polemarco nos evidenciam um debate sobre o que é a Justiça. Em Dworkin, o debate sobre justiça nos remete ao discurso sobre como é feita a interpretação do caso concreto, especialmente, nos Casos Difíceis, quando então o intérprete tem que “dizer o Direito” e assim “fazer justiça”. Em ambas as situações, há um entendimento de que o ato de análise deve ser feito por um terceiro, quer por Páris, quer por Hércules, há a presença de um terceiro para dizer a Justiça do caso apresentado.

Perelman (2005, p. 7) explica que “[...] dentre todas as noções prestigiosas, a de Justiça parece uma das mais eminentes e a mais irremediavelmente confusa. A Justiça é considerada por muitos a principal virtude, a fonte de todas as outras”. E finaliza dizendo que a Justiça é uma virtude que envolve, dentre outras, toda a moralidade e contrabalança todos os outros valores.

O autor discorre que o estudo sobre *Ética e direito* tem o objetivo de trazer à análise a noção de justiça. Diz o autor: “Ele não se propõe, de modo algum, a apelar a generosidade inata do leitor, ao seu bom coração, à parte nobre de sua alma, para levá-lo, de modo direto ou dissimulado, a conceber uma ideia de justiça que se deve venerar mais do que todos” (p. XIII).

Em *Ética e direito*, o autor, tentando estabelecer uma ideia de justiça que apresente uma possibilidade de se efetivar seus valores, faz a apresentação dos conceitos de justiça mais correntes, e conclui possuírem um “caráter inconciliável”: (a) a cada qual a mesma coisa; (b) a cada qual segundo seus méritos; (c) a cada qual segundo suas obras; (d) a cada qual segundo as suas necessidades; (e) a cada qual segundo sua posição; (f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

As concepções apresentadas e descritas em *Ética e direito* buscam sintetizar as ideias de justiça mais correntes à época, e o autor discorre que “é ilusório querer enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça” (2005, p. 9).

Para Perelman (2005, p.13), cada uma das posições ou teorias de justiça, quando analisadas, com suas interpretações “mais ou menos forçadas, a afirmações mais ou menos arbitrarias, [...] não deixam de apresentar aspectos da justiça muito distintos e o mais das vezes oposto”.

À primeira vista, ante a conclusão de Perelman, é preciso fazer uma análise de cada uma delas, para evidenciar os aspectos e as características que convergem e divergem entre si, com o objetivo de traçar a linha que seguirá em continuidade com o exposto por Dworkin (2017).

A primeira ideia (*A cada qual a mesma coisa*) é vista por Perelman (2005) com certa ironia. Isto porque a referida concepção trataria todos da mesma forma, sem distinção, o que faz com o que o autor mencione que somente “a morte” atingiria todas as pessoas sem levar em consideração seus atributos pessoais, os privilégios, etc. Trata-se de uma ideia de justiça com igualdade absoluta.

A segunda ideia (*A cada qual segundo os seus méritos*) evidencia a igualdade distributiva que o filósofo entende que se trata de uma concepção de justiça que detém uma qualidade intrínseca com relação ao mérito da pessoa (meritocracia). Perelman (2005) discorre que a referida concepção deixa dúvidas quanto à dificuldade de se definir como valorizar o mérito de cada pessoa de forma proporcional, se a referida tomada de decisão levaria em consideração a ação, a intenção e o sacrifício, e qual a medida de avaliação.

A terceira ideia (*A cada qual segundo suas obras*) diz respeito à igualdade comutativa, que apresenta um tratamento proporcional com ênfase no resultado da ação praticada. Segundo o autor, é uma concepção que não leva em consideração os aspectos intrínsecos do agente (aspectos morais), com o destaque de dar maior atenção aos elementos passíveis de cálculos, pesos ou medidas.

A quarta ideia (*A cada qual segundo suas necessidades*) é vista por Perelman (2005) como uma concepção de caridade na justiça. Em seu entendimento, ela não analisaria as condições do agente, os aspectos da ação ou de produção, mas o atendimento das necessidades essenciais (uma base com um mínimo vital), que seria assegurada a cada cidadão. O filósofo cita que a proteção do trabalho, a limitação das horas de atividade, o seguro-desemprego e o salário-família são resultados desta ideia.

A quinta ideia (*A cada qual segundo sua posição*) trata da concepção de justiça, que se utiliza de critérios referentes à classe ou categoria de pertencimento de cada cidadão, em que as mesmas decisões só são aplicadas para membros integrantes de igual categoria. Ela trata os diferentes de forma diferente. Cita o autor que referida concepção era muito utilizada na Idade Média, quando os homens livres eram tratados de forma diferente em relação a dos escravos. O critério de análise estaria relacionado à natureza social.

A última ideia de justiça (*A cada qual segundo o que a lei lhe atribui*) diz respeito à concepção em que o juiz, quando justo, deve aplicar a lei de forma igual em qualquer

circunstância. A crítica de Perelman diz respeito à possibilidade de se ter, em cada ordenamento, uma variante diferente para se dizer do direito e aplicá-lo. E o filósofo cita que E. Dupréel (1939) considera esta formulação como a “justiça estática”, porque entende que a mesma faz a manutenção da ordem estabelecida, enquanto considera as outras cinco a “justiça dinâmica”, que pode trazer modificações na ordem das coisas.

Perelman (2005) menciona que, diante do “estado de coisas” em que se encontram as seis ideias de justiça, seria possível estabelecer três atitudes possíveis de entendimento e interpretação das teorias:

A *primeira* consideraria que as concepções não possuem nada em comum; que “não existe nenhum vínculo conceitual” entre elas, e que, entendido nesse sentido, nenhuma delas poderia ter o nome de “justiça” em sua determinação. A *segunda* seria a atitude de se escolher, dentre elas, apenas uma “da qual tentariam convencer-nos que é a única admissível, a única verdadeira, a única real e profundamente justa”. Quanto a esta atitude, Perelman (2005) entende que se trata de uma interpretação que deve ser evitada, porque o debate, a contradição, o diálogo de oposição permitem uma escolha. Logo escolher uma, sem debater, levaria à ausência do diálogo, não permitindo uma análise justa. A terceira, da qual Perelman expressa sua preferência, diz respeito à necessária pesquisa sobre o que existe de comum entre as teorias apresentadas, ou seja, localizar “o elemento comum a uma profusão infinita de concepções diferentes”.

Perelman afirma que

essa discriminação prévia permitirá determinar uma fórmula da justiça sobre a qual será realizável um acordo unânime, fórmula que levará em consideração tudo quanto há em comum entre as concepções opostas da justiça. Daí não resulta, em absoluto, que se vá acabar com o desacordo existente entre os defensores das diversas concepções dessa noção. O lógico não é um prestidigitador e sua função não consiste em escamotear o que é. Ao contrário, ele deve fixar o ponto onde o desacordo ocorre, pô-lo em plena luz, mostrar as razões pelas quais, a partir de uma certa noção comum da justiça, chega-se, porém, a fórmulas não só diferentes, mas mesmo inconciliáveis (2005, p.18).

Nesse caminho, Perelman apresenta a ideia de haver certa igualdade entre as teorias, para que haja certa noção de justiça, entendendo que, mesmo na divergência entre elas, se torne possível encontrar um ponto em comum, com um elemento indeterminável, que proporcione a definição e as determinações sobre cada uma das teorias, mesmo que se encontrem divergências/oposições em suas formulações.

A ideia de apresentar um ponto em comum, de estabelecer um nexos de igualdade entre a lista sêxtupla de teorias sobre a justiça, é entendida pelo autor como forma de

estabelecer uma noção de limite. Tourtoulon (*apud* Perelman, 2005, p. 18) entende que “[...] a justiça perfeita consistiria na igualdade completa de todos os homens”. Essa “igualdade perfeita” em Tourtoulon teria uma aproximação com a primeira ideia de justiça (*A cada qual a mesma coisa*), o que é irrealizável. Entretanto, salienta Perelman que é preciso se estabelecer um limite a ser visualizado, com o objetivo de se tentar, ao máximo, uma aproximação.

Esta aproximação é necessária porque o ponto de encontro permite que se alcance uma igualdade parcial (o que seria mais fácil do que uma igualdade completa), que possibilitará que se atinja uma justiça mais realizável. A impossibilidade de se atingir uma justiça perfeita não torna a efetivação impraticável. A igualdade próxima entre as teorias evidencia que as mesmas não são contraditórias, porque, ao fim e ao cabo, estão à procura da mesma ideia, a de efetivação da justiça, pois, conforme dito pelo autor, “constitui um esforço meritório para a compreensão da noção de justiça”.

Contudo, existem oposições (objeções) presentes neste esforço interpretativo de encontrar a igualdade nas teorias de justiça, a saber: a) *arbitrariedade*: a decisão de ter que escolher uma das teorias dentre as apresentadas seria impraticável, porque não se estaria levando em consideração “os méritos, nem seus atos, nem suas origens, nem suas necessidades, nem seus talentos, nem seus vícios”, e isto, de acordo com Perelman, permitiria que muitos moralistas apresentassem oposições contrárias à decisão; b) *ilusão*: entende o autor que onexo de igualdade é ilusório, porque as teorias de justiça são contraditórias, por si só, porque seria impossível uma conciliação, uma vez que é a diferença que proporciona o debate e este é que efetiva a ideia de alcance da justiça.

A questão em voga não estaria apontada no encontro entre elementos que alcancem a igualdade perfeita, mas sim na interpretação de forma diferente do que a apresentada nesta fórmula: (“a cada qual a mesma coisa”), deixando de dar ênfase ao “a cada qual” do que “a mesma coisa”, como forma de pontuar as variantes e encontrar uma semelhança entre elas, para fins de adequação e noção de ideia de justiça. A presença de uma identidade parcial, do encontro de “algo em comum” entre os indivíduos é que possibilitará a realização da justiça.

Nesse sentido, Perelman (2005) discorre que a procura por um “elemento indeterminado” – de uma “variável”, que aproxime os cidadãos do entendimento sobre o “cada qual”, presente na formulação, e que possibilite uma determinação que “fornecerá ora uma, ora outra concepção da justiça” – resultará no encontro da definição de *justiça formal* ou *abstrata*, constituindo, assim, um dos valores da justiça, qual seja, o tratamento igual entre os semelhantes (a ideia de igualdade de cada qual seria um consenso entre os intérpretes).

Observa-se que Perelman (2005) traça uma linha de raciocínio lógico que direciona para a conclusão sobre a prevalência de certa igualdade entre os membros. Há divergências e dificuldades quanto à efetivação desta igualdade, para poder-se apresentar uma definição robusta e sólida de justiça, porque poderá surgir oposição quanto ao que se alcançaria em diferentes respostas quanto ao direito que cada um tem (se é necessário levar em conta os méritos, as necessidades, as obras, etc.).

Perelman (2005, p.18) busca encontrar um elemento indeterminado que demonstre algo em comum entre as teorias. O autor salienta que “aquele que reclama que se leva em conta o mérito, quererá que se trate da mesma forma as pessoas de igual mérito”; outro reclamará que seja reservado um tratamento igual para os que possuem “a mesma necessidade” ou “a mesma posição social” e conclui, assim, que todos buscam e estão de acordo que ser justo é tratar “da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica”. E, para tanto, seria necessário haver a apresentação de um elemento indeterminado (que ele entende ser a igualdade), em que se buscaria isonomia entre os integrantes de uma mesma categoria essencial. Diz o autor:

Seria possível definir a justiça formal? Haverá um elemento conceitual comum a todos as fórmulas da justiça? Parece que sim. Com efeito, todos estão de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar de forma igual. Só que surgem as dificuldades e as controvérsias tão logo se trata de precisar. Cumprirá tratar os outros da mesma forma, ou cumprirá estabelecer distinções? E se for preciso estabelecer distinções, quais serão as que será necessário levar em conta para a administração da justiça? (2005, p.18).

Desta feita, define o autor (p.19) que *justiça formal* se trata de “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.

Em vista disto, Perelman “(re)visita” as seis concepções de justiça, para demonstrar que todas elas são determinações diferentes da mesma concepção de justiça formal; que entre elas existe um elemento comum que exigirá uma definição das características essenciais: aquelas que devemos levar em consideração para a aplicação da justiça. Como critério de avaliação, entende ainda que se deve admitir certa escala de valores, para saber o que é ou não importante (o essencial ou o secundário), para definir uma concepção de justiça concreta.

A análise desta escala de valores é apresentada pelo autor com a ideia de alcançar o que denomina *auditório universal*, que será tratado adiante. A questão de unicidade de características essenciais, para que o direito possa ser aplicado de forma igualitária entre os

mesmos cidadãos, com os mesmos interesses e as mesmas características, faz o autor discorrer sobre qual ideia de justiça será aplicada em um Estado Democrático.

Neste ponto, passa-se a dar ênfase ao que Perelman discorre quanto à sexta ideia (*A cada qual segundo o que a lei atribui*). Tem-se o entendimento, seguindo a linha traçada entre os capítulos acima, de que diz respeito à análise de um terceiro, quanto ao direito apresentado, para que seja feita justiça. Nesse caminho, desde as narrativas de Sócrates com Trasímaco e Polemarco, passando pela definição de justiça por Dworkin (1975), especialmente, nos *Hard cases* e, agora, na sexta ideia apresentada por Perelman (2005), temos um ponto em comum: o entendimento de que se faz necessária a presença de um terceiro (outro intérprete, Páris ou o juiz-Hércules), para dizer qual o direito que será aplicado para a definição de justiça, no caso apresentado.

Veja-se que, na análise da sexta ideia (*A cada qual segundo o que a lei atribui*), Perelman (2005) destaca que, na referida formulação – diferente das demais –, o terceiro encarregado de aplicar e dizer o que é a justiça já não será uma pessoa livre de escolha, porque deverá observar a regra estabelecida (aqui, deverá ser observada a regra com relação ao procedimento que ele adotará para dizer o direito: o processo de interpretação). Desde a classificação, a apresentação das categorias essenciais, até o que há de semelhança, serão levados em consideração para que possua a condição de possibilidade de dizer o direito.

As questões morais, intrínsecas ao indivíduo, com relação à forma de interpretação que pretenderá dar ao caso apresentado, os juízos de valor quanto aos elementos essenciais, as semelhantes características dos indivíduos (até mesmo as suas discrepantes características), são vistas como condições de liberdade de escolha do julgador. Aqui, no presente estudo, busca-se entender quais as motivações ideológicas do julgado. O que está por trás do conteúdo decisório:

Em moral, a pessoa é livre para escolher a fórmula da justiça que pretende aplicar e a interpretação que deseja dar-lhe; [...] a regra adotada resulta da livre adesão da consciência. [...] Aquele que julgar, em moral, deve primeiro determinar as categorias segundo as quais julgará, depois ver quais são as categorias aplicáveis aos fatos (2005, p. 28).

Estas questões morais quanto à livre consciência são um tanto controversas e levantam um debate quanto à motivação ideológica que está por trás da apresentação de uma decisão, porque traz abertura para a discricionariedade judicial.

A diferença entre a análise feita pela moral e a feita pelo direito é apresentada pelo autor. Na primeira análise, o intérprete faz um filtro que determina as categorias segundo as

quais escolherá uma ou várias, para apresentar o seu juízo de convencimento aplicável ao caso concreto em análise. No direito, tanto a etapa da determinação das categorias quanto a aplicação delas estão presentes de forma separada; já na moral, estão unidas no mesmo ato de consciência sobre como decidir.

Esta diferenciação é importante para se destacar como os fatos serão analisados pelo decisor. E, mais relevante: Quais são os aspectos morais particulares que influenciam o decisor, para que exerça seu julgamento? De um lado, primeiramente, há uma análise moral (a determinação das categorias) para, depois, unir-se ao direito e apresentar qual a lei que será aplicada ao caso concreto? Como essas concepções e valores morais do julgador influenciam no seu ato de aplicar a lei ao caso concreto?

Perelman (2005) esclarece que a resposta aos questionamentos dependerá da forma pela qual se vê a pessoa do juiz: se ele é um funcionário que aplica a lei e apenas acompanha a jurisprudência, ou é um julgador que atua de forma mais ativa, para interpretar a dedução dos fatos, bem como inová-los, para aplicar a lei, evitando, puramente, fazer coincidir seu entendimento com o que já é diurtunamente decidido. Entende-se que a formação do direito, através da jurisprudência, é vista pelo autor como uma das formas de esclarecimento das interpretações mais confusas que o dispositivo da lei apresenta.

Spota (1985) discorre sobre a formação do direito através da jurisprudência, evidenciando que o direito, mesmo nas suas literais disposições, na sua “letra fria”, se apresenta vivo e flexível para que o intérprete o analise, evitando que seja apenas um simples papel:

Se o direito deve ser considerado como algo vivo, fluente, flexível, ou seja, que não se cristaliza e não se separa da autêntica vida jurídica, então deverá aceitar-se que a jurisprudência constitui aquele meio pelo qual se evita que se crie um abismo entre o direito e a lei. É certo que incumbe ao legislador preencher a lacuna que surgirá entre a lei e as exigências de um direito que se adapte à vida, às necessidades sociais e econômicas. Ainda mais, haveria que repetir que expressou Kirchmann na conferência que pronunciou em Berlim no ano de 1848, ao sustentar que o direito carece de valor como ciência (*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*): “Três palavras corretivas ou retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras caem convertidas em papel sem valor (1985, p. 29).

Os problemas quanto ao direito e às suas indeterminações confusas, muitas vezes, são resolvidos pela ação ativa de interpretação do julgador quanto aos fatos apresentados. A apresentação de determinações, de valores morais e de direitos escritos, que o magistrado pontua como sendo relevantes para a análise, com posterior escolha e aplicação, obedece a um procedimento comum e de conhecimento de todos, e é o que permitirá que se chegue a uma conclusão robusta, que responda aos anseios sociais; que se retirem as expressões confusas da

lei e, *a priori*, se apresente um significado quanto ao direito litigado, dando uma resposta às partes e à sociedade, formando uma jurisprudência de forma virtuosa, sem noções e interpretações confusas da letra fria da lei.

Esta atividade ativa do decisor, que atua com a sensibilidade de interpretar os dizeres da lei, de analisar a maciça jurisprudência, a doutrina, sem afetar-se por caprichos morais e ideológicos, é o que contribuirá para a formação do direito.

O descontentamento do intérprete da lei, em não apenas se conformar com o ritmo da jurisprudência, é o que permitirá que, na conclusão quanto à apreciação dos fatos, seja demonstrado sentimento de efetivação da justiça, do máximo alcance (*a cada qual segundo o que a lei lhe atribui*), dentro da liberdade de interpretação dos fatos e da lei, a um decisor livre de caprichos ideológicos (quer políticos, econômicos ou sociais), que permitirá que a sociedade entenda os rumos do direito e que, de fato, se pode acreditar na efetiva justiça.

Esta questão de interpretação, como foi antes discutida, evidencia o debate quanto ao livre-convencimento motivado [LCM], que tem estreita relação com o entendimento do ato de discricionariedade judicial. Esse caloroso debate, cada vez mais está presente entre os estudiosos do direito e da filosofia e, na atualidade, vem sendo o norte de debates que colocam em análise a força política e os interesses ideológicos [ao meu sentir, principalmente, os interesses políticos e econômicos], que possam existir por detrás das decisões proferidas pelos decisores, a se destacar, principalmente, nos Tribunais Superiores, cujos entendimentos, provavelmente, são seguidos pelos demais pares.

Perelman (2005) salienta que, na análise do direito em si, a interpretação quanto à norma que será aplicada terá o controle da Suprema Corte, porque será levada em consideração a ordem estabelecida para dizer o direito.

Spota (1985, p. 36) acrescenta que a formação jurisprudencial do direito, a exegese e criação são o “resultado de um sistema de meios de administração do direito. Esse arbítrio do Juiz, que encontra um limite heteronômico na lei escrita mais que no costume, só é assim enquanto a lei guarde harmonia com as exigências sociais”.

A estreita vinculação da jurisprudência com as exigências sociais é vista por Perelman como um caminho a ser trilhado pelo intérprete-julgador, como forma de suprir a defasagem que existe entre o fato social e a formulação da lei, como se demonstra:

Em todo regime democrático a lei segue, embora com certo atraso, a evolução por que passou a concepção da justiça na mente da maioria dos cidadãos. Durante o período que há defasagem, a jurisprudência se encarrega com certa dificuldade, de reduzir ao mínimo os inconvenientes das morosidades inevitáveis do poder legislativo (2005, p. 30).

O raciocínio *perelmaniano* nos direciona aos questionamentos quanto à efetivação da justiça, e se ela poderá se opor ao direito. E o autor nos apresenta o caminho da resposta ao cindir a diferença entre justiça formal e justiça concreta. No seu entendimento, a procura por dizer o direito (a justiça) só se torna possível, quando se tiver esclarecida esta diferenciação, porque o julgamento será através de uma “justiça concreta”, que prevê determinada escala de valores, que serão levados em consideração na hora de apresentar as conclusões de decidir sobre o fato apresentado.

O autor, em sua teoria de justiça, busca nos evidenciar que não se está diante de procura por “justiça”, por forma de condenar ou reformar alguma decisão, como se estivesse em “nome da justiça”. Entretanto, salienta, que o julgamento será feito em razão de uma “visão do universo, talvez sublime, mas de todo modo, considerada arbitrariamente como a única justa”. E isto porque não se condena, diz o autor, “em nome da justiça”, para que não se permita uma confusão e acusação temerária quanto à “justiça formal”. Mas que, no ato de analisar as questões do litígio, se permita, em outras palavras, que o intérprete tenha condições de analisar as determinações, valorando-as até estar convicto de que sua decisão se aproximou da palavra máxima de segurança e entrega da justiça.

Freire (1994) discorre sobre a teoria de Perelman, entendendo que seu método se aproxima da dialética aristotélica, ou seja, da arte de raciocinar, a partir de opiniões geralmente aceitas:

A teoria da argumentação de Chaïm Perelman, por seu método, está próxima da dialética aristotélica concebida como a arte de raciocinar a partir de opiniões geralmente aceitas. Pode-se então perguntar o que levou Perelman a aproximar sua teoria da argumentação da retórica e não da dialética (1994, p. 200).

O caminho traçado por Perelman (2005), através da dialética, quando da análise inicial da obra em estudo (*Ética e direito*), é bem visível quando verificamos sua conclusão quanto à necessária diferenciação entre justiça formal e justiça concreta. O intérprete necessita de um rol de determinações que apresentem o que é permitido, proibido e aceitável para uma determinada sociedade. O intérprete também necessita de um rol que explique qual o procedimento que deverá adotar para resolver os impasses sociais.

Ato contínuo, o intérprete também necessitará, através de uma justiça concreta, que se tome conhecimento de quem participa do diálogo quanto aos fatos e os direitos e quais os procedimentos que tomará para concluir sobre o que entende ser viável, como forma de efetivar a justiça. E todo esse procedimento, toda essa descrição, quanto às determinações

aceitáveis ou refutáveis, é que origina e permite a dialética quanto aos fatos apresentados. Diz o autor:

A aplicação da justiça formal exige a determinação prévia das categorias consideradas essenciais. Ora, não se pode dizer quais são as características essenciais, ou seja, aquelas que se levam em conta para a aplicação da justiça, sem admitir certa escala de valores, uma determinação do que é importante e do que não o é, do que é essencial e do que é secundário. É a nossa visão do mundo, o modo como distinguimos o que vale do que não vale, que nos conduzirá a uma determinada concepção de justiça concreta (2005, p. 30-31).

Essa definição deixa claro que “a visão de mundo”, a nossa ou a do outro, a das partes ou do julgador, assim com a dos membros dos Tribunais, regionais ou superiores, é o que permitirá, através do procedimento (o processo), que se faça o confronto de “ideias de mundo”, atingindo a dialética, o diálogo evolutivo e construtivo quanto ao fato apresentado, permitindo que seja apresentada a “ideia de mundo” mais convincente e próxima da “ideia de justiça”, naquele processo.

É importante destacar que a advertência de Perelman (1996, p. 138):

[...] a interpretação pode ser, não mera seleção, mas também criação, invenção de significações, essas diversas interpretações nem sempre são incompatíveis, mas o destaque de uma delas, o lugar que ela ocupa no primeiro plano da consciência, amiúde recua as outras para a sombra [...]. A infinita complexidade das interpretações, sua mobilidade e sua interação explicam suficientemente a impossibilidade de reduzir todos os enunciados a proposições cuja probabilidade numérica possa ser determinada (1996, p.)³⁰.

É nesse caminho que fazemos o encontro de Perelman (2005) com Dworkin (2017), quanto à interpretação e qual o ponto de equilíbrio para que se escolha uma ou outra proposição, para se alcançar uma “ideia de mundo”. E este caminho exige que o intérprete

³⁰ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da AP 616-SC, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, analisou o pedido do Ministério Público de denúncia de prática, na forma tentada, da conduta descrita no artigo 1º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67 [Crime de Responsabilidade do Prefeito por uso de Utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos.

No voto, o Ministro-Relator fundamentou a sua conclusão citando as palavras de Chaïm Perelman no tocante à interpretação e sua necessária relevância para o Direito. Assim expondo: *“Ocorre que a subsunção do fato à norma, no presente caso, reclama a interpretação do texto publicado, esforço, aliás, evidenciado na inicial acusatória. Malgrado a veiculação do nome do prefeito na matéria, em princípio se contrapondo à vedação constitucional (art. 37, §1º), questão afeta à seara cível, observo que caracterização do material publicitário referido como de autopromoção obriga a incursão do intérprete à valoração de estilos linguísticos, do uso do vernáculo e da construção textual, tangenciando a própria liberdade de expressão e de manifestação do pensamento. A tipicidade material da conduta, portanto, no caso, passa pela inteligência do texto publicado e pela compreensão da mensagem nela veiculada.”*

Vejam, pois, que a complexidade da interpretação exige que não se reduza a definição do direito pelo simples enunciado, mas, que se viabilize uma análise no plano da consciência para que se faça a escolha de valores e considerações que serão enunciadas e apresentadas pela compreensão da “ideia de mundo” naquele debate. Fonte: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5271122]. Acessado em 14/10/2020.

tenha responsabilidade quanto ao que irá selecionar e escolher como pressupostos para o julgamento da situação posta em debate. É a partir de uma responsabilidade do intérprete que direcionaremos a análise, para encontrar uma conclusão sobre a ideia de justiça apresentada nos casos difíceis.

3.2 A RESPONSABILIDADE NA ESCOLHA

A palavra *escolha* sempre nos remete ao valor que devemos dar a uma tomada de decisão. Para qual dos lados iremos decidir? Será que tomaremos a decisão correta? A hipótese de ficar “em cima do muro” não agrada quem procura conhecer a verdade e dizer qual das hipóteses a escolher, e qual indicará um caminho para seguir em frente. Quando se tem que decidir, temos que nos posicionar. E, para que posicionar-se, é preciso elencar quais critérios, subjetivos ou objetivos, quais parâmetros, quais determinações nos colocarão frente a valorar e indicar a nossa convicção.

Perelman (em *Ética e direito*, 2005, p. 29) ao discorrer sobre jurisprudência, deixa claro que a interpretação apresentada pelos julgadores pode ir muito além, em busca de esclarecer as determinações confusas e as expressões equivocadas do direito. Narra o autor que a jurisprudência tem um “jogo” para definir as noções e interpretar as expressões, de forma a manter hígido o sentimento de justiça. É este sentimento, de alcance do que mais se aproxima de justiça, que tangencia o binômio “interpretação e escolha”, que será dada pelo intérprete, para que não ocorra uma simples transcrição da lei ou a fixação de uma jurisprudência imutável.

Quando se ingressou no debate quanto à interpretação e escolha do tema desta dissertação, foi preciso evidenciar a importante e responsável ação do terceiro que julgará. Como destacado por Dworkin, Hércules (o terceiro), terá um dos mais difíceis trabalhos: analisar, formar os parâmetros e as determinações; sobrepesar os valores deles inerentes; fazer uma análise crítico-construtiva, exercendo a capacidade de racionalidade, capaz de apresentar sua escolha, de forma responsável e dentro dos ditames da lei, em um Estado Democrático de Direito.

Perelman (2005, p. 30-31) discorre que o terceiro terá para si as categorias essenciais, que levarão em conta para a aplicação da justiça, tendo, de pronto, que admitir uma escala de valores sobre o que é ou não importante ou secundário que, em última instância, possibilitará que sejam esclarecidas as antinomias da lei e se aproxime ao máximo da noção de justiça, através do conhecimento da noção de equidade.

Em um exemplo da complexidade na tomada de decisão, na escolha que terá que ser apresentada pelo terceiro, passa-se à análise da conduta que um empregador terá que mostrar, ao definir quanto cada um de seus empregados terá direito no aumento do salário. No exemplo, um deles é solteiro, e o outro é pai de família. Perelman discorre que, caso a escolha partisse apenas do princípio de que (*a cada qual segundo suas necessidades*), possivelmente, o trabalhador que receberia mais seria o “pai de família”, porque é notório que aquele que é pai demanda maiores encargos familiares do que o solteiro.

Esclarece o autor que, mesmo sendo eles integrantes da “mesma categoria essencial”, o tratamento de “cada qual segundo suas necessidades” resultaria em (in)justiça, quando analisado pela teoria de (*cada qual segundo suas obras*). Conforme o autor, este exemplo retrata uma das inúmeras antinomias da justiça. Qual deles detém o direito de perceber salário mais vantajoso? Se ambos são da mesma categoria? Se ambos exercem as mesmas atividades laborativas?

Perelman (2005) esclarece que, “com efeito, nunca podemos afirmar que fomos perfeitamente justos, que levamos em conta todas as concepções da justiça que se amalgamam em nós para formar a confusa mescla a que chamamos sentimento de justiça [...]”. Vejamos, na concepção de *Ética e direito* (2005) há uma incompreensão quanto ao que efetivamente é justiça pelo consenso popular e socialmente aceito, quando, aqueles mesmos que pedem por justiça, quando indagados a analisar um caso “em particular”, respondem que ocorreu uma “injustiça”.

Nesse caminho, as antinomias da justiça, através das zonas de penumbras existentes nas legislações, indicam que o intérprete terá responsabilidade quanto ao conteúdo decisório, no qual irá apresentar seu juízo de convencimento, apresentando sua escolha quanto à “ideia de mundo” àquele caso difícil. E qual o conteúdo da responsabilidade de Hércules?

Dworkin (2017a, p.151), em capítulo que analisa a responsabilidade e a interpretação, faz um arrazoado sobre a responsabilidade moral, trazendo ao debate a conclusão de que somos sempre responsáveis por uma espécie de circularidade, quando estamos frente à elaboração de convicção sobre determinada decisão moral, para a qual, muitas vezes, nos utilizamos de outra definição moral, para concluir sobre a essa responsabilidade.

O autor (2017a, p. 153) entende que a essência da responsabilidade é a *integridade*, e que a epistemologia da pessoa moralmente responsável será *interpretativa*. Que a nossa responsabilidade moral é construída desde a infância, através dos ensinamentos familiares e de nossas vivências, ao fim e ao cabo que, através de nossas inúmeras interpretações,

possamos atingir tal integridade geral, de modo que cada interpretação sustente a outra, construindo o que autor entende por *rede de valores*.

Na definição de responsabilidade, em *A raposa e o porco espinho* (2017a) é feita uma cisão de conceitos. Primeiro, diz o autor, há a *responsabilidade como virtude*, que é quando dizemos que “alguém fez ou não fez” com ou sem responsabilidade. Na segunda, há a *responsabilidade relacional*, em que dizemos que alguém é ou não responsável por algum fato ou acontecimento (p. 154).

O autor discorre que também é possível distinguir os tipos de responsabilidades pela virtude: a responsabilidade intelectual (“o cientista que não confere seus cálculos”); a responsabilidade prática (o escritor que não faz o backup); a responsabilidade ética (a pessoa que vive sem rumo) e a responsabilidade moral (o cidadão que vota numa candidata [...] porque a acha sensual) (p. 154).

E, no caso da responsabilidade relacional, Dworkin (2017a, p. 155) também apresenta as diferentes formas: *responsabilidade causal*: quando algum ato da pessoa é responsável por um acontecimento; *responsabilidade atribuída*: quando alguma pessoa tem o dever de cuidar de certo assunto; *responsabilidade objetiva*: quando alguma pessoa tem a obrigação de reparar, compensar ou tomar sobre si qualquer dano cometido, e a *responsabilidade autorreflexiva*, quando o ato de uma pessoa pode ser classificado como elogio ou censura.

Entenda-se que, no caso da análise quanto à responsabilidade da escolha de Hércules (do terceiro que julgará o caso difícil), é necessário direcionar-se para a responsabilidade moral, tentando compreender o ato do julgador, para poder interpretar; fixar os parâmetros; dar valor aos mesmos, e expor o juízo de convencimento, dentro de uma escala de prioridades relevante para a solução do *hard case*, que apresente a possibilidade de efetivação da justiça.

Dworkin (2017a, p.158) salienta a *porosidade* da responsabilidade moral que, muitas vezes, evidencia a contradição da pessoa, quando da tomada de decisões; em outras, se utiliza de ideologias políticas – e aqui acrescenta-se – até mesmo econômicas, sociais e religiosas, que podem influenciar o pensar de quem está escolhendo uma linha a seguir e a convencer a parte adversa quanto à sua convicção. O autor se utiliza do exemplo da pessoa que se diz favorável à redução dos impostos, pensando sobre o volume financeiro que isto trará para a economia dos ricos, mas não pensa no efeito que isto causará para a economia dos mais necessitados. Finaliza concluindo que ocorreria irresponsabilidade moral em razão de uma decisão arbitrária, imparcial e flutuante.

Perelman (2005, p.158) com relação à moral, discorre que os juristas costumam insistir na importância do elemento moral no funcionamento do direito: “[...] no papel que desempenha a boa ou a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, a equidade, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado”. O autor entende que o estudo do direito pelo moralista, até como fonte de inspiração e meditação, traria outro aspecto quanto à conclusão sobre uma regra por parte de moralista.

Sem entrar na questão do debate *kantiano* ou até mesmo discorrer quanto à diferenciação entre direito e moral, que temos que discorrer sobre o que pensa Perelman com relação ao conhecimento da regra por um moralista, mas, no fim e ao cabo, para que se possa entender: O ato de decidir, que direciona uma responsabilidade moral do julgador, influencia, condiciona a linha de conclusão sobre um caso difícil?

Perelman (2005, p. 300) entende que o uso da linguagem é essencial para uma distinção de conteúdo, especialmente filosófico, sobre determinado tema. A afirmação ou negação quanto ao conteúdo, o uso correto da linguagem, pode direcionar para que um filósofo exprima uma conclusão: “Se o uso corrente da linguagem faz caso de uma distinção, há uma presunção em favor de sua importância filosófica, presunção que o filósofo não deveria menosprezar e não deveria ter por errônea ou superficial sem apresentar a prova do que afirma”.

Na leitura de Perelman (2005), do mesmo modo que a linguagem interage com a tomada de decisão sobre um tema pelo filósofo, a regra jurídica interage com o moralista quanto ao reconhecimento que dará para expor um juízo de valor, quanto ao que está disposto. Para ele, uma regra jurídica pode ser diversa de uma regra moral. Contudo, não havendo uma presunção quanto ao que diverge, será necessário que o moralista explique (justifique) sua conclusão.

É importante destacar que o autor menciona a diferenciação necessária, com relação ao uso da linguagem moral ou imoral (na sua explicação, menciona seu uso, ou se limita a dizer ou não a verdade). No aspecto jurídico, o autor destaca que o uso da moral nas legislações é um tanto mais complexo. E direciona, de certa forma, seu entendimento de que o uso da moral no direito indica a noção central de *compromisso*. O ato de informar a testemunha sobre “dizer ou não a verdade” é, basicamente, uma expressão e conduta do uso da moral no processo.

A responsabilidade, o compromisso do julgador para apresentar uma decisão sobre um caso concreto, especialmente um *hard case*, direciona nossa reflexão quanto à escolha que será tomada e a sua justificação. Perelman destaca que, ao jurista-moralista não basta apenas

apresentar princípios gerais, mas que tenha preocupação com os problemas que serão criados, em razão da aplicação desta ou daquela norma. Veja-se, portanto, que a escolha remete a uma responsabilidade, ou seja, um compromisso, que existirá na reflexão do julgador, para expor seu juízo de convencimento.

Qual o conteúdo ideológico desta escolha? É a pergunta que fica. Essa reflexão não compromete, de modo algum, que o direito não tenha sua efetividade e segurança jurídica. Ao contrário, é importante que tenhamos legislações que esgotem os estudos até serem promulgadas; que os juristas se debruçam a encontrar formas de sanar as antinomias criadas pelo direito, e encontrem uma solução para o *hard case* ou *easy case*.

Há uma multiplicidade de normas em nosso ordenamento jurídico. No mesmo caminho, há uma gama de decisões judiciais divergentes que, muitas vezes, tornam duvidosa a própria eficácia e a segurança jurídica de um provimento jurisdicional. Entretanto, aos juízes é outorgada a incumbência de interpretar, aplicar o direito no contexto em que se encontram e garantirem estabilidade às suas decisões em razão da autoridade que as determina.

E, nesse caminho, a par da existência de responsabilidade moral do julgador, para que faça a escolha das determinações aplicáveis (legislações, doutrina, jurisprudência, princípios do direito, bons costumes, etc.), viabilizando uma crença e uma segurança jurídica do conteúdo decisório, surgem dificuldades quanto ao compromisso que o terceiro-julgador terá para sanar as antinomias e as zonas de penumbra existentes no direito e nas relações sociais que evoluem a cada dia.

Perelman (2005) traça alguns dos caminhos para a solução destas controvérsias, como as técnicas de interpretação, a hermenêutica, o conhecimento dos procedimentos e a presença, na totalidade, da equidade no agir do julgador e no conteúdo decisório apresentado, quando do julgamento de um caso difícil.

3.3 A JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO

A procura por uma decisão que melhor se aproxime de uma ideia de justiça é antecedida de alguns critérios que constam no rol de determinações que o julgador terá à sua frente, para apresentar e julgar o caso concreto. Em especial, nos *hard cases*, o leque de determinações aumenta e, na medida em que são usados critérios avaliativos, vão se reduzindo as possibilidades, até que se encontre o menor conflito entre as antinomias criadas pelo direito.

Na filosofia de Perelman (2005), é apresentado exemplo de eutanásia, como um tema controvertido, que pode ser considerado *hard case*, na medida em que possui notória antinomia, que exige esforço interpretativo, para que seja encontrada efetiva decisão sobre o direito de prática ou proibição.

Perelman (2005, p. 305) discorre que as pessoas que admitem, por razões morais, a eutanásia, ficam escandalizadas ao saberem que, do ponto de vista jurídico, ela é considerada pura e simplesmente um homicídio. Em seu exemplo, no aspecto moral, o autor levanta questionamento quanto à necessidade de se expressar uma legislação que tenha paralelismo, congruência com juízos morais, com relação à eutanásia. Questiona: “Supondo-se que, do ponto de vista moral, se admita a eutanásia, não se atribuindo um valor absoluto à vida humana [...] devem-se pôr os textos legais em paralelismo com o juízo moral?” É importante que façamos uma descrição quanto à eutanásia, para melhor acompanhar o raciocínio *jusfilosófico* do autor.

No ano de 2002, o governo da Bélgica, após parecer favorável do Comitê Consultivo Nacional de Bioética, retirou a eutanásia do rol de crimes contra a vida, possibilitando que todo cidadão belga preencha, de maneira voluntária, refletida e sem pressões externas, uma declaração antecipada de eutanásia, com a assinatura de formulário disponível na internet. A referida previsão, no início, permitia a interrupção da vida, mesmo se o indivíduo não se encontrasse em estado terminal, vedando esse direito aos menores de idade. Todavia, no ano de 2014, a legislação sofreu uma reformulação, passando a permitir o procedimento em qualquer idade, desde que os responsáveis legais autorizem a operação, após avaliação do médico responsável e de um psiquiatra infantil. Ainda, a nova legislação alterou e passou a limitar o procedimento apenas para pacientes em estado terminal.

A questão posta ao debate pelo filósofo, e que consideramos como temática central, é quanto à justificação da decisão de se permitir ou negar a prática de eutanásia. Viu-se que o terceiro, ao estar diante de uma questão jurídico-complexa, um *hard case*, terá que colocar o rol de determinações em sua mesa e fazer uma ponderação, fixando uma escala de valores para cada uma delas, para os fins de apresentar sua decisão.

O autor inicia sua análise entre “o direito e a moral ante a eutanásia”, apresentado um processo com relevante temática, que elevou o grau de atenção da opinião pública na Bélgica, e em outros Países, quanto à relação direito e moral, com o seguinte questionamento:

Deverão as regras jurídicas ser a tal ponto diferentes das regras morais que obriguem a condenar, como culpadas de homicídio, pessoas de que a opinião pública tinha

sobretudo piedade e cujo comportamento pareceu, a muita gente, não ser moral? (2005, p. 306).

Na relação entre *direito e moral*, define o autor, existem quatro diferenças essenciais para assinalar, e que são apresentadas em *Ética e direito* (p. 306-308):

Primeira: as **regras jurídicas** são supostamente conhecidas por todos; sua observância impõe-se a todos aqueles que estão no território do Estado, sob pena de sanções. Já no pertinente às **regras morais**, elas não seriam codificadas. E, mesmo que se esteja em uma sociedade em que seus membros são contemporâneos; mesmo que exista diversidade de religiões e ideologias, há um núcleo comum com relação às regras morais. Nesse sentido, narra Perelman, constando, ainda assim, que possuem o mesmo núcleo com relação às regras morais, seus integrantes podem apresentar decisões diferentes.

Por fim, com relação à primeira diferença, uma ordem jurídica obrigatória de um Estado não poderá contrapor uma ordem moral única, tampouco ter uma base de moralidade comum acompanhada de inúmeras divergências;

Segunda: na **regra moral**, todos os integrantes de uma sociedade podem apresentar opinião e emitir sua valoração, concordando ou não com uma decisão, um comportamento, etc. No pertinente à **regra jurídica**, em um Estado Democrático de Direito, apenas o juiz está competente e qualificado para apresentar uma valoração, aplicar a lei e apresentar uma sentença quanto ao discutido. Aqui, uma ressalva, também anunciada pelo autor: O Tribunal do Júri, por força do previsto na lei, também é o qualificado a apresentar o juízo de valor.

Nesta diferença, destaca Perelman, o juiz pode fazer ficções e apresentar uma conclusão quanto à aplicação da lei, quando estamos falando da regra jurídica. Já a regra moral não admite ficções e ilações sobre sua aplicabilidade, cabendo ao intérprete a aplicação da regra moral que expresse, quanto possível, o sentimento moral para a solução daquela controvérsia.

Terceira: a questão da dúvida é vista como essencial. Na regra moral, a desqualificação da reputação da pessoa pode servir como parâmetro, para que se decida contra ela, ao passo que, na regra jurídica, a dúvida quanto à prova de cometimento de ato ilícito, por ausência de provas, pode resultar na sua absolvição.

Quarta: a questão da racionalidade quanto à apreciação de um fato pelo aspecto do regramento moral ou jurídico. No primeiro aspecto, o moral, a análise do comportamento das pessoas e de seus atos serviria apenas para aquela análise individual. Conquanto, no regramento jurídico, a decisão imposta, após a criteriosa análise da conduta, poderá, através dos precedentes, ser aplicada em outro caso.

É incontestável que essa separação quanto ao que existe de diferente na regra moral e na regra jurídica exige que o decisor faça uma minuciosa e profunda análise do fato apresentado, dando atenção ao rol de considerações que deverá valorizar, para apresentar um juízo de convencimento motivado. Entenda-se: as motivações ideológicas, o regramento moral, o regramento jurídico; as influências sociais, econômicas e religiosas, além da experiência de vida do julgador, podem ser relevantes para a apresentação dos motivos de decidir.

Retornando à eutanásia, o ato de fazer uma escolha, autorizando que seja abreviada a vida de uma pessoa, que expressa sua livre-vontade de deixar de sofrer, em razão de uma doença incurável, que lhe causa dor profunda (física, espiritual, mental); que está em um desespero intenso em “dar fim ao seu sofrimento”, deve ser visto como uma decisão complexa que envolve muitas considerações (tanto com relação ao respeito à dignidade da pessoa humana quanto à moral, à autonomia da vontade, aos costumes, etc.), que serão ponderadas pelo julgador.

Contudo, a temática não passa apenas pela situação de uma pessoa que está sofrendo por uma doença terminal, por exemplo. Perelman (2005, p. 310) discorre que existem situações em que o ser humano que apresenta deformações e anomalias (o autor menciona “outros seres vivos”, considerando que, em determinadas situações, há ali um “ser monstruoso”) é visto, muitas vezes, como *um fardo intolerável para a família e uma carga para a sociedade*. E, mesmo diante disto, trata-se de *insuficientes e nítidas razões*, para que seja permitida a prática da eutanásia em *respeito à vida humana*.

Cumprido ponderar que toda análise de um fato exigirá que o intérprete faça a um rol de considerações e que pondere quanto à importância de sua valoração. O fato de se estar diante de uma situação que causa sacrifício à vida humana (a eutanásia em “favor” da pessoa doente), ou um sacrifício dos familiares que sofrem por terem que “abrir mão da felicidade”, para cuidar de um parente “monstruoso”, chegará às mãos do julgador para uma análise minuciosa quanto ao direito que cada um tem.

E Perelman explica que a tomada de decisão passará pelo uso de uma racionalidade do intérprete, que terá que apresentar uma justificação para apresentar o raciocínio que adotou para decidir, por exemplo, se é favorável ou contra à eutanásia (ou a qualquer direito posto em discussão).

Hume³¹ entende que

³¹ David Hume nasceu em 1711 na Escócia e escreveu, dentre obras, o “Tratado da Natureza Humana” (1739-40).

a razão serve para descobrir a verdade ou o erro. A verdade e o erro consistem no acordo ou no desacordo, seja com as relações reais, seja com a existência real e os fatos reais. Logo, tudo quanto não é suscetível desse acordo ou desse desacordo não pode ser nem verdadeiro nem falso e jamais pode ser objeto de nossa razão (*apud* PERELMAN, 2005, p. 320).

Perelman (2005, p. 320) ao fazer a citação do *Tratado da natureza humana*, do filósofo inglês David Hume, direciona para que se entenda que o ato de decidir exige uma racionalidade do julgador. Dizer o que é “certo” ou “errado”, no entendimento do julgador que fará sua análise, a partir de múltiplas considerações inseridas em um procedimento padrão. E este ato, no entendimento do autor, exige que seja apresentada uma justificativa de seu conteúdo, uma justificação do teor do livre convencimento, ou seja, a sua motivação³².

Perelman assim explica:

Quando criticamos e procuramos justificar, aplicamos igualmente nossas faculdades de raciocínio, e podem-se conceber uma crítica e uma justificação racionais. Oral, essas atividades são essenciais à prática e, em especial, à vida moral. Que se deve justificar, como se pode justificar, quando se pede uma justificação? Toda justificação diz respeito a uma ação, a uma escolha, a uma decisão, a uma pretensão (2005, p. 321-322).

Note-se que o terceiro-julgador terá que se utilizar de uma racionalidade para organizar os parâmetros (reunir os fatos e os argumentos) do debate e apresentar sua escolha, uma decisão devidamente justificada e que conclua se o direito perseguido deve ou não ser garantido. E a responsabilidade do julgador pela escolha está diretamente ligada à necessidade de expor suas justificativas, suas motivações quanto à matéria em litígio.

A justificação é vista como essencial, para que seja possível apresentar uma decisão com racionalidade e dentro do respeito à dialética das pretensões. A segurança jurídica, de se garantir que uma decisão será devidamente motivada, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, contra os atos de arbitrariedade.

O uso da razão, para apresentar um argumento plausível em uma decisão virtuosa, deve ser visto como norte. A garantia de um respeito ao procedimento, que permita o confronto interpretativo das premissas fáticas e jurídicas, apresentadas pelas partes através de uma ponderação racional do julgador, é que dá a condição de possibilidade de efetiva justiça.

Perelman (2005) destaca que a deliberação prévia quanto às considerações que serão valoradas é considerada uma atitude que direciona para uma justificação. Esta, por si só, é que

³² ALVES, Derley Menezes, em sua dissertação de mestrado em Filosofia, intitulada “Imaginação e razão no tratado da natureza humana”, faz uma relevante distinção sobre a razão demonstrativa e a razão experimental.

orienta as ações e as pretensões que escolhemos através de uma crítica quanto ao seu conteúdo e relevância. Diz ele:

Quando se procura justificar uma proposição, o que se justifica efetivamente é o fato de lhe aderir ou de a enunciar: não se justifica senão *o comportamento do agente*, mostrando que foi com justa razão, porque a proposição é verdadeira ou provável, que a adesão foi concedida. Justificar um agente significa, seja justificar-lhe a conduta, seja mostrar que não é responsável por ela, mas então se trata antes de escusa do que de justificação”. “Mas, se a justificação sempre se refere a uma ação ou a uma disposição para agir, admitir a possibilidade de uma justificação racional significa admitir ao mesmo tempo um uso prático da razão, não limitando esta à faculdade de discernir relações necessárias, nem sequer relações referentes ao verdadeiro ou ao falso. Isto porque toda justificação racional supõe que raciocinar não é somente demonstrar e calcular, é também deliberar, critica e refutar, é apresentar razões pró e contra, é, numa palavra, argumentar. A ideia de justificação racional é, de fato, inseparável da ideia de argumentação racional (2005, p. 343-344).

A questão levantada pelo filósofo evidencia a importância do ato de escolha do terceiro-julgador quanto ao conteúdo de sua decisão, com relação às proposições e às considerações que analisará, para expor um livre convencimento motivado e que garanta a segurança jurídica do provimento. O ato de escolha responsabiliza o julgador. O ato de avaliar as pretensões e sobrepesar os valores de cada proposição exige uma dialética racional, uma argumentação racional. E esta, portanto, exige uma justificação plausível, dentro de um conteúdo valorativo e justo.

Nesse sentido, levando em consideração o que se discute (no caso, uma tese sobre o direito existente ou não em um *hard case*), a interpretação das premissas, quanto à existência ou não de um direito, deverá sofrer uma crítica de seu conteúdo, para que o intérprete, ao fim e ao cabo, possa apresentar seu conteúdo decisório criteriosa fundamentação (no campo da moralidade, legalidade, utilidade, oportunidade, etc.), que se autorize a conclusão de que, de fato, foi apreciada e aplicada a melhor justiça, e que foi levado a sério o direito discutido.

A **justificação** é vista, por Perelman (2005, p. 348), como uma conclusão quanto ao que é feito de racionalidade na hora de ponderar os valores relativos às premissas apresentadas. Deve-se acreditar “[...] numa razão que justifique a dúvida. Pois, se se aceitou uma opinião, é razoável ficar com ela e não é razoável abandoná-la sem razão”.

Nesse caminho, o debate quanto à complexidade do conteúdo de um *hard case*, na leitura que se faz de Perelman, deve ter em seu conteúdo decisório a demonstração das considerações em uma escala valorativa, para que se possa avaliar, ponderando os valores e

emitindo um juízo racional, uma conclusão que englobará todas as possibilidades ventiladas, com vistas a sanar dúvidas e se encontrar a resposta convincente.

É nesse ponto crucial que o intérprete deve se debruçar, quando for fazer uma criteriosa justificação. A dúvida quanto ao que decidir é que impulsiona o julgador a se questionar e levantar um debate racional, que fundamente/justifique qual o dispositivo de lei, qual o princípio, qual o precedente, qual a universalidade adequada para dar essência àquela decisão.

Perelman (2005) explica que uma reflexão quanto à racionalidade jurídica permitirá que o intérprete edifique o conteúdo de sua decisão, pois é através da dúvida que se pode sanar as obscuridades e se encontrar uma tese que explique suas conclusões, porque a adesão ao conteúdo, sem debate, torna as coisas óbvias e, por tal motivo, não haveria razões para discutirmos o conteúdo exposto nas leis. O autor afirma:

Se todos aderem sem discussão a certa tese, é porque “ela é óbvia”; poder-se-ia mesmo, a rigor, omitir enunciá-la. O ideal da imediatez, em filosofia, deveria liberar-nos não só dos inconvenientes da prova dos fatos e da interpretação dos textos, mas também, se possível, da redação das leis (2005, p. 362).

A interpretação do fato em si apresentado, um *hard case*, como se pode dizer, a Eutanásia, poderá resultar em mais de uma interpretação quanto ao que deve ou não ser aplicado e decidido. Quais os fundamentos da decisão que autoriza a eutanásia em uma criança “monstruosa”? Ou em um idoso, sem habilidades para se locomover, se alimentar e que passa horas a fio sem sair de uma cama, sem poder fazer algo prazeroso e que está ali, apenas de “corpo presente” sendo assistido por familiares? Qual o conteúdo que justifica a decisão dos familiares em postular uma prática de eutanásia nesses exemplos, a vontade pessoal dos pacientes, dos familiares? Qual a decisão correta e justa?

Constata-se que há “uma zona de penumbra” na lei e na própria legislação. Há duas ou mais interpretações sobre um dispositivo de lei; para tanto, basta que se faça uma pesquisa mais detalhada sobre o que os juízes vêm decidindo nos demais Tribunais de uma nação tão extensa quanto o Brasil (ainda mais com uma diferença cultural-regional tão em evidência).

Por certo, evidencia-se que há uma notória ambiguidade na legislação, que reacende um debate quanto à sua aplicação. Há mais de uma interpretação, e Perelman destaca:

Se duas interpretações de um mesmo texto são razoavelmente possíveis, é porque a lei é ambígua, portanto imperfeita. Se a lei é clara, é porque, de dois intérpretes, um pelo menos é de má-fé. De todo modo, o desacordo é um escândalo, devido à imperfeição do legislador ou à enganadora sutileza dos advogados. O senso inato de

justiça, de que certamente é provido todo juiz equitativo, deveria trazer rapidamente de volta a ordem correta (2005, p. 374).

Cumprido destacar que é nesse debate, quanto os prós e os contras da interpretação das leis, sobre as suas *nuances* e suas obscuridades, que se observa a importância da equidade no ato e no conteúdo da decisão. Ou seja, o terceiro-julgador, o Hércules, na complexa atividade, terá que fazer uma escolha, precisará, em sua origem, agir com equidade para expor uma justificativa equitativa do direito e “colocar o trem de volta aos trilhos”.

A ideia de justiça em Perelman (2005, p. 375) ao considerar o debate entre “Direito Positivo *versus* Direito Natural”, discorre que a pura e simples aplicação da lei poderia resultar em consequências iníquas e inaceitáveis e que, no Ocidente, essas *nuances* e inconsistências foram adequadas pelas sociedades, através do uso do recurso da equidade, para sanar uma zona de penumbra. Em uma situação fora do comum, “a lei se mostra inaplicável, cabe preencher a lacuna presumida mediante o recurso à equidade, pondo-se no lugar do legislador razoável”.

A questão da equidade, na decisão judicial, é vista como um dos recursos para resolver as antinomias da lei. É nesse caminho, após ultrapassar a questão do criterioso arrolamento das considerações, da enunciação de uma escala de valores para as pretensões que, ainda diante de incerteza quanto ao direito, que o intérprete, na visão de Perelman, buscará uma solução com o uso da equidade, para posicionar-se e dar base de sustentabilidade ao “edifício” de suas considerações finais quanto ao direito colocado em debate.

É, a partir de uma racionalidade das decisões judiciais, que a teoria da justiça de Perelman (2005) procura evidenciar que não se pode apenas “acolher uma tese” ou “acompanhar um precedente”, para se conformar com o que está sendo posto sobre o estado de coisas e sobre o direito. A justificativa, que deverá ser apresentada através de uma racionalidade, de uma criteriosa apresentação das considerações, quanto à aplicabilidade ou não de algumas normas, princípios, etc., rejeitando-as ou aceitando-as, de forma total ou parcial, é que tornará possível uma conclusão sobre a segurança jurídica da decisão quanto ao *hard case*.

O autor não propõe um afastamento do precedente, ao contrário, propõe que a conduta e o modo de agir do intérprete devem ter como norte o levantamento da dúvida, o criterioso ajuste quanto ao que deve ser considerado (aplicado), mediante um juízo valorativo e a apresentação de uma decisão arrazoada, que justifique o posicionamento racional e que tenha no princípio equidade um ponto de equilíbrio ao conteúdo edificado.

Perelman (2005, 349) acrescenta que “o Juiz justo não é o juiz objetivo, que se pauta por uma realidade exteriormente dada. Não é um espectador desinteressado que decide consoante critérios universalmente válidos”, mas é o intérprete que deve ser imparcial, sem vínculos com qualquer um dos envolvidos e que deve aplicar a regra jurídica com a apresentação de uma justificativa racional.

Nesse sentido, a medida da decisão imposta deverá ter em consideração o uso da racionalidade do julgador, em sua liberdade de formular quesitos e dos valores que considera essenciais para uma tomada de decisão racional, equânime, livre e motivada e que diga qual o direito que deve ser tutelado, para resolver as antinomias e as obscuridades apresentadas pela “zona de penumbra” que existe em um *hard case*.

A noção de uma ideia de justiça apresentada por Perelman (2005) evidencia que se torna impraticável a descrição de todas as teorias de justiça apresentadas e que, mesmo havendo diferenças em cada uma delas, o ponto de equilíbrio e de encontro está na questão da igualdade, em que todos os partícipes procuram algo em “comum”, para que também lhe seja aplicado, fazendo, assim, na leitura, a justa aplicação do direito e a concessão da esperada justiça.

As concepções apresentadas e descritas em *Ética e direito* (2005) buscam sintetizar as ideias de justiça mais correntes à época. O autor, como ponto de contato entre elas, discorre que a igualdade de decisões (*Para cada qual, o mesmo*) evidencia que o intérprete deverá levar em consideração a busca por equidade em sua decisão, para que, futuramente, qualquer cidadão possa enunciar aquele precedente como base para também ver atendido seu direito, possibilitando, assim, que cada qual tenha a decisão judicial conforme a melhor e mais criteriosa interpretação dos valores a serem considerados pelo julgador.

Veamos, define-se que uma decisão que se apresenta contra as antinomias na lei deve, na concepção de Perelman, ter uma profunda e criteriosa dialética das teorias, abrindo-se ao debate das pretensões e possibilitando que o direito seja dito, não como absoluto e imutável, mas corretamente aplicado para o caso concreto, sem que tenha um conteúdo ideológico, podendo assim dizer, no final, que aquela decisão foi proferida de forma racional com o uso da equidade, como subsídio para a análise, apresentando-se assim a ideia de justiça.

Com efeito, a ideia de justiça, apresentada em *Ética e direito* (Perelman, 2005, p. 399), se direciona no sentido de se encontrar um consenso através da dialética das interpretações que serão apresentadas. As soluções contingentes, que serão depreendidas pelos intérpretes do *hard case*, serão debatidas “pelo conjunto dos homens normais e

competentes para julgá-las”, de forma razoável entre seus interlocutores para aprovação do “Auditório Universal”.

3.4 O AUDITÓRIO UNIVERSAL

Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 34-45) iniciam suas explicações sobre o esse *auditório*, destacando que ele pode ser concebido em três modelos: o primeiro é o auditório universal (constituído por toda a humanidade, ou pelo menos, por todos os cidadãos adultos e normais), o segundo, é formado apenas pelo interlocutor a quem o orador está dirigindo seu discurso e o terceiro, abrange a pessoa do próprio sujeito (uma deliberação consigo mesmo). Trata-se de uma formulação que diz respeito sobre quem deve ouvir os argumentos do orador, para que fique convencido e possa expor suas conclusões.

Destarte, no presente trabalho, não se pretende apresentar um debate exaustivo sobre a retórica e a dialética, de forma a apresentar suas *nuances* clássicas. Da mesma forma, seria demasiado extenso expor a visão lógica da argumentação apresentada por Chaïm Perelman. A ideia central, sobre quais os fundamentos de uma decisão judicial em uma análise de um caso difícil, direciona para se ter uma resposta sobre o que é a justiça e como são tratados e julgados os direitos.

Ao considerar que, como dito acima, se está diante de um julgador (um interlocutor, o Juiz Hércules), de quem se pretende obter uma decisão quanto ao direito posto em análise, notou-se a importância de discorrer sobre o auditório universal, a uma porque é através do julgamento de um colegiado (Tribunais Regionais e Tribunais Superiores) que se alcançará uma definição quanto aos direitos controvertidos, especialmente de caso difícil.

Portanto, “persegue-se” uma resposta sobre quais os fundamentos de uma decisão judicial que atenda aos anseios do orador que, disposto a usar seus argumentos, possa, no final, convencer os julgadores (colegiado) de que a sua tese prevalece. Assim, não deixando de considerar a importância do debate sobre retórica, argumentação e dialética, buscar-se-á demonstrar que o “conjunto” de julgadores (Um colegiado de juízes-Hércules) é visto como o auditório universal a quem o orador pretende obter uma resposta quanto ao direito debatido.

Retomando, de início percebe-se que, no âmbito da argumentação, de acordo com o filósofo, o orador deve se apresentar verbalmente para seus ouvintes, com qualidade e segurança, para expor seus argumentos e influenciá-los:

Normalmente, é preciso alguma qualidade para tomar a palavra e ser ouvido. Em nossa civilização, em que o impresso, tornado mercadoria, aproveita-se da organização econômica para impor-se à atenção, tal condição só aparece claramente nos casos em que o contato entre o orador e seu auditório não pode estabelecer-se graças às técnicas de distribuição. [...] Portanto, percebemos melhor a argumentação quando é desenvolvida por um orador que se dirige verbalmente a um determinado auditório, do que quanto está contida num livro posto à venda em livraria (Perelman, 2005, p. 202.).

Adiante, discorrem que há um *auditório heterogêneo* que exige que o orador, ao se deparar com interlocutores diversos, com diferentes culturas, posições sociais e entendimentos quanto à vida, se utilize de um arsenal de argumentos variáveis, para que possa apresentá-los e convencê-los.

Assim é dito: “Toda argumentação que visa somente a um auditório particular [...] arrisca-se a apoiar-se em teses que são estranhas, ou mesmo francamente opostas, ao que admitem outras pessoas que não aquelas a que, naquele momento, ela se dirige” (Perelman, 2005, p. 202) Este inconveniente, presente muitas vezes, quando se está diante de um *auditório heterogêneo*, exigirá uma conduta prudente quanto aos argumentos que serão lançados.

O Auditório Universal, composto por pessoas normais, segundo Perelman, é “o conjunto daqueles aos quais visa o esforço de persuasão”. Em outras palavras, trazendo para o mundo prático do direito e sobre a organização do procedimento pelo Estado-Nação, o Poder Judiciário é composto pelos juízes que julgam em primeira e segunda instância. Sendo o magistrado o ouvinte que interpretará e dará uma resposta quanto ao direito pretendido, é ele o exemplo prático do Auditório do qual se espera uma resposta, tanto na condição de interlocutor simples (Juiz Singular de Primeiro Grau) quanto na condição de integrante de um Colegiado (Desembargadores dos Tribunais Regionais ou Ministros dos Tribunais Superiores), assim como ele, na condição de intérprete de si.

Perelman discorre sobre o auditório, explicando sobre a noção de discurso, de orador e de auditório:

Entendemos por discurso toda forma de argumentação destinada a ganhar a adesão das mentes, seja qual for sua extensão e maneira de apresentá-la. O orador é aquele que apresenta a argumentação, e o auditório, o conjunto daqueles cuja adesão ele quer ganhar. É importante notar que, seja qual for esse auditório, o discurso do orador deve se adaptar a ele, trata-se da multidão reunida numa praça pública, de uma sociedade científica, de um juiz que deve decidir sobre um litígio, do sujeito que deliberar ou, enfim, do auditório universal que encarna o que tradicionalmente denominamos a razão (2005, p. 202).

E o filósofo belga explica seu entendimento quanto ao auditório e à ideia de convencimento pela razão:

Concebo-a como um auditório privilegiado, o auditório universal. O apelo à razão é apenas uma tentativa de convencer, mediante o discurso, os membros deste auditório, composto daquilo a que o senso comum chamaria de homens razoáveis e informados. É a eles, ou pelo menos ao auditório universal tal como ele o imagina, com suas convicções e suas aspirações, que o filósofo se dirige, é a ele que quer convencer, a partir das teses e por meio de argumento que acha aceitáveis para cada um de seus membros (2005, p. 202).

Esta intenção (a de se obter uma decisão consensual) exige uma conduta do intérprete através de um apelo à razão. O Auditório Universal deve se apresentar aberto ao diálogo, para elaborar uma decisão que demonstre uma adesão de todos quanto à tese que será apresentada, expondo a conclusão quanto ao caso concreto. Esta, por si só, diz respeito à interpretação que será apresentada pelos interlocutores do hermeneuta, e que justifica seu entendimento, com base em princípios e valores, ou seja, apresentando um apelo à razão que nem sempre será unânime.

Portanto, a intenção do discurso: a adesão aos argumentos do orador, por parte dos seus interlocutores (O Auditório), para que expressem a razão quanto ao direito debatido, nada mais é do que um encontro de uma razão entre os partícipes.

Assim como ocorreu em: *A República* (diálogo entre Sócrates, Trasímaco e Polemarco, quando ficou concluída a necessidade de um terceiro); em *Levando os direitos a sério* (ao expor sobre Hércules que terá a difícil tarefa de analisar os argumentos); em *Ética e direito* e *Teoria da argumentação*, em que o autor menciona que o terceiro (O Auditório Universal) terá que ser convencido pelo orador a dar uma decisão, ocorre na organização judiciária de um Estado Democrático, em que, perante os Tribunais Estaduais e Superiores, o orador (Advogado, Promotor, Defensor) deve apresentar sua tese sobre o direito preterido, e o terceiro (Julgador *latu sensu*) deve expor um arrazoado fundamentado sobre seu entendimento quanto ao caso difícil.

Conforme se extrai do estudo, o Auditório Universal deverá ser composto de pessoas capazes de interpretar as *nuances* do direito e suas antinomias, para encontrar uma alternativa quanto à zona de penumbra existente para apreciação de um caso difícil. Para tanto, deverá se utilizar de um apelo à razão e embasar-se em considerações que serão elencadas e apresentadas em escala valorativa. No final, o auditório deverá expor seu arrazoado de forma persuasiva, bem-informada e que atinja o objetivo principal, o consenso entre os seus partícipes quanto à ideia de verdade e justiça.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando nos deparamos com a realidade da vida, passamos a levantar inúmeros questionamentos sobre múltiplos assuntos que compõem a nossa vida pessoal e profissional: Qual o sentido e o objetivo de vida? Qual a nossa importância para a sociedade? O que podemos fazer para contribuir como cidadãos para uma evolução social em busca de diminuirmos as injustiças?

Quando ingressamos em uma faculdade, vivenciamos uma experiência que vai muito além de uma sala de aula e de uma amplitude das relações humanas: ter acesso a livros e autores dos quais desconhecíamos; poder conversar e trocar experiências e aprendizados com pessoas de diferentes origens e vivenciar um mundo acadêmico, nos faz pensar sobre o que queremos de nós mesmos e como podemos encontrar a importância de nossas condutas dentro de uma sociedade. Somos pequenos perto de tudo o que está ao nosso redor.

Todavia, os ensinamentos sobre como devemos nos comportar em uma sociedade, como temos que ser justos, corretos, como as nossas ações, omissões, nosso caráter, nossa ética, nossa humildade, nossa virtude e tolerância, nossas opiniões, nossa integridade, nossos estudos, nosso trabalho e nossas palavras são de extrema importância e podem contribuir para que possamos encontrar respostas aos anseios de uma sociedade.

A vida acadêmica nos apresenta uma possibilidade de olhar o mundo com outras lentes. A crítica de professores, o ato de sentar e estudar novos autores, novas teorias e poder debater com colegas nos mantém em uma atividade que alimenta a esperança de se alcançar respostas que, aos poucos, deixam de ser soluções para as nossas dúvidas e passam a ser compartilhadas com todos.

Muitas vezes, questionou-se o caminho que se estava perseguindo e se seria possível encontrar respostas para as dúvidas existentes. A dúvida é o preço da pureza (Sartre, 2015, p. 92) e esta afirmação, na sua simplicidade, trouxe esperança por se tentar entender que a dúvida, com relação aos fundamentos de uma decisão judicial, a dúvida com relação ao que se entende ou se aprendeu sobre “O que é a Justiça?” serviria para seguir em frente em busca de possíveis respostas que se aproximassem de um possível ideal de justiça.

As dúvidas, as perguntas, as insatisfações quanto à vida, quanto às desigualdades sociais, à intolerância e o “Estado das Coisas” são os combustíveis que movem a vida e nos colocam à beira de um abismo, para olhar dentro de si em busca de respostas que não

alcancem uma certeza, mas que confortem o coração, a razão e se possa ter a agradável sensação de que foi feito o possível para se alcançar uma desejada felicidade.

Os estudos partiram de uma infinidade de dúvidas. E é isto que a vida, inicialmente, nos proporciona. Em razão disto, procurou-se encontrar respostas para uma insatisfação quanto ao conteúdo de decisões judiciais. Com o tempo, viu-se que não se tratava de uma dúvida em particular, mas de um debate que atravessava a origem da humanidade criando conflitos e resolvendo as injustiças de uma sociedade em evolução.

Nesse caminho notou-se ainda mais a complexidade existente na etapa de interpretação do direito, principalmente quando o intérprete se depara com lacunas (zona de penumbra) na legislação (quer por omissão legislativa ou por defasagem da lei) e com situações complexas que fogem do comumente apreciado pelo Poder Judiciário. Nesse ínterim, a pesquisa direcionou-se à busca de apresentar a possibilidade de solucionar contingências existentes em sociedade.

Evidencia-se que os estudos dos filósofos diretamente tratados serviram para consolidar ainda mais o interesse que se tinha verificado na prática jurídica como advogado, trazendo a lume um debate quanto à hermenêutica que deve sempre andar alinhada com os estudos de outras áreas, especialmente da filosofia, que foi o núcleo que se pretendeu encontrar nos estudos.

Na leitura de Dworkin, viu-se que *Levar os direitos a sério* é esperar que o juiz (Hércules) adote uma postura de solução dos conflitos; que os provimentos judiciais sejam compostos por justificativas coerentes, de forma consistente e que esgote, ao máximo, as possibilidades de solução do caso concreto; que, através do *Poder Discricionário*, o juiz possa construir um esquema de justificação e valoração de suas preposições, tomando para si os padrões que entende aplicáveis ao caso concreto para emitir uma decisão virtuosa.

Em Dworkin (2017) também se verificou que o ato de decidir implica uma postura que, muitas vezes, enfrentará a própria conclusão sobre o direito. Em algumas situações, sobretudo na *Common law*, a aplicação de regras é quase sempre vaga e exige uma interpretação prévia antes de ser aplicada aos novos casos porque poderiam surgir novas situações que, de tão novas, tornariam inaplicável o entendimento apresentado no precedente, na medida em que seriam diferentes quanto ao novo contexto.

Em paralelo, viu-se que estas mesmas situações também podem ser encontradas em outros ordenamentos jurídicos, eis que, mesmo estando diante de Países que adotam um sistema de *Civil Law*, há a possibilidade de surgir um debate sobre determinado direito que não esteja contemplado na lei [*zona de penumbra*] ou que evidencie um conflito de qual

dispositivo de lei ou de princípios que deve ser aplicado e que evidencie uma aproximação da ideia de justiça virtuosa.

Assim, destaca-se que os problemas detectados nos estudos têm relação com a existência de muitas situações em que a regra de direito deixou lacunas ou que apresentou um conteúdo vago porque não consegue regulamentar todas as situações jurídicas. Neste ponto, de mesma forma, vimos que na concepção de Dworkin, não se pode simplesmente aplicar o precedente ao novo contexto e se faz necessária uma garantia de ampla liberdade do julgador [Hércules] para que formule suas considerações e aplique no caso difícil apresentado.

Com relação à *zona de penumbra* (Hart), Dworkin entende que são situações que merecem interpretação rigorosa, para *fazer justiça* no específico *caso concreto* e que as decisões nestes casos devem ter como característica estar fundamentadas em princípios porque são situações que, inclusive, apoiam-se nos alicerces de argumentos da política e do direito. Eis aqui um ponto complexo e importante da atuação do intérprete que necessita apontar suas considerações, fazendo a diferença e valoração dos padrões de regras, princípios e política para evitar a confusão de conceitos e possibilitar uma justificativa do conteúdo da decisão.

Na teoria de justiça de Dworkin (2017) entende-se que o ato de decidir, de forma livre [o ato de discricionariedade no *sentido forte*], está presente na conduta de Hércules (juiz), mas que não se trata de uma “liberdade” de tomar decisões livres de qualquer fundamentação [consoante o entendimento apresentado por Hart], mas sim um ato que o intérprete, na ausência de regra ou de regras contraditórias, tenha a liberdade de escolher como aplicar o direito escolhendo os parâmetros, com base nos princípios e nos valores, em uma decisão que não estaria controlada por um padrão formulado por alguma autoridade.

Na concepção de Dworkin, o ato de decidir, especialmente na análise de um *hard case*, deve ser praticado sem arbitrariedades, sem ditar regras, com a apresentação dos critérios e considerações que observem a intencionalidade e a finalidade pressupostas no Direito para fins de garantir a integralidade do Direito.

No tocante aos estudos de *Ética e Direito*, de Perelman, destaca-se de início a apresentação de *Alain Lempereur* que enfatiza a originalidade do filósofo de Bruxelas que exerceu com intensa vontade o seu interesse em *reabilitar a vida do direito* tornando o fundamento de sua atividade. Destaca-se que os estudos partem do seu interesse na argumentação com o uso da linguagem, da retórica, como ponto de confrontação e estudo das normas e do direito nas suas inúmeras evoluções.

No estudo em voga, vê-se que a “construção do edifício do direito” tem como início uma base com relação à importância dos valores, do razoável, da equidade e do procedimento argumentativo a ser adotado pelos juízes. O autor apoia-se na ética como parte do “argumento” moral que deve ser perseguido pelo intérprete para formar sua linha de raciocínio argumentativo expondo uma ideia de justiça frente à necessidade de ajuste do direito dentro da realidade presente em uma determinada sociedade.

O estudo de *Ética e Direito* expõe a ideia de uma nova racionalidade jurídica que busca dar uma nova visão sobre o debate entre Direito Natural e Direito Positivo [deixa de lado a questão da fundamentação dos direitos do homem como absolutos em prol de se dar importância à necessidade dos homens em uma sociedade]. Perelman demonstra que se deve dar destaque a construção do direito através de valores e que um sistema jurídico não deve ser explicado pela ciência [as decisões judiciais não podem ser tidas como absolutas e verdadeiras como base em silogismos e sim serem vistas como decisões mais aceitáveis e íntegras dentro de um sistema de argumentação].

Nos estudos de Chaïm Perelman também se destaca a conclusão de que o direito não é lugar no irracional ou do racionalismo na medida em que a Nova Retórica leva em consideração o que é *razoável* e as consequências sociais de sua escolha. A base desta Nova Retórica leva em consideração a dialética por excelência, de forma equilibrada, a ponto de permitir o uso razoável da argumentação [entre formalismo e pragmatismo] para que se encontre uma resposta mais adequada que destaque tanto o estatismo da lei com o dinamismo das decisões judiciais.

Em *Ética e Direito* o autor discorre que a definição sobre “O que é a Justiça?” é considerada como uma das mais difíceis conclusões. Em seguida, são apresentadas as concepções mais correntes sobre a ideia de justiça, são elas: *A cada qual a mesma coisa; A cada qual segundo os seus méritos; A cada qual segundo suas obras; A cada qual segundo suas necessidades; A cada qual segundo sua posição e A cada qual segundo o que a lei lhe atribui.*

O filósofo entende que, diante do “estado das coisas”, frente à existência de múltiplas definições de justiça, se faz necessário adotar algumas atitudes para se definir qual das concepções que mais se aproximam de um ideal na medida em que seria demasiado ilusório querer prever e enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça (Perelman, 2005, p. 9). Dentre estas atitudes, *A primeira* consideraria que as concepções não possuem nada em comum, sem qualquer vínculo conceitual e sem o nome de “justiça” em sua determinação. *A segunda* seria a atitude de se escolher apenas uma como verdadeira, e a *terceira*, preferida por

Perelman, que diz respeito ao necessário encontro de um elemento comum entre concepções diferentes.

Nesse caminho, Perelman deixa claro que a ideia de haver certa igualdade entre as noções de justiça pode evidenciar divergências e oposições nas suas formulações. Entretanto, o encontro de um elemento indeterminado possibilitaria a definição de um certo “limite” a ser perseguido, eis que não existiria, conforme sua concepção, uma ideia de justiça perfeita, mas sim, um parâmetro a ser almejado para que se possibilite uma aproximação da efetivação da ideia de justiça mais realizável.

Vê-se que, neste ato de procura sobre um elemento de aproximação, Perelman destaca que a ideia uma certa igualdade [semelhança] entre os seres aos quais se aplica a justiça [tratar igualmente os iguais], considerando que, o tratamento igual dos mesmos integrantes é que possibilitaria uma melhor administração e senso da justiça, ainda que ocorresse uma certa divergência e dificuldade de efetivação frente a uma “característica comum” dos membros.

Nesse sentido, Perelman deixa claro que esta característica comum seria qualificada de “essencial” e assim poder-se-ia aplicar a mesma justiça para os membros da mesma categoria que apresentarem a mesma categoria essencial. Neste ponto, a considerar que a interpretação do direito passaria pela análise de um terceiro [que avaliaria a ocorrência da igualdade dos membros para terem a igualdade do direito aplicado] é que se buscou o primeiro encontro de ideias entre Perelman e Dworkin.

Destarte, quando Perelman discorre sobre a sexta ideia de justiça (*A cada qual segundo o que a lei atribui*) ele evidencia que deve existir um procedimento formal que regule a forma pela qual serão analisadas essas contingências com relação à existência ou não de isonomia entre os membros bem como a aplicação do direito para os integrantes da mesma categoria. Referido procedimento, como sabe-se, deve estar presente em um sistema organizacional explícito em uma ordem jurídica para fins de permitir que seja conhecido por todos os integrantes para que seja garantida, além da igualdade de procedimento, a igualdade de direitos.

Em vista disto, discorreu-se que a presença de um terceiro para dizer o direito, pela concepção de Perelman, deve exigir que o intérprete tenha as condições de possibilidade de atuar em liberdade de escolha, sem as amarras estáticas dos precedentes e da legislação, para que o direito pudesse evoluir em conformidade com a constante evolução social. Ainda, buscamos deixar claro que esta liberdade de escolha *Perelmaniana* direciona para o uso da

dialética quanto aos fatos e os direitos que serão analisados, confrontados, enfim, interpretados.

É através do ato de interpretação que se fez o encontro entre as ideias de Dworkin (2017) e de Perelman (2005) para os fins de se encontrar um ponto de equilíbrio entre uma ou outra proposição que permitisse alcançar uma “ideia de mundo ideal”. E neste encontro, vimos que Perelman destaca a importância da escolha por parte do intérprete, qual a responsabilidade que terá para apresentar seus pressupostos e emitir uma conclusão sobre a ideia de justiça apresentada nos casos difíceis.

Nesse ínterim, Perelman (2017a, p. 153) entende que a essência da responsabilidade é a *integridade* e que a epistemologia da pessoa moralmente responsável será *interpretativa*. Que o uso da linguagem é essencial para uma distinção de conteúdo, especialmente filosófico, sobre determinado tema na medida em que o ato de escolha parte do uso da linguagem que interage com a tomada de decisão. E, nesse caminho, Perelman deixa claro a importância da equidade na decisão judicial [sendo vista como um dos recursos para resolver as antinomias da lei].

No tocante a debate argumentativo que levará a escolha quanto ao argumento convincente, Perelman discorre sobre o momento da exposição dos argumentos que deverão ser refutados ou aceitos por um determinado grupo, que Perelman denomina como “O Auditório Universal” que seria composto por pessoas normais que teria o discernimento e a capacidade de ouvir o discurso e, de forma responsável, com equidade e respeito à dialética, teriam a condição de expor suas conclusões com a apresentação das justificativas quanto ao conteúdo escolhido através do convencimento pela razão.

Perelman deixa em evidência que a intenção (a de se obter uma decisão consensual) exige um apelo à razão por parte do intérprete sendo que o chamado Auditório Universal deve se apresentar sempre aberto ao debate, ao diálogo, para os fins de permitir a elaboração de uma decisão que demonstre uma adesão de seus integrantes. A conclusão apresentada, consoante evidenciado em *Ética e Direito*, teria como essencial o respeito à dialética como uso de argumentos apresentados com lógica que seriam analisados pelo intérprete com liberdade de escolha, em um ato de discricionariedade que, ao fim e ao cabo, deve ser praticado com a apresentação das justificativas quanto à escolha, ou seja, com os fundamentos que motivaram a decisão, a apresentação padrões (Dworkin) e de considerações (Perelman).

Nesse caminho, entende-se que tanto Dworkin quanto Perelman concordam que o ato de discricionariedade exige uma interpretação livre, com base em padrões/considerações que deverão compor um rol valorativo, escalonado, para ser enfrentado e debatido, antes de se

expor uma decisão. Ambos os autores consideram a importância da interpretação e da dialética, para que seja apresentada uma decisão.

Entende-se que tanto Dworkin quanto Perelman se apresentam preocupados com a situação do precedente. O primeiro deixa claro que, dentro do ato de discricionariedade, a conclusão pela incidência do precedente deve levar em consideração o contexto atual, para que não se violem direitos que, na época do precedente, não existiam; que o Juiz-Hércules, ao exercer a discricionariedade, deve interpretar as regras, os princípios, os precedentes e apresentar a decisão que lhe parecer mais convincente. O segundo deixa claro que o precedente não deve ser simplesmente aplicado ou acompanhado, porque, ao ser simplesmente “seguido”, estar-se-ia diante de uma conduta que não necessitaria de uma justificativa – seria apenas um ato de conformidade e aceitação do precedente.

Ao considerar que o direito deve acompanhar a evolução de uma sociedade, verifica-se, portanto, que ambos apresentam-se preocupados com a importância que o intérprete tem ao exercer o ato de discricionariedade, de forma livre, para compor seus fundamentos, suas justificativas, com base em padrões/considerações (em regras, princípios, precedentes e contexto histórico), para expor uma decisão que respeite a dialética do discurso (o debate de argumentos sobre ideias de mundo para o caso concreto), apresentando, assim, conforme o procedimento, uma decisão com justificativas plausíveis e que apresente o direito de forma a manter a equidade e uma ideia de justiça efetiva.

É de conhecimento que o Poder Judiciário atua de forma *passiva*, aguardando que seja *provocado* para analisar as demandas encaminhadas pela sociedade. Contudo, essas contingências encaminhadas exigem que o representante judicial proceda com a apresentação de suas justificativas quanto ao conteúdo que formará seu juízo de convicção, com relação ao caso concreto.

Os ministros do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro já expressaram preocupação quanto à possibilidade de não terem condições de declarar uma solução satisfatória para os casos apresentados, que denominaram de tratar de “uma postura de humildade institucional” o ato de reconhecer que “o Poder Judiciário não é capaz de oferecer respostas satisfatórias a todas as questões que lhe são trazidas³³”

Referida postura de humildade judicial é cada vez mais em voga na doutrina e na jurisprudência. Esta adoção, de uma postura judicial minimalista, é vista com apreço, na medida em que ninguém, nem mesmo os julgadores, nem mesmo Hércules, estão preparados

³³ ADIN n. 4.066/DF, julgado em 10/8/2017, Ministra Rosa Weber, p. 26.

para desconhecerem a modéstia judicial, a ponto de exararem suas convicções de forma suficiente, para que seja apresentada solução jurídica sobre temas complexos, como, por exemplo, no caso da vedação/permissão do uso de amianto pela indústria brasileira, no caso da eutanásia e em outros casos complexos.

De toda forma, mesmo que se possa discorrer sobre a humildade e a modéstia judicial, há uma necessária exigência social quanto ao conhecimento dos fundamentos de convicção de uma decisão judicial. Esta exigência de justificativa exige que o julgador, através de um procedimento predeterminado, de uma “cartilha”, que tenha a previsão da forma e do conteúdo, que estabeleça uma garantia de segurança jurídica e de respeito ao devido processo legal, apresente suas justificativas dentro de uma equidade, imparcialidade e razoabilidade que são pilares para que o ato de interpretação judicial, o poder discricionário do julgador.

Este poder discricionário, como se viu, deve ser livre, no sentido de não se permitir que interesses políticos e econômicos dos Poderes Legislativo e Executivo, bem como interesses pessoais das partes corrompam o ato de interpretação do juiz, na apreciação do caso concreto. A politização do Poder Judiciário, a reconhecida interferência de questões políticas, questões eleitorais, não podem sobrepor-se à liberdade de consciência, à liberdade de escolha e à liberdade de o juiz proferir uma decisão, com base em regras, princípios e precedentes que entende cabíveis ao caso concreto.

Independentemente de se tratar de um caso fácil ou de um caso difícil, espera-se que uma decisão judicial seja livre com relação à exposição dos valores que serão considerados para justificar um provimento judicial. E que a decisão seja respeitada, eis que, em um Estado Democrático de Direito, é necessário manter hígida a ideia de garantia de uma justiça “confiável, independente, imparcial, e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade”.³⁴ E o direito em si, através do devido processo legal (*due process of law*) deve acompanhar a evolução social, garantindo ao jurisdicionado o acesso e o exercício do direito, cabendo ao Estado fornecer os meios de celeridade e de efetividade para a defesa dos direitos.

A manutenção de uma garantia de liberdade para o exercício do poder discricionário do juiz é que garante ao cidadão a plena confiança de que seus direitos jamais serão violados por caprichos ideológicos, políticos, eleitorais e econômicos. Ao cidadão é garantido o acesso ao Poder Judiciário. O cidadão espera, sempre, que as decisões judiciais sejam proferidas com liberdade de convencimento do seu representante.

³⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro: Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da Reforma das Leis Processuais. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>.

Nesse sentido, quando se depara com situações que envolvem uma lacuna da lei, uma *zona de penumbra*, tanto para um caso fácil quanto para um caso difícil, espera-se que o Poder Judiciário, através dos seus representantes, exerça seu direito de interpretação de forma livre e que apresente sua decisão devidamente fundamentada, pois são garantias constitucionais presentes em um Estado Democrático de Direito.

De mesma forma, espera-se que o juiz adote uma postura de “Hércules”, para que procure encontrar respostas para as dúvidas presentes em casos difíceis, não previstos claramente na legislação; que, na exposição de suas convicções, sejam apresentados os padrões e as considerações que entender relevantes, para dizer qual direito será aplicado, com o intuito de garantir a efetiva concessão da justiça sem arbitrariedades e sem que motivações político-partidárias orientem o ato de decidir.

Para se “levar os direitos a sério” é necessário que os intérpretes do direito [juízes, advogados, legisladores e todos os cidadãos, públicos ou privados] atuem com a máxima observância à ética e à moralidade. É necessário que se respeitem os princípios básicos de formação de um Estado, como a igualdade, a legalidade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Ainda, para que possamos “levar os direitos a sério” é necessário que todo e qualquer cidadão tenha ampla consideração e respeito, com tolerância pelas diferenças, possibilitando o desenvolvimento humano e social de uma nação democrática, com equilíbrio e busca pela máxima efetivação dos direitos, com justiça, integridade, seriedade e respeito.

Nesse sentido, ciente de que o direito é dinâmico e se atualiza conforme os anseios de uma sociedade, a esperada aplicação da Justiça exigirá uma solução em que os intérpretes [decisores] apresentem suas considerações de forma livre, com intenso debate jurídico, filosófico, econômico e social quando ao tema, especialmente um *hard case*, apresentando uma decisão que demonstre um consenso no esforço hermenêutico para encontrar uma decisão que evite qualquer argumento de injustiça, usando-se da equidade para sanar as obscuridades da lei.

Deixa-se claro que nos estudos se procurou esgotar ao máximo a possibilidade de análise de *Levando os Direitos à Sério* e de *Ética e Direito*. Sabe-se da complexidade, da importância e da extensa bibliografia dos autores, de seus interlocutores e dos estudiosos sobre o tema em tela. Debater sobre Justiça, *Hard Cases*, Equidade, Ética, Política e Discricionariedade exige tempo, dedicação e tolerância. Nesse caminho, busca-se a dialética, o respeito ao debate transparente, construtivo e evolutivo.

De mesma forma, os estudos exigem uma certa dose de humildade porque não somos [jamais seremos] os donos da verdade. O que se escreveu, de longe, está perto de ser considerado como absoluto. Há dúvidas que persistem? Sim, elas estão presentes. Assim como é impossível escolher qual a melhor ideia de justiça, não há como se definir como um estudo absoluto que “fechou” todas as arestas quanto ao tema proposto.

De mesma forma, jamais se pretende que referido estudo se encerre neste momento. A complexidade e a importância do tema deixam novas dúvidas que serão retomadas com a consciência de que os direitos devem ser levados à sério porque assim se poderá alcançar uma virtuosa decisão que preserve, restaure e conceda o direito em um Estado Democrático de Direito. Há que perseguir uma continuidade e fomentar o debate acadêmico e profissional sobre o conteúdo tratado.

A reflexão que podemos deixar sobre o estudo é a que as relações humanas estão em constante evolução e devemos dar extrema importância ao processo de elaboração das leis e a formação da jurisprudência para que continuem acompanhando esta evolução social. De mesma forma, como estudiosos, devemos fomentar o debate com o interesse de contribuir com a sociedade para que tenhamos a efetividade dos direitos com amplitude e que propiciem uma convivência social com harmonia, tolerância, igualdade, liberdade e cidadania. Em verdade, e isto é evidente, não existem respostas uníssonas e absolutas. Devemos nos esforçar para construir uma sociedade que respeite as instituições, as leis e a dignidade da pessoa humana. Deseja-se que todas as pessoas, privadas ou públicas, atuem com extrema ética e não aceitem, em quaisquer circunstâncias, a prevalência da corrupção e dos interesses político-partidários em detrimento do direito.

É necessário registrar que as dúvidas com relação às motivações ideológicas que envolvem uma decisão judicial, em um caso fácil ou difícil, devem ser sempre debatidas com liberdade de opinião, respeitando-se as considerações, os argumentos, a exposição dos motivos e as determinações, devidamente fundamentadas, que concluem pela escolha deste ou daquele direito. Por vivermos em um Estado Democrático de Direito, temos que propiciar um debate do direito com o objetivo de se aproximar de um ideal que reduza as indiferenças e nos transmita uma ideia de justiça efetiva, virtuosa e realizável. Espera-se, por fim, que possamos ver as instituições, os governantes e os estudiosos debatendo e encontrando soluções pertinentes que nos faça acreditar que os direitos serão sempre levados à sério.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Marco Antônio Sousa: *A argumentação filosófica: Chaïm Perelman e o auditório universal*. 2005. 205 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2005.
- BADIOU, Alain. *A República, de Platão, recontada por Alain Badiou*. Trad. de André Telles. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2014.
- BELINAZO, Elias da Costa. *A razoabilidade dos significados da decisão penal: a argumentação jurídica de Chaïm Perelman e o discurso em Habermas*. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Editora Campus, 2004.
- COSTA, Gerson Godinho da. *Justificação democrática da atividade jurisdicional: o contributo da lógica jurídica de Chaïm Perelman*. 2008. 18 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- DELATORRE, Rogério. *A interpretação/aplicação judicial do direito e a discricionariedade judicial: um diálogo com pensamento de Ronald Dworkin e Herbert Hart*. 2009. 17 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco espinho: justiça e valor*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2017a.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017b.
- DUPRÉEL, E. *Traité de moral*. Bruxelas, 1932.
- DWORKIN, Ronald. Hard cases. *Harvard law review*, v. 88, n. 6, 1975.
- GARROTE, Bruno Marques. *Objetividade e interpretação: o debate entre R. Dworkin e S. Fish*. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2013.tde-01082013-082911. Acesso em: 2020-12-30.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Trad. de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Fontes, 2009.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 5. ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HECK, Luiz Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

HECK, Luiz Afonso. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOBBS, T. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores).

JÚNIOR, Humberto Theodoro: *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da Reforma das Leis Processuais*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra, 1962. 2.v.

LEPAULLE, Pierre. *La Justice*. Paris: Payot, 1934.

MELO, Claudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. In: SARLET, Ingo W. (org.) *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MICHELMAN, Frank. *Justification and the justifiability of law in a contradictory world*. In: PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. (Ed.). *Nomos XXVIII. Justification*. New York: New York University Press, 1986.

MOREIRA, Alexandre Mussoi: *A Possibilidade de Abordagem Ético-Moral no Raciocínio Jurídico: O aborto na visão de Dworkin e Finnis*. 2016. 121f. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Filosofia, PUCRS, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.

PLATÃO. *A República – idealização e realização*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, casos e as leis da natureza*. São Paulo: Ed. da UNESP, 1996.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. de Dinah de Abreu Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 1993.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REIS, Luciana Silva. *Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin*. 2013. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ROESLER, Ednilson José. *Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel*. 2008. 128 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

SANDEL, Michel J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (Rere), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar. abr. maio 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>
Acesso em: 11 out. 2020.

SARTRE, Jean-Paul. *O muro*. Trad. de H. Alcântara Silveira. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Matheus Teixeira da: *Coerência e epieikeia: fundamentos de uma decisão praeter legem*. 2017. 117 f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pucrs, 2017.

SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da justiça*. Trad. de Jorge Trindade. Porto Alegre: Editora Fabris, 1985.

STAHEL, Monica. *As mais belas lendas da mitologia*. Trad. de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica (em)crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. Ed. rev., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: constituição hermenêutica e teorias discursivas*. 6. Ed. rev. E ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

VITÓRIA, Paulo Renato. *Justiça e poder discricionário no Estado democrático de direito: uma interpretação possível fundada na dignidade*. 2007. 105 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

WEBER, Thadeu. *Justiça e poder discricionário. Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 2, jan./mar.2008.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br