XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA CRISTINA ZAINAGHI

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Lorena de Melo Freitas , Maria Cristina Zainaghi – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-556-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Inspiração realista. 3. Natureza. 4.Processo Judicial. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Este conteúdo resulta de artigos apresentados no XXVI Congresso Nacional do Conpedi São Luís – MA realizado em São Luiz, Maranhão, nos dias 15 a 17 de novembro de 2017, no Grupo de Trabalho denominado de TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO I, tema proposto em 2014.2 pela então Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, hoje coordenadora deste grupo.

Assim foram apresentados e debatidos 9 artigos sobre temas variados com relevância ao ativismo judicial, bem como temas autorais sobre ideias de Luhmann e Austin.

No primeiro artigo A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E OS CASOS DIFÍCEIS, as autoras trataram de discorrer sobre a a história das inúmeras teorias que se propuseram a estabelecer parâmetros para a atuação do magistrado frente aos casos difíceis, considerando as diferentes maneiras de se aplicar e entender o Direito.

Na sequência os autores no artigo ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO USO MEDICINAL DO CANABIDIOL NO BRASIL, buscaram a reflexão do ativismo judicial e a judicialização da saúde no Brasil, especificamente, a utilização medicinal do Canabidiol no Brasil na perspectiva da Análise Econômica do Direito.

O artigo seguinte ATIVISMO JUDICIAL: UMA LEGITIMIDADE NECESSÁRIA OU UMA NECESSIDADE LEGÍTIMA?, a autora buscou analisar a legitimidade do ativismo pautado em um Estado de Direito pautado na teoria da separação dos poderes.

A luz da separação dos poderes a autora de O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS INTERFERÊNCIAS NO PODER LEGISLATIVO avaliou o ativismo da Corte Suprema. Ao final, constata-se que as ingerências do STF no âmbito dos demais poderes estão calcadas no objetivo precípuo de proteção da ordem constitucional.

O ativismo pautou o artigo A CRISE DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O "MIDIATISMO" DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS RISCOS DEMOCRÁTICOS DE UM "SUPERPODER", onde os autores buscaram indagar sobre a

legitimidade e a eficácia do ativismo judicial no Brasil e a influência do poder da mídia nas decisões da Suprema Corte.

No artigo A REVISÃO JUDICIAL REALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DOS ELEMENTOS MÍNIMOS NECESSÁRIOS PARA FUNDAMENTAR A DECISÃO JUDICIAL ESTABELECIDOS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015, o autor buscou analisar a revisão judicial realizada pelo Supremo Tribunal Federal do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil 2015.

Mudando um pouco o grupo debateu sobre PRECONCEITO E DECISÃO JUDICIAL - UMA INVESTIGAÇÃO HERMENÊUTICA SOBRE A POLÍTICA DE COMBATE ÀS DROGAS, onde os autores buscaram analisar a política de combate às drogas no Brasil a partir de uma abordagem hermenêutica.

Mudamos um pouco os debates quando tratamos do realismo jurídico no artigo INDICADORES SOCIAIS COMO COMUNICAÇÃO CIENTÍFICA: UMA LEITURA A PARTIR DE NIKLAS LUHMANN, onde se busca a relação dos indicadores sociais e a teoria dos sistemas sociais.

E finalizando vimos OS PROBLEMAS DA COERÇÃO E DO SOBERANO NO IMPERATIVISMO DE JOHN AUSTIN: UMA ANÁLISE COM BASE NAS CRÍTICAS FEITAS POR HERBERT HART, onde o autor busca demonstrar que o imperativismo de John Austin é uma teoria que deve ser rejeitada.

Esta apresentação conclui assim uma breve síntese dos artigos ao tempo que convida o leitor a desfrutar dos textos e reflexões que eles podem provocar.

Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas - PNPD/UNIPÊ

Profa. Dra. Maria Cristina Zainaghi - UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E OS CASOS DIFÍCEIS

THE JUDICIAL DISCRETION AND HARD CASES

Marianny Alves [1]
Aline Aparecida De Souza [2]

Resumo

No decorrer da história foram lançadas inúmeras teorias que se propuseram a estabelecer parâmetros para a atuação do magistrado frente aos casos difíceis, considerando as diferentes maneiras de se aplicar e entender o Direito. Este estudo, pautado em pesquisa bibliográfica, exploratória, por vezes descritiva, pretende discorrer em linhas gerais sobre os aportes teóricos formulados por Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Richard Posner, João Baptista Herkenhoff e LenioStreck a respeito da discricionariedade dos magistrados, a fim de suscitar discussões sobre temática que ainda se encontra tratada de forma insuficiente no âmbito jurídico, considerando as consequências no plano democrático dela advinda.

Palavras-chave: Discricionariedade, Casos difíceis, Magistrados, Aportes teóricos, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

In the course of history, numerous theories have been launched to propose to establish parameters for the magistrate's performance in hard cases, considering the different ways of applying and understanding the Law. This study, based on a bibliographical, exploratory and sometimes descriptive research, intends to outline the theoretical contributions formulated by Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Richard Posner, John Baptist Herkenhoff and Lenio Streck regarding the discretion of the magistrates, in order to raise discussions on the subject that is still insufficiently addressed in the legal framework, considering the consequences in terms of democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretion, Hard cases, Magistrates, Theoretical contributions, Democracy

---

[1] Mestranda em Direito pela UFMS. Especialista em Direitos Humanos pela UEMS. Graduada em Direito pela UEMS. Bolsista pela CAPES. Diretora de eventos científicos da FEPODI.

[2] Mestranda em Direito pela UFMS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Graduada em Direito pela UFMS. Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região.

1. INTRODUÇÃO

Há muito se discute acerca da completude do sistema jurídico, alguns teóricos dirão que o sistema é fechado e estático, capaz de disciplinar todos os comportamentos humanos; outros admitirão sua incompletude, afirmando se tratar de um sistema aberto, que se amolda conforme as transformações da realidade social (DINIZ, 2012, p. 466).

Ao longo do tempo, esta questão deu ensejo a vários debates teóricos que se propuseram a tentar esclarecê-la, contudo não se trata de uma questão superada doutrinariamente, haja vista as diferentes concepções que se têm a respeito do que vem a ser o direito e o ordenamento jurídico.

Deste modo, ao se conceber o sistema jurídico como um todo completo e acabado, que compreende "uma norma para regular cada caso" Bobbio (2008, p. 259), estar-se-ia a afirmar a separação entre o direito e a vida social, como se ambos caminhassem em sentidos diferentes, sem qualquer conexão.

De outro turno, ao se projetar o direito como uma dimensão da vida social, notar-se-ia que se trata de um sistema aberto, em constante evolução, conforme enuncia Diniz (2012, p. 469) na seguinte passagem:

> [...] o direito é uma realidade dinâmica, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-as, adaptando-as às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural. A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais, de forma constante, estabelecem novos precedentes, e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida.

Diante desse dinamismo da vida, pode acontecer que algumas hipóteses fáticas ocorram antes que o legislador disponha a seu respeito, assim sendo a situação não encontrará ressonância no sistema legal, uma vez que não fora regulamentada ou sequer prevista.

Ainda, pode ser que em razão da generalidade ou da indeterminação de uma norma não se saiba ao certo se tal conduta pode ser disciplinada por esta ou aquela disposição legal, como se o fato se encontrasse numa região cinzenta do direito, também chamada de zona de penumbra[1].

O ineditismo ou a dubiedade dessas situações chegam muitas vezes antes ao judiciário, pois exigem respostas prementes, não podendo ficar ao aguardo da atuação do

[1] Herbert Hart (2009) qualifica como zona de penumbra aquele espaço ao redor do núcleo duro de significação das normas, região que gera incertezas quanto à aplicação da norma.

legislativo. Assim, quando judicializados, esses casos são frequentemente alcunhados de casos difíceis (*hard cases*), por conterem fatos que aparentemente não podem ser submetidos a uma regra clara de direito ou que não se encontram previamente estabelecidos por alguma instituição (DWORKIN, 2002, p. 127).

Nesse sentido, ao magistrado compete interpretar o Direito e realizar a subsunção dos fatos às normas. No entanto, como se dará essa tarefa diante de casos difíceis? É permitido ao juiz decidir conforme seu alvedrio? Ou ainda poderá rejeitar a demanda porque silente o ordenamento jurídico?

Na maioria dos sistemas jurídicos há previsão de regras de integração a fim de sanar possíveis omissões legislativas, mas o que fazer quando até mesmo essas regras não são suficientes para alcançar o deslinde do caso?

Essas são algumas das interrogações que emergem no momento em que o juiz se encontra defronte dos aludidos casos. As respostas às tais perguntas irão depender de uma série de concepções adotadas pelo julgador, assim como dos balizamentos propostos pelo sistema jurídico a que faz parte.

Tendo em vista as diferentes maneiras de se aplicar e entender o Direito, este trabalho propõe-se a examinar alguns paradigmas jurídicos formulados por teóricos desde a Idade Moderna até a atualidade com o escopo de explicitar como deve proceder o juiz ao decidir os casos difíceis, sobremaneira os decorrentes de limitações linguísticas da norma, de suas cláusulas abertas e lacunas voluntárias[2] e ainda de conceitos jurídicos indeterminados.

Trata-se de pesquisa bibliográfica, exploratória, por vezes descritiva, que pretende, sucintamente, discorrer em linhas gerais a respeito dos aportes teóricos formulados por Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Richard Posner, João Baptista Herkenhoff e Lenio Luiz Streck a respeito da discricionariedade dos magistrados, a fim de suscitar discussões sobre temática que ainda encontra-se tratada de forma insuficiente no âmbito jurídico, considerando a amplitude das consequências dela advinda.

[2] Norberto Bobbio (2008, p. 285) denomina de lacunas voluntárias "aquelas que o próprio legislador deixa de propósito, porque a matéria é bastante complexa e não pode ser regulada com regras muito minuciosas, e é melhor confiá-la à interpretação, caso a caso, do juiz".

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Desde já, cabe esclarecer que não são apenas os casos difíceis que geram inúmeros desdobramentos para a aplicação do Direito, pois até mesmo as situações mais comezinhas do dia a dia também causam alguma inquietação ao jurista, neste sentido Diniz (2012, p. 449) vai dizer que "por mais clara que seja uma norma, ela requer sempre interpretação".

Em razão disso, sempre gravitaram ao redor da tarefa hermenêutica teorias que buscaram definir requisitos e técnicas para a atuação do intérprete no exercício de seu *mister*. Isso não significa dizer que ao se aplicar essas técnicas seja possível encontrar uma única resposta a cada demanda, mas sim a resposta que prepondere frente às múltiplas possibilidades interpretativas (DINIZ, 2012, p. 456).

Nesta senda, pode acontecer que dentre as múltiplas possibilidades aparentes, caiba ao intérprete decidir qual seja a mais adequada, daí surge a relevância da discricionariedade, que segundo Netto (2015) desponta "quando há duas respostas jurídicas, cada qual igualmente correta no que tange ao direito, forçando então o juiz a fazer sua escolha em conformidade até mesmo com padrões extrajurídicos".

Deste modo, ao se utilizar de padrões extrajurídicos, pode ser que o intérprete ultrapasse os limites objetivos da aplicação da lei e passe a adotar critérios subjetivos, segundo sua vontade e ideologias, assim como pode acontecer de criar normas, imiscuindo-se na esfera do legislador (DINIZ, 2012, p. 455).

Por oportuno, interessante destacar que no decorrer da história, a atribuição de interpretar e aplicar as leis variava de povo para povo, a depender da sua forma de organização, mas um dado interessante é que, na maior parte das vezes, essa era uma atribuição inerente ao chefe do grupo ou soberano.

Este poder nas mãos de um soberano tornou-se pano de fundo para a ocorrência de arbitrariedades e abusos. Assim, intentando-se fugir do despotismo dos governantes, pretendeu-se encerrar o Direito em diplomas legais, proibindo-se interpretações que fugissem de seu conteúdo literal.

Um exemplo desse movimento é observado quando Napoleão Bonaparte, no início do século XIX, apresentou ao povo francês seu Código Civil (1804), também conhecido como Código Napoleônico. Tratava-se de um diploma legal, vanguardista para a ocasião, que pretendeu encerrar todas as leis nacionais em apenas um instrumento, bem como albergar todas as situações comuns da vida social (BOBBIO, 2008, p. 265).

Atrelada às pretensões universalistas da codificação napoleônica, surge a Escola da Exegese, a qual sobrelevou a importância dos textos legais, racionalizando o Direito e restringindo-o ao conteúdo positivado no código. Tal postura refletiu na aplicação do próprio Direito, em que a atuação dos juristas passou a limitar-se à mera repetição da lei, "não cabendo ao intérprete buscar a solução do caso em outras fontes, fora do texto legal, privilegiando-se, assim, a análise gramatical" (VELOSO, 2006, p. 91).

Esse foi um período marcado pelo "fetichismo da lei", expressão conceituada por Bobbio (2008, p. 265) como aquela atitude resoluta dos juristas que se mantinham presos às disposições dos códigos, como se estes fossem instrumentos infalíveis e completos. Assim, denota-se que nessa época a aplicação da lei é um ato mecânico, desapegado de quaisquer outras inferências, restando aos juristas um labor robotizado.

Em meio a tudo isso, surge na Europa o movimento conhecido como positivismo, liderado por Auguste Comte (1798-1857), que propôs uma ruptura com os conhecimentos metafísicos e passou a dar preponderância aos conhecimentos decorrentes do método científico. Nesta senda, as ciências começaram a desprezar o "acervo de conhecimentos vagos e pouco seguros sobre a moral, a estética, a metafísica" (AZEVEDO, 1998, p. 29), numa busca incessante por respostas exatas.

Em razão da ascendência do positivismo, este influenciou inúmeras áreas do conhecimento, que começaram a introduzir metodologias científicas aos seus postulados a fim de retomarem sua notoriedade e quiçá, tornarem-se ciência (AZEVEDO, 1998, p. 29).

Como consequência, o positivismo alcançou o Direito, dando ensejo à formação de um positivismo jurídico, o qual encontrou em Hans Kelsen (1881 – 1973) um de seus maiores expoentes, que muito influenciou a Filosofia Jurídica, sobremaneira ao publicar, em 1934, seu famoso livro intitulado "Teoria Pura do Direito".

Seguindo os ideais positivistas, Kelsen propôs-se a dissecar o Direito de modo a torná-lo uma ciência e, para tanto, impôs que seus conceitos e elucubrações deveriam ter como ponto de partida a norma jurídica, afastando-se para isso, qualquer fenômeno externo da sua ontologia (BITTAR, ALMEIDA, 2012, p. 398).

Sob esse prisma, o Direito passa a ser, tão-somente, um "sistema de normas que regulam a conduta de homens" (KELSEN, 2009), que não se encontra atrelado à ideia de justiça, uma vez que a justiça é um conceito relativo, inconstante, que engloba uma infinidade de valores, o que impediria a cientificidade do Direito (BITTAR, ALMEIDA, 410).

Depurada de valores como a moral e a justiça, a validade das normas não estaria circunscrita ao seu conteúdo, sendo indiferente se este fosse justo ou injusto. Deste modo, a

interpretação do Direito estaria restrita a uma operação mental decorrente da análise de seu escalão superior de normas para seu escalão inferior, numa análise sistemática e hierarquizada (KELSEN, 2009), metodologia que recebeu a alcunha de positivismo exegético em razão do formalismo interpretativo.

A partir de tal perspectiva, o positivismo exegético dominou o modo de agir da maioria dos juristas, que atuavam "a partir da norma jurídica dada, para chegar à própria norma jurídica dada" (BITTAR, ALMEIDA, 2012, p. 399), sendo assim, seus postulados influenciaram muito os estudos jurídicos e a atuação dos operadores do direito, influência que ainda encontra adeptos até os dias atuais.

3. A DISCRICIONARIEDADE NO POSITIVISMO JURÍDICO

A ideia de inflexibilidade e de rigorismo do direito reflete uma visão reducionista acerca do positivismo, porquanto seus maiores expoentes admitiram em seus escritos a faculdade de o jurista atuar com certa liberdade diante de determinadas circunstâncias.

Nota-se que, em 1960, ao republicar o renomado "Teoria Pura do Direito", Kelsen introduziu um novo capítulo à referida obra, no qual traz escólios quanto à interpretação do Direito e, nesta ocasião, admite não ser possível encontrar uma única resposta correta ao caso concreto, sendo, portanto, possíveis diferentes interpretações dentro de um sistema legal, deduzindo ser a interpretação um ato de vontade, como se depreende do trecho abaixo:

> Se por "interpretação" se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente (sic), o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito [...]. (KELSEN, 2009, p. 247).

A partir dessa constatação, o positivismo jurídico abre espaço para a correção de uma possível aporia, permitindo a discricionariedade do jurista quando não houver norma que preveja determinada situação ou diante de casos de indeterminação do Direito, uma vez que "a norma jurídica geral positiva não pode prever (e predeterminar) todos aqueles elementos que só aparecem através das particularidades do caso concreto" (KELSEN, 2009, p. 171).

Deste modo, Kelsen também prevê que há situações em que o juiz poderá decidir fora da moldura ante as inúmeras interpretações possíveis de uma norma, da pluralidade de sentidos do seu texto, ou também por conta da fluidez de tempo e espaço, o que poderia redundar num ato criador de norma, assim

> [...] da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 2009, p. 250).

Nesta linha de pensamento, desponta o teórico inglês Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), reconhecido como positivista moderado[3], o qual defende que em alguns casos controversos, o juiz poderá decidir com certa liberdade, sem ficar adstrito à norma.

Hart entende que em normas onde se verifique certa indeterminação de palavras, que cause uma pluralidade de sentidos, o juiz pode escolher com independência qual sentido atribuirá em sua aplicação no caso em apreço, tal faculdade advém de situações que o magistrado evidencia possível textura aberta do direito, assim descrita pelo referido teórico:

> A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso (HART, 2009).

Deste modo, ao conferir maior abertura ao sistema, Hart também entende que o legislador não é capaz de prever todas as situações possíveis e, no momento da aplicação do Direito, o julgamento poderá advir da avaliação de outros vários valores morais, observando-se, para tanto, os padrões de decisões admitidas dentro do sistema, conforme expressou em trecho de seu livro:

> Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correta. Esses padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema (HART, 2009, p. 145).

Dessa inferência, chega-se à ilação de que a textura aberta verificada em algumas normas corresponde a um espaço deixado ao jurista para adequar a decisão conforme o caso concreto, o que permite o seu exercício discricionário, no entanto, essa discricionariedade não é integralmente livre, pois deve observar padrões de decisão.

[3] Tendo em vista que Hart pertencia à corrente inclusivista do positivismo, que não exclui a moral do direito.

4. DWORKIN E A AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ

Em contraposição ao positivismo de Kelsen e de Hart, apresenta-se Ronald Dworkin (1931-2013), jusfilósofo americano, que refuta a metodologia adotada pela teoria clássica do direito quando os juízes exercem um "poder discricionário independente para legislar sobre problemas que o direito não alcance" (DWORKIN, 2002, 195).

Diante desta ponderação, Dworkin contesta a propalada ideia de normas imprecisas trazidas por Hart, como se pode verificar do trecho abaixo:

> [...] o argumento da imprecisão comete um erro adicional. Supõe que se o legislador aprova uma lei, o efeito dessa lei sobre o Direito é determinado exclusivamente pelo significado abstrato das palavras que usou, de modo que se as palavras são imprecisas, deve decorrer daí que o impacto da lei sobre o Direito deve, de alguma maneira, ser indeterminado. Mas essa suposição está claramente errada, pois os critérios de um jurista para estabelecer o impacto de uma lei sobre o Direito podem incluir cânones de interpretação ou explicação legal que determinem que força que se deve considerar que uma palavra imprecisa tem numa ocasião particular, ou, pelo menos, fazer sua força depender de questões adicionais, que, em princípio, tem uma resposta certa (DWORKIN, 2002, p. 189).

Por conseguinte, Dworkin aduz ser necessária uma melhor interpretação e não a pretensa discricionariedade, explica que o Direito pode ser entendido como atitude interpretativa e que o juiz não está vinculado apenas pelo caso, mas também pelos princípios, que como componentes do sistema jurídico, "serão considerados subsídios para que a interpretação de cada caso esteja escorada em valores morais de grande força e peso socioinstitucional" (BITTAR, ALMEIDA, 2012, p. 490).

Em outras palavras, Dworkin entende que os princípios auxiliam o juiz em sua decisão, não permitindo que crie nova proposta normativa, mas que descubra o direito a partir deles, por se tratarem de ferramentas que fundamentam e completam o sistema, assim o aludido teórico afirma que os juízes nunca devem exercer a discricionariedade nem criar o direito, "devem imergir-se em uma intensa reflexão baseada nos princípios jurídicos e padrões teóricos presentes no ordenamento jurídico e encontrar a solução que já existe no direito" (COSTA, 2015).

Dessa constatação, Dworkin assevera a noção de "integridade do Direito", supondo que seu sistema é completo, razão pela qual o juiz não pode produzir regras do ordenamento.

Assim, no que tange às situações-limites ou nos chamados casos difíceis, deve-se ponderar o peso dos valores em questão para se encontrar no ordenamento a resposta correta para a sua solução (BITTAR, ALMEIDA, 2012, p. 496).

Ciente da tarefa hercúlea que é emergir-se e perscrutar todo o sistema para encontrar a resposta adequada da demanda, Dworkin cria uma figura que se identificaria com o personagem mitológico Hércules, a qual alcunha de Juiz Hércules, descrito pelo autor da seguinte forma:

> [...] eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo (DWORKIN, 2002, p. 165).

Toda essa prospecção do sistema evitaria qualquer atividade legisladora dos juízes, pois "[...] se um juiz criar uma lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato." (DWORKIN, 2002, p. 132).

Deste modo, a criação de direito pelo juiz seria uma ofensa à separação dos poderes, haja vista a ingerência do judiciário em relação a uma atribuição do legislativo, assim como traria prejuízos à segurança jurídica ao aplicar nova lei com efeitos retroativos.

5. POSNER E A POSSIBILIDADE DE O JUIZ CRIAR O DIREITO

Avesso aos ensinamentos de Dworkin, Richard A. Posner, teórico americano, atualmente seguidor do pragmatismo jurídico, aduz que em casos difíceis, os juízes (sobremaneira os dos tribunais) devem ser livres para decidir de maneira a salvaguardar as melhores consequências, sem estar limitados a um estrito formalismo (SAMPAIO, 2012).

O referido teórico afirma que um juiz pragmatista não pode se fechar aos limites da lei quando estiver diante de casos em que a interpretação literal da lei acarrete consequências catastróficas ou absurdas (SAMPAIO, 2012), por conta disso, faz-se necessário que o juiz esteja atento aos fatos para encontrar a solução que redunde em resultados profícuos e interessantes para o deslinde do caso, sobremaneira quando se deparar com situações que se encontram na "zona cinzenta" do Direito, ocasião em que criará novo direito, atuando como um legislador ocasional, como se pode observar do comentário abaixo:

> Richard Posner acredita que quando um juiz de apelação se depara com casos difíceis, que se encontram na "zona cinzenta" do direito e que não são passíveis de solução a partir da utilização de instrumentos meramente

> legalistas, este juiz necessariamente exercerá uma atividade legislativa, pois estará criando novos direitos. Posner intitula os juízes que exercem essa tarefa de legisladores ocasionais, visto que seu papel principal não é criar direitos, mas ocasionalmente o fazem, mesmo que inconscientemente, em decorrência de uma decisão proveniente de um *hard case*. (FELIPE, 2014)

Entretanto, o mencionado teórico não quer dizer que o juiz possa ser arbitrário, sua liberdade deve ser restrita, a fim de não prejudicar "valores sistêmicos importantes para a sociedade, tais quais a previsibilidade e a imparcialidade" (SAMPAIO, 2012).

Oportuno repisar que Posner reputa necessária a avaliação dos resultados e consequências que determinada interpretação possa conferir ao deslinde da demanda, Pirozi (2008) denomina tal técnica de consequencialista, estilo de julgamento em que o juiz "reflete sobre as consequências metajurídicas, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões".

Assim, denota-se da referida observação que Posner, dentro do seu pragmatismo jurídico, confere uma função a mais ao aplicador do Direito, no caso, a de se preocupar com a repercussão social, econômica e política de suas decisões.

6. HERKENHOFF E A DISCRICIONARIEDADE EM PROL DE UMA APLICAÇÃO SOCIOLÓGICA-POLÍTICA DO DIREITO

Após fazer remissão ao pragmatismo consequencialista de Richard Posner, interessante trazer à tona os escólios de João Baptista Herkenhoff, jurista brasileiro, que defende a função promocional do Direito, conferindo ao seu aplicador um caráter humanista, orientado pelas dimensões: axiológica; fenomenológica e sociológica-política (HERKENHOFF, 1994, p. 125).

Entende o citado jurista que os valores do julgador, as percepções do homem julgado e as estimativas sociais são estímulos propulsores da aplicação do Direito (HERKENHOFF, 1994, p.126), alicerçado por esses parâmetros o juiz diante dos casos difíceis poderá atuar com discricionariedade, como se observa do trecho abaixo colacionado:

> Caberá ao juiz, como cientista do Direito, como sociólogo, no desempenho de um poder político, fazer a justiça do caso individual, vencendo, quer a insensibilidade da lei para acudir situações particulares imprevistas, quer seu atraso para adaptar-se à emergência dos fatos novos (HERKENHOFF, 1994, p.108).

Segundo o seu ponto de vista, o autor refuta a adoção do subjetivismo do juiz como preceito para a aplicação da lei, pelo contrário, propõe que diante de uma visão "sociológica-política", o magistrado perceba a comunidade à sua volta e procure atendê-la não apenas com seus conhecimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais, mas perceba "a vida, o jornal, a crônica do dia, o rosto da rua, o perfil dos barracos, as filas de ônibus, os caminhões que conduzem operários, as crianças famintas" (HERKENHOFF, 1994, p.110).

Assevera que esse tipo de comportamento não significaria abrir amplo espaço ao domínio do arbítrio, pois se houver a eventual deturpação do Direito, haverá a possibilidade de a decisão ser revista por uma instância recursal. Também não seria o caso de ofensa à segurança jurídica, porquanto a segurança dar-se-ia em favor de todos e não apenas em favor de alguns caso o juiz procure reduzir a distância entre o Direito e o fato social (HERKENHOFF, 1994, p. 115).

Herkenhoff supera o formalismo legal com o intuito de promover a justiça, objetivo que estaria acima do próprio Direito ou do sistema jurídico, como que a dizer que o Direito deve refletir a realidade e não a realidade refletir o Direito.

7. STRECK E A AVERSÃO À DISCRICIONARIEDADE

Por último, imperioso colacionar a esta pesquisa as advertências propostas pelo jurista brasileiro Lenio Luiz Streck, que pugna por uma aplicação mais objetiva do Direito, sem dar azo à subjetividade do magistrado, pois entende que a manifestação da verdade "não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete", ou seja, que este julgue conforme sua consciência (STRECK, 2013, p. 19).

Streck observa que ao adentrarmos num sistema Democrático de Direito, o critério democrático não pode ser esquecido e trocado pelo alvedrio dos julgadores e tribunais, que estes não se tornem legisladores ocasionais, porquanto:

> A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produto de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado.
> [...]
> O direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras (STRECK, 2013, p. 117)

O jurista também adverte a respeito da herança positivista na atuação judicial, em que aos casos fáceis prepondera a subsunção e o silogismo e quanto aos casos difíceis tornou-se consenso o uso da discricionariedade, explicita que este pensamento pode ser prejudicial uma vez que:

> [...] em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que "a convicção pessoal do juiz" seja o "critério" para resolver as indeterminações da lei, enfim, "os casos difíceis". Assim, uma crítica do direito *stricto sensu*, isto é, uma crítica que se mantenha nos aspectos semânticos da lei, pode vir a ser um retrocesso (STRECK, 2013, p. 58).

Com o intuito de fugir do decisicionismo e das arbitrariedades advindas das permissões do agir discricionário, bem como do fatalismo em que a decisão do caso dependerá da vontade juiz, o jurista propõe alguns padrões hermenêuticos a serem observados pelos magistrados, quais sejam:

> a) Preservar a autonomia do direito; b) Estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (*ratio* final, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade); c) Garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) Estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada (STRECK, 2013, p. 106).

Outro alerta feito por Streck diz respeito ao uso de princípios, normas gerais de grande abstração, para fundamentar as decisões em detrimento da lei, ou ainda, nos casos em que haja o conflito entre princípios, que possível sopesamento ou ponderação dê abertura à discricionariedade.

Assim sendo, o uso exacerbado de princípios não seria a solução para o fim do subjetivismo, pelo contrário, muitas vezes os princípios "convertem-se em verdadeiras 'varinhas de condão': com eles, o julgador consegue fazer quase tudo o que quiser" (SARMENTO, 2006, p. 200).

Nesse sentido, o autor deixa claro ser contrário à discricionariedade judicial quando esta pretende dispor dos sentidos do direito, como se o julgador fosse o 'proprietário dos sentidos', deixando-se de lado a hermenêutica e a filosofia do Direito. O autor verifica na hermenêutica um meio de apontar caminhos para solução de impasses que podem ser vislumbrados não só nos casos difíceis, mas também nos fáceis, sendo essa divisão uma ficção do meio jurídico. (STRECK, 2013)

Ao que parece, o problema atribuído à discricionariedade, presente nos casos difíceis e fáceis, irá desaguar necessariamente em problema de fundamento democrático, no qual a

limitação do poder discricionário é pressuposto para a contemplação de um estado democrático e para a garantia de direitos fundamentais.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que o legislador, obviamente, não consegue prever todas as situações da realidade social. Valendo-se desta constatação depreende-se que o sistema jurídico não disporá de forma integral de todas as hipóteses possíveis, mas poderá apresentar normas com amplo caráter de abstração, que muitas vezes possuirão conceitos abertos, indeterminados ou dúbios, que quando surgirem e forem judicializados poderão provocar o juiz, de certa forma, a criar o Direito acerca de tal questão.

Como visto, no decorrer histórico dos debates acadêmicos foram lançadas inúmeras teorias que se propuseram a estabelecer parâmetros para a atuação do magistrado frente aos casos difíceis. No início, havia doutrinas que sequer reconheciam a possibilidade de existir eventual lacuna que desse origem a um caso difícil, no entanto, ao perceber que eles se multiplicavam e causavam grande embaraço para os magistrados, passou-se a dar-lhes maior atenção.

Kelsen assumiu em suas teorias tal dificuldade, pois também constatou que a complexidade da vida não caberia nos limites de um código, do que se permitiu repensar na dinâmica do Direito em razão da própria dinâmica da vida social e de seus institutos. Assim, nos moldes positivistas, passou-se a admitir que o jurista detivesse, em certos casos, uma margem quanto à interpretação da lei, a fim de adequá-la ao momento de sua aplicação, razão pela qual Kelsen defendeu a possibilidade de o juiz decidir diante várias alternativas possíveis dentro e fora da moldura legal.

Hart considerou que parte das normas possuía uma textura aberta, o que permitia o surgimento de um espaço em que o magistrado poderia decidir discricionariamente. Há que se advertir, no entanto, que para Hart o juiz não é livre em seus exercício discricionário, sendo dever dele acatar os padrões de decisão, para que o sistema judicial faça sentido.

Por sua vez, Dworkin refuta essas ideias de Hart e reconhece o sistema jurídico como um sistema completo, no qual não há lugar para a discricionariedade do aplicador do Direito, porquanto se pressupõe que a partir de uma detida análise do sistema jurídico (de suas normas implícitas e explícitas) o juiz seria capaz de encontrar a resposta mais correta para o caso em apreço, afastando-se de sua subjetividade, deste modo propõe uma figura ideal de juiz, capaz

de encontrar todas as soluções dentro do ordenamento jurídico, considerando a força normativa dos princípios.

Posner, conectado à realidade das cortes judiciais, reputa necessária a avaliação dos resultados e consequências que determinada interpretação possa conferir ao deslinde da ação e reconhece que na solução dos casos difíceis, os juízes decidem de maneira a criar o direito, tornando-se legisladores ocasionais.

Herkenhoff vai mais além e propõe que para se dar efetividade ao direito, imperioso que o magistrado faça uma imersão no contexto social e político do caso e das partes do processo e, então decida de acordo com uma visão mais humanista e próxima aos fatos, mesmo que ultrapasse o espaço destinado à discricionariedade.

De outro turno, Streck, preocupado com a segurança jurídica e com os critérios democráticos que sustentam o sistema do direito, rejeita a exagerada discricionariedade judicial, porque esta conduz ao decisicionismo, que nada mais é que o subjetivismo de quem julga, muitas vezes sem apresentar razões jurídicas para tanto.

Deste modo, far-se-ia necessário que na ocorrência de casos difíceis houvesse critérios de controle para que o intérprete atue com certa moderação, não se afastando da esfera jurídica em que o caso se encontra apoiado, por conseguinte, impõe-se que as decisões sejam racionais, o que poderá ser observado a partir de sentenças bem fundamentadas.

No que se refere ao uso de princípios para a solução dos casos difíceis, Streck assevera que há de se ter em mente que, a depender do princípio utilizado, este poderá ser um subterfúgio para esconder possível decisicionismo.

À título de consideração final de caráter não necessariamente conclusivo, este estudo considera que a discricionariedade possui relação indissociável com a subjetividade, mas que se torna necessária para a efetivação de uma democracia que todo poder, por menor que pareça, seja cerceado por uma fundamentação compatível com o Estado Democrático de Direito, que vai além da mera observação da legalidade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Aplicação do Direito e contexto social**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 10ª Ed. rev. e aumentada. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Teoria Geral do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

COSTA, Pedro d'Angelo da. **A crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e a construção do conceito de discricionariedade.** Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/my6f3s72/4bp9h3MZG5YUfGSC.pdf> Acesso em 21.06.2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. **O juiz como legislador ocasional e o juiz hércules: entre a criação e a descoberta dos direitos nos casos difíceis**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=722bdebbbc5e6f16> . Acesso em 20 de junho de 2016.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antonio de O. Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito – à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política.** 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Centralidade da jurisdição como fonte reveladora do direito: A busca da cientificidade perdida**. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0717_0747.pdf>. Acesso em 20.06.2016.

PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo judicial - Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças**. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 59, n° 187, p. 19-33, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/consequencialismo-judicial-uma-realidade-ante-o-impacto-socioecon%C3%B4mico-das-senten%C3%A7as-0> Acesso em 22.06.2016.

SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. **Coerência e integridade na aplicação do direito: Alternativas para uma jurisdição que leva os direitos a sério.** Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/34931/R%20-%20D%20-%20JOANNA%20MARIA%20DE%20ARAUJO%20SAMPAIO.pdf?sequence=1> Acesso em 19.06.2016.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

VELOSO, Zeno. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1º a 6º**. 2. Ed. Belém: Unama, 2006.