

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

ADRIANA SILVA MAILLART

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

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 Napolini 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 da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-555-3

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. Igualdade 3. Princípios. 4. Filosofia
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

A presente coletânea é formada por artigos selecionados para integrar o Grupo de Trabalho “Teoria da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica” no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (realizado entre 15 de novembro e 17 de novembro de 2017, em São Luís). Vale lembrar que a seleção se deu a partir do eficiente sistema double blind review (“duplo cego”), apto a assegurar isenção e idoneidade na seleção dos artigos que ora apresentamos.

Devido a vários artigos versarem sobre a análise da Teoria de Justiça de John Rawls, resolvemos dedicar a primeira parte desta obra para tratar dos sete artigos que analisaram esta Teoria.

Fernando César Lopes Cassionato e Daniela Menengoti Ribeiro abordam em seu artigo “A escolha na ‘posição original’ de John Rawls: o idealismo de um utilitarista crítico no utilitarismo”, os princípios desta teoria, os fundamentos de sua argumentação e os argumentos favoráveis à defesa do princípio da diferença, refletindo sobre as falhas ao não compensar as desigualdades naturais (falha reconhecida pelo autor) e a consequência de certas escolhas subsidiarem injustamente outras.

Já, José Eduardo Ribeiro Balera, no texto “A teoria do direito de John Rawls: uma leitura a partir das críticas de Ronald Dworkin, examina os argumentos de Ronald Dworkin ao tratamento de Rawls como um teórico do direito, seus pressupostos metodológicos e substantivos, resgatando questões como a ideia de legalidade na filosofia rawlsiana e as implicações da relação entre direito e moral, retomando as críticas à denominada “doutrina da razão pública”, relevantes ao procedimento deliberativo judicial.

Em, “John Rawls: breves noções de consenso sobreposto e a democracia deliberativa”, Roberto Alcântara De Oliveira Araújo e Flávia Moreira Guimarães Pessoa encontram em John Rawls (teoria da justiça como equidade e do liberalismo igualitário) o reconhecimento da existência de um pluralismo de doutrinas filosóficas/morais da sociedade, decerto incompatíveis, mas redutíveis na revelação do consenso fundamental, por meio de argumentos que justifiquem as escolhas sociais.

O texto, elaborado por Heloisa Sami Daou e José Claudio Monteiro de Brito Filho, “John Rawls e Amartya Sen: paralelo entre a teoria de justiça como equidade e a justiça focada nas

realizações” apresenta e compara duas distintas teorias da justiça, a teoria da justiça como equidade de John Rawls e a teoria da justiça focada nas realizações de Amartya Sen, de modo a destacar suas afinidades e divergências.

Emanuel Adilson Gomes Marques e Adriana Silva Maillart analisam as ideias de justiça de John Rawls como ideários que privilegiam o Estado Democrático de Direito, como essenciais à inclusão e diminuição das desigualdades materiais que vai ao encontro da missão da Defensoria Pública brasileira, objetivando demonstrar que a atuação da Defensoria Pública, por meio de ações afirmativas adotadas em políticas públicas, atinge os ditames de justiça proposto na Teoria de Rawls.

No artigo “O liberalismo-igualitário de John Rawls como perspectiva de igualdade de oportunidades para transexuais”, Fabiana Barbosa Marra propõe uma atuação estatal de modo a mitigar desigualdades decorrentes de padrões hegemônicos de gênero, utilizando a perspectiva de igualdade de oportunidades de Rawls.

E, fechando os temas referentes à Teoria de John Rawls, Anna Caroline Ferreira Lisboa pauta-se na perspectiva crítica relacionada à organização familiar na Teoria de Justiça de Rawls para construir o texto “A instituição familiar na Teoria da Justiça de John Rawls: uma análise necessária do ambiente de desigualdade de gênero”.

No artigo “A extensão da licença-paternidade e a falta de critérios na utilização de princípios no Brasil”, João Ricardo Holanda do Nascimento e Juraci Mourão Lopes Filho discorrem sobre a teoria interpretativista de Dworkin e argumentativa de Alexy, que pretendem inserir uma nova ideia de princípios no Direito, comprovando a má utilização nos casos de extensão da licença-paternidade, causadora de um sincretismo de teorias.

Rodrigo Maia Bachour e Bárbara Altoé Puppim realizam uma análise retórica dos argumentos utilizados nos Projetos de Lei e Propostas de Emenda Constitucional relativos à tentativa de efetivação dos interinos, à luz das lições de João Maurício Adeodato, no artigo “Uma análise retórica das propostas de emenda constitucional e projetos de lei sobre cartórios”.

Em “A globalização e os direitos humanos em rede: o direito alienígena como ferramenta hábil a fundamentar decisões do Poder Judiciário – o diálogo entre cortes”, Daniel Gomes de Souza Ramos aborda os encontros e desencontros de uma nova visão acerca dos direitos humanos internacionalizado, a partir do momento em que o julgador utiliza uma norma para a solução de um caso concreto.

O texto “A eficiência da decisão judicial e a vinculação dos precedentes, de Geraldo Neves Leite e Andre Beckmann de Castro Menezes, analisa decisões do STF envolvendo a vinculação dos precedentes à luz de três concepções diferentes de precedentes, desenvolvidas no direito estadunidense por Frederick Schauer, Ronald Dworkin e Richard Posner, compreendidos no artigo como regras, princípios e diretrizes políticas.

A necessidade de equilíbrio argumentativo no processo e a fundamentação com base em precedentes no Código de Processo Civil, recai sobre o artigo 489, §1º, VI do Código de Processo Civil, para avaliar se a sua interpretação literal é adequada ao que se espera de um sistema precedentalista, pesquisa elaborada por Gisele Santos Fernandes Góes e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva.

Desejamos que você leitor, como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra, que contribuem, sobremaneira, para fomentar a discussão sobre a Teoria da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica no Brasil. Oportunidade em que também aproveitamos para externar nossos agradecimentos e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados ao XXVI Congresso do CONPEDI.

Florianópolis/Fortaleza, 23 de novembro de 2017.

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart - 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 EXTENSÃO DA LICENÇA-PATERNIDADE E A FALTA DE CRITÉRIOS NA UTILIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO BRASIL

THE EXTENSION OF THE PATERNITY LICENSE AND THE LACK OF CRITERIA IN THE USE OF PRINCIPLES IN BRAZIL

**João Ricardo Holanda Do Nascimento
Juraci Mourão Lopes Filho**

Resumo

As decisões judiciais têm ganhado destaque no Brasil como a resposta segura em meio às incertezas jurídicas. Na perspectiva utilizada pela doutrina imprecisamente de “pós-positivismo”, ocasionou-se um sistema cujas regras estão sendo modificadas a cada decisão judicial, bastando que se ponha em consideração algum princípio. Este artigo analisa decisão judicial nessa vertente que justificou o entendimento contrário à regra positivada, em princípios. Discorrer-se-á sobre a teoria interpretativista de Dworkin e argumentativa de Alexy, que pretendem inserir uma nova ideia de princípios no Direito, comprovando a má utilização no caso, causadora de um sincretismo de teorias.

Palavras-chave: Decisões judiciais no brasil, Utilização de regras e princípios, Teoria dos princípios, Sincretismo, Pós-positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

Judicial decisions have gained prominence in Brazil as the safe answer amid legal uncertainties. In the perspective used by the imprecise doctrine of "post-positivism", a system was created whose rules are being modified with each judicial decision, if any principle is taken into account. This article analyzes judicial decision in this part that justified the understanding contrary to the positive rule, in principles. We will discuss Dworkin's interpretive theory and Alexy's argument, which intend to insert a new idea of principles in the law, proving the misuse in the case, causing a syncretism of theories.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial decisions in brazil, Use of law and the principles, Theory of principles, Syncretism, Post-positivism

1 INTRODUÇÃO

Com a constitucionalização do direito (FIGUEROA, 2009) nos países europeus continentais e a ruptura teórica ocorrida no período posterior à segunda guerra mundial, as constituições passaram a exercer papel de protagonistas nos ordenamentos jurídicos. Na tradição romano-germânica, foram as constituições do pós-guerra que trouxeram à baila novamente a discussão da relação entre Direito e Moral, na tentativa de superação do Positivismo axiológica e deontologicamente neutro até então vigente. No Brasil, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 que permitiu o afluxo dessa nova Teoria do Direito sob a forma de uma Nova Teoria de Direito Constitucional.

A partir do momento em que teóricos passaram a discutir os princípios como parte do Direito – dá-se ênfase aqui a Ronald Dworkin e Robert Alexy -, o ordenamento jurídico se viu constituído de normas em uma visão ampla, tendo como vertentes as regras e os princípios, ainda que cada autor construa um conceito muito próprio de princípio.

Sendo um dos mais fortes argumentos contrários ao positivismo normativo, o centro da juridicidade definido segundos critérios formais da autoridade legiferante passou a ser visto como instrumento para o autoritarismo, dando lugar à ênfase na normatividade dos princípios, sobretudo quanto aos direitos fundamentais inseridos na Constituição, acarretando com o advento do chamado por alguns juristas, a exemplo de Barroso (2006, p. 4), de pós-positivismo.

Na realidade, o que se percebe por meio de boa parte das decisões judiciais proferidas pela justiça brasileira é que, em muitas ocasiões, não se consegue manter coerência e integridade (entendida mesmo que genericamente como uma convergência principiológica) a seus próprios julgados, sobretudo quando se pretende controlar a legislação posta, sob o argumento na utilização de princípios.

Foi o que aconteceu em decisão proferida pela juíza da 1ª Vara Federal e Juizado Especial Federal de Florianópolis, pela qual a magistrada concedeu licença-paternidade pelo mesmo período da licença-maternidade a um servidor público federal, bem como condenou a União a pagar valor dobrado do auxílio-natalidade, por ser pai de gêmeas.

Ao longo deste trabalho, fundado em pesquisa bibliográfica, serão tecidas considerações sobre os critérios utilizados pela Justiça Federal que, inclusive, manteve a decisão pelas suas turmas recursais, tendo em vista a legislação vigente no país, bem como por meio de uma análise, ainda que sintética, das teorias de Dworkin e Alexy sobre a inserção

dos princípios no Direito, a possibilidade de conflitos entre regras e princípios e a ponderação realizada em abstrato pelo legislativo e sua limitação ou possibilidade de reanálise por parte do Judiciário.

2 SOBRE A DECISÃO DO PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL Nº 5009679-59.2016.4.04.7200

Em contrariedade às regras previstas pelas Leis 8.112/90 e 11.770/2008, e aos decretos nº 6.690/2008 e 8.373/2016, o Juiz da 1ª Vara Federal e Juizado Especial Federal de Florianópolis/SC concedeu a extensão da licença-paternidade de servidor público federal pelo mesmo período concedido por via de licença-maternidade, por ser pai de filhas gêmeas. Ademais, condenou a União ao pagamento dobrado do valor referente ao auxílio-natalidade, considerando a inconstitucionalidade incidental do art. 196, § 1º da Lei 8.112/90.

Como dito acima, o caso tem como autor um servidor público federal que requereu ao judiciário sua licença-paternidade com período equivalente ao da licença-maternidade, bem como a declaração da inconstitucionalidade incidental do art. 196, § 1º da CLT para que a União fosse condenada a pagar o valor dobrado do auxílio-natalidade. Os pedidos foram baseados tendo em vista a expectativa do autor de ser pai de gêmeas univitelinas.

A Constituição Federal de 1988 elencou como direitos sociais, em seu art. 7º, a licença-maternidade (inciso XVIII), com prazo fixado pelo próprio texto constitucional de 120 (cento e vinte) dias e a licença-paternidade, para a qual reservou ao legislador a competência para definir os termos.

O legislador brasileiro tipificou a licença-paternidade no art. 208 da Lei nº 8.112/90, como sendo em 05 (cinco) dias e, posteriormente, o executivo, por meio do Decreto nº 8.737/2016, estabeleceu o programa de prorrogação desta licença, nos moldes da Lei nº 11.770/2008, fato que prolongou a licença que antes era de 05 (cinco) dias para mais 15 (quinze) dias, ou seja, o servidor público federal que for pai, adotar ou obter guarda judicial para adoção de criança no Brasil, terá direito a 20 (vinte) dias de licença-paternidade, conforme os preceitos legais.

Com relação à licença-maternidade, a legislação vigente sobre o caso, por meio da mesma lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, em seu art. 207, prevê o prazo de 120 (cento e vinte) dias de licença, conforme a Constituição Federal dispôs. Contudo, também por meio de um programa de prorrogação, positivado no Decreto nº 6.690/2008, em seu art. 2º, § 3º, inciso I, alínea “a”, foi expandido o prazo por mais 60 (sessenta) dias, totalizando o tempo de licença das genitoras para 180 (cento e oitenta) dias.

A decisão proferida pela magistrada federal de 1º Grau utiliza como um de seus primeiros argumentos, o princípio da isonomia entre homens e mulheres positivado pelo texto constitucional no art. 5º, inciso I, onde prevê a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, nos termos da Constituição.

Ainda, ao longo de sua extensa decisão de 27 páginas, faz um apanhado sobre a evolução legislativa e jurisprudencial com relação ao direito das crianças, embasando-se no princípio da proteção integral e prioridade, previsto no art. 227, *caput* da CF, nos iguais direitos e deveres na sociedade conjugal entre homens e mulheres, disposto no art. 226, § 5º e na igualdade entre os filhos, do art. 227, § 6º, também do texto constitucional.

O precedente que permeia toda a fundamentação até o dispositivo é o julgamento do Recurso Especial nº 778889 pelo STF, com relação ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, pelo qual se utiliza para abordar em sua decisão uma cronologia da legislação brasileira sobre o caso, identificando mudanças na legislação familiar ao longo do tempo.

Cumprido destacar que o caso específico do RE nº 778889 tratou sobre a possibilidade de se conceder equiparação da licença-maternidade à adotante, tendo por base os direitos do adotado.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, naquela ocasião, admitiu o prazo equiparado de licença-maternidade da mãe adotante à mãe que passou por gestação, inadmitindo diferença de prazo simplesmente tendo por base a idade da criança adotada. No caso discutido aqui, o genitor requereu a equiparação no prazo da licença-maternidade posta pela legislação, tão somente pelo fato de ter sido pai de gêmeos. Observa-se, desse modo, que se tratam de casos sensivelmente diversos.

Após, traça uma linha do tempo sobre a legislação atinente à licença-paternidade no Brasil, dando foco à época da constituinte, para tentar argumentar no sentido de que a visão sobre esse direito naquele tempo era diferente da visão que temos hoje. Disso, realmente, não se pode divergir. O direito não é estático, tem que se adequar às demandas do tempo. Mas isso não pode acontecer a bel prazer do Judiciário, tendo em vista, principalmente, que o próprio poder constituinte, ao analisar o direito previsto no art. 7º, reservou tal competência ao legislador.

Ademais, como visto alhures, sobre o direito em questão, muito recentemente, no ano de 2016 houve a edição de decreto pelo executivo para que a licença-paternidade aos servidores públicos federais pudesse também ser objeto da prorrogação contida na legislação de 2008, com a possibilidade, portanto, de acréscimo em 15 (quinze) dias, dos cinco propostos pela legislação dos servidores públicos federais.

Colaciona ainda notícias de *websites* com ênfase em decisões judiciais que concederam licença-maternidade a pai de crianças que perderam suas genitoras, ante o falecimento no parto.

Nesses casos, a criança ficou desguarnecida dos cuidados maternos, tendo em vista a ausência da mãe pela sua morte no parto, genitora esta que, caso viva fosse, teria o seu direito de licença-maternidade resguardado pela lei. No caso em análise, a genitora dos bebês gêmeos está viva e presente nos cuidados das crianças, fato que também diferencia os casos apresentados na decisão do aqui analisado.

A magistrada também se dispõe a analisar o direito comparado quanto à licença-maternidade e paternidade e apresenta um dado importante, ao mencionar que o Brasil está entre os 34 países do mundo que cumpre as recomendações da Organização Internacional do Trabalho quanto ao caso. Importante saber que o legislador brasileiro cumpre tais condições. A Magistrada Federal se sentiu segura e, pela decisão, a modificou.

Pois bem, utiliza como exemplo na decisão casos como da Noruega e da Suécia, países europeus reconhecidos como dos mais desenvolvidos naquele continente e em todo mundo. De acordo com os dados apresentados na decisão ora em análise, a Noruega prevê em sua legislação 240 (duzentos e quarenta) dias a título de auxílio-maternidade. Já a Suécia, 410 (quatrocentos e dez) dias. Sem dúvidas, tempo razoavelmente maior do que é concedido às mães brasileiras.

Ao tentar fazer um contraponto com a legislação brasileira, a Magistrada também analisa os números nesses dois países com relação à licença-paternidade. Na Noruega, de acordo com os dados ali apresentados, aos pais são concedidas 02 (duas) semanas, ou seja, 14 (quatorze) dias de licença. Enquanto que na Suécia, são concedidos 70 (setenta) dias.

Com esses dados, fica muito claro que em suas legislações, mesmo esses países considerados muito razoáveis em suas leis e que sobrevieram como exemplos para a Magistrada, legislaram sobre licença-paternidade com períodos bastante menores do que os períodos concedidos à figura materna. Seria por que nesses países não se observaram os princípios ali vigentes ou seriam eles diversos dos adotados no Brasil? Ou será por que é uma conduta razoável do legislador, após colocar em pauta os princípios atinentes ao direito elencado e, após uma ponderação, se chegou a uma igualdade material entre homens e mulheres no que concerne à licença?

Se for razoável considerar períodos distintos de licença entre homens e mulheres, por critérios constitucionais, de modo a diferenciar materialmente o tempo dessa licença entre homens e mulheres, seria razoável um magistrado, à mercê da legislação vigente que,

certamente passou pelo crivo do legislador que, oportunamente analisou tais condições, modificar todo o aparato legislativo para dizer como deverá ser cumprida a licença? Acredita-se que no presente caso, não.

A Magistrada também busca justificar as razões da decisão apoiada em argumentos de risco na gestação de múltiplos e que o “próprio fato em si” já gera o risco da gravidez. Ainda, ressalta a possibilidade de nascimento prematuro, risco de aborto e fatos como vínculo emocional da mãe. Todas informações extraídas de um *website* português chamado “De mãe para mãe”¹. A fundamentação, pois, foi colhida, em parte, por meio de simplória busca na *internet*. Afora isso, dá-se o destaque ao fato de que, em nenhum momento de sua decisão, a Magistrada observou a existência de qualquer desses riscos no caso em que ela analisou. Não se tem a menção na decisão e, desse modo, acredita-se que também não tenha nos autos, de que aquela gestação de gêmeas univitelinas possuiu algum tipo de risco que pudesse ser encaixada nessa argumentação utilizada na decisão ora em análise. Mais um ponto fraco na argumentação judicial que afastou a aplicação de uma lei.

Ao tratar sobre o art. 196, § 1º, da Lei nº 8112/90, que prevê o acréscimo do auxílio-natalidade em 50% nos casos de nascimento de múltiplos, observada a porcentagem para cada nascituro, a magistrada, argumentou que “o aumento da despesa é em função de cada uma delas e não, como previu o legislador, reduzido em razão de sua quantidade”. A magistrada afirmou, portanto, que o legislador não estaria correto ao dar proporção de aumento nos valores do auxílio-natalidade, pelo nascimento de cada criança, e para tanto apresentou apenas e tão somente sua convicção íntima e pessoal a respeito do tema. Defendeu a magistrada que se deve, em contrariedade à lei, dobrar o valor do auxílio no caso, em virtude de crianças gêmeas, declarando a inconstitucionalidade incidental daquele artigo.

A Magistrada se travestiu de legisladora e, sem observar os impactos econômicos dessa malversação da jurisdição por princípios em nenhum momento de sua decisão, simplesmente desconsiderou uma legislação vigente para dobrar o valor do auxílio. Quem está em melhor posição para decidir sobre como deve ser calculado o auxílio? Os magistrados ou os legisladores?

Desse modo, a Justiça Federal de 1º Grau, apoiada nos princípios utilizados pelo Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, quando da decisão do RE 778889 (caso já explicado acima, que tratou sobre a equiparação da adotante quando à licença-maternidade, caso que nada tem a ver com o presente), quais sejam, da proteção integral, prioridade e interesse do menor e, claro, da dignidade da pessoa humana, bem como analogia aos casos da concessão

¹ *Link* inserido pela Magistrada e acesso em: <http://demaeparamae.pt/artigos/como-cuidar-bebes-gemeos>

de licença-maternidade a genitor após a morte da mãe da criança, bem como ao adotante que adota sozinho, concedeu a licença-paternidade com o mesmo período da licença-maternidade ao pai de gêmeos e condenou a União a pagar em dobro o valor do auxílio-natalidade.

Após recurso da União, o ato judicial de primeiro grau foi ratificado pela 3ª Turma Recursal de Santa Catarina, nos autos do Recurso Cível nº 5009679-59.2016.4.04.7200/SC, por decisão do Juiz Federal João Batista Lazzari, tendo como justificativa o princípio da equidade, sob o argumento de que nascimento de múltiplos “não teria sido levado em conta pela legislação vigente”, bem como “considerando que o desenvolvimento dos bebês é simultâneo, assim como os cuidados que demandam, e que não podem ser atendidos por uma única pessoa, no caso a mãe, sem prejuízo da proteção integral dos recém-nascidos, urge reconhecer-se a necessidade da presença do pai na rotina das tarefas básicas”.

Considerou, ainda, que a decisão de primeiro grau está “em harmonia com os preceitos constitucionais de proteção da criança, da família e da igualdade entre os filhos, tutelando o direito de cuidado para com as crianças e o desenvolvimento da relação de convivência e de afeto entre pais e filhos”.

Decisões com essa envergadura não têm sido raras na justiça brasileira. Ouvir que um juiz concedeu uma licença esticada para um pai de filhos gêmeos, tendo em vista “o direito de cuidado para com as crianças” é de forma incontestável audível demais para uma população já tão suprimida de seus direitos.

Como no caso em análise, tais decisões servirão para retirar a aplicação da norma vigente, a pretexto de princípios, sem utilizar os critérios adequados para a utilização destes, causando um sério dano à segurança jurídica e econômica, ante a discricionariedade, o que pode configurar um fetiche pelos princípios, gerando decisionismo e arbitrariedade judicial em contraponto às regras.

Decisões que utilizam princípios em confronto com regras sem critérios teóricos mais firmes para tanto, configuram-se como um claro exemplo de atividade arbitrária do juiz, o que abre a possibilidade para que, em outros casos, se peça o mesmo, como observa Streck (2017) em seu artigo, quando faz o seguinte questionamento: “Todos brasileiros pais de gêmeos ganharão 180 dias de licença?”. Vai mais além ao se questionar sobre o que aconteceria com um pai de trigêmeos nesse caso.

Os critérios teóricos defendidos por Ronald Dworkin e Robert Alexy em suas teorias não positivistas serão objeto de discussão neste artigo com o objetivo de verificar se foram minimamente seguidos pelo inteiro teor da decisão em análise.

3 RONALD DWORKIN E A INSERÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO

O norte-americano Ronald Dworkin, ao contrapor o positivismo de seu professor, Herbert Hart, elaborou proposta cujo formato definitivo consta no capítulo II de sua obra *Levando os Direitos a Sério* (1977), chamado “O modelo de regras I”, cujo objetivo principal é rebater o que considera como as três ideias básicas do positivismo jurídico *hartiano*, que André Coelho (2015) dissecou nesse sentido: “1) o direito consiste exclusivamente num conjunto de regras; 2) essas regras podem ser conhecidas mediante um teste de *pedigree* chamado regra de reconhecimento e; 3) quando estas regras não apresentam uma solução determinada para um caso, o juiz pode escolher livremente entre várias decisões possíveis”.

O foco dessa tese é afirmar que o direito não é somente um conjunto de regras, como sugere Hart (2009), na visão de Dworkin, e que, se fosse assim considerado, reforçaria um poder discricionário do Judiciário, tendo em vista que quando as regras não pudessem elencar uma solução para determinado caso, o juiz estaria livre para decidir entre diversas opções possíveis.

Para justificar tal pensamento, Dworkin (2002, p. 42) traz à tona dois casos concretos, nos quais as regras jurídicas não eram suficientes para dar a solução dos casos, onde se havia um grave conflito entre interesses. Um desses era o chamado caso *Henningsen*, em que um neto que matou o avô na expectativa de receber a herança, e que, embora não houvesse regra escrita proibindo o assassino de receber herança, o Tribunal houve por bem proibir o neto assassino a receber a herança, com base não em uma regra positivada, mas em um princípio não escrito de que ninguém poderia se aproveitar de seu próprio crime.

Dworkin aponta, então, que, além de regras, os princípios integram o ordenamento jurídico, sendo sua principal característica valerem não porque passaram por algum teste formal fixado por uma regra de reconhecimento, mas por seu conteúdo e relevância moral. Esses princípios impediriam justamente a discricionariedade em face das regras, pois vinculariam em aspectos não alcançados por estas.

Ao diferenciar regras jurídicas e princípios jurídicos quanto à natureza da orientação que oferecem, Dworkin (2002, p.36) afirma que as regras são aplicadas no tudo ou nada, quer dizer, as regras jurídicas mencionam o fato e o resultado do que deve acontecer. Caso o fato dado esteja em consonância com o que aduz a regra, o resultado será o que daí se segue - caso contrário, a regra não será aplicada.

Com relação aos princípios, os quais define Dworkin (2002, p. 37) como: “um padrão que deve ser observado porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra

dimensão da moralidade”, a regra do tudo ou nada não deve ser aplicada, porquanto os princípios jurídicos não têm por finalidade estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. São diretrizes ou argumentos que levam a uma determinada direção, mas que por si só, não podem dar essa direção, ainda necessitam de uma decisão em particular.

Ao considerar, portanto, princípio como fazendo parte do ordenamento jurídico e como padrões distintos das regras, Dworkin (2002, p. 39) identifica que estes deverão ser utilizados em casos difíceis (*hard cases*), como os que ele apontou (como exemplo, o caso do herdeiro que mata o avô para receber herança), onde terão papel fundamental na argumentação que sustentará as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicas entre particulares, configurando uma regra em particular, depois de decidido o caso.

Os princípios terão, portanto, papel fundamental na decisão judicial, ato tomado como paradigmático por Dworkin, em casos considerados difíceis. Casos em que há uma questão moral relevante, seja pela ausência de regras, seja pela elevada injustiça que sua aplicação acarreta.

Dworkin (2002, p. 50) defende que a constatação de princípios na esfera jurídica pode afastar a discricionariedade e evitar injustiças, o que Hart não teria conseguido evitar em sua teoria positiva. Contudo, reconhece que a discricionariedade preocupante é aquela onde não existem critérios para a decisão, e o intérprete poderá aplicar qualquer critério para decidir o caso.

Não se vai entrar nos detalhes do debate com a teoria hartiana, sabidamente simplificada por Dworkin para poder facilitar suas críticas ao positivismo. Vão ser tomadas as colocações do autor porque relevantes na quadra atual da Teoria do Direito e da decisão judicial, além disso, seu pensamento é muitas vezes indicado, ainda que equivocadamente, como referencial teórico para o que se popularizou no Brasil como Pós-Positivismo.

Ao observar a decisão proferida pelo Judiciário em Santa Catarina, contudo busque argumentos principiológicos, não se identifica o critério que a magistrada utilizou para aplicar os princípios ao caso concreto em detrimento da legislação vigente, tanto é que resolveu aplicar os mesmos princípios utilizados no RE 778889, caso sensivelmente diverso. Ademais, sequer é possível identificar uma grave questão moral ocasionada pela aplicação da regra legislada e que tenha causado uma injustiça agravada, de modo a configurar um *hard case*, na concepção de Dworkin.

A regra atualmente vigente, portanto, não é dúbia, não é incompleta nem gera uma questão moral maior ou causa alguma injustiça. Não causa, portanto, o *hard case* na versão de

Dworkin para autorizar uma atuação do Judiciário que permita sua desconsideração em favor de uma decisão substitutiva à legislativa.

Para Dworkin (2002, p. 133), mesmo nos casos difíceis, ou seja, quando a legislação for vaga com relação a um caso novo e de difícil interpretação ou haja uma grave questão moral que as regras não solucionam adequadamente, os juízes não podem se apoiar em decisões por escolha política, mas sim, por princípios, tendo em vista que a decisão judicial, por uma visão democrática, deve estar subordinada à legislação.

Percebe-se pela prescrição legal, que as licenças a serem concedidas aos pais e mães possuem uma diferença substancial, sendo que as mulheres em casos de gestação, adoção ou guarda, terão um prazo maior que o dos homens, isso por que o legislador, certamente, considerou alguns aspectos da igualdade material entre homens e mulheres, tais como a amamentação e o período puerperal. Portanto, não se vê aqui, nenhuma vagueza com relação à norma existente, tampouco imoralidade ao ser concedido prazo superior às mulheres.

Tal aspecto é corroborado pela própria Constituição Federal que, ao considerar a igualdade como direito fundamental, em seu art. 5º, inciso I, confere igualdade de direitos e obrigações a homens e mulheres, contudo, deixando claro que tal igualdade se dará nos termos da própria constituição.

O constituinte originário, portanto, determinou que tal igualdade deverá ser exercida nos termos dispostos pela própria Carta Magna, esta que fixou prazo mínimo para licença-maternidade (120 dias) e reservou ao legislador infraconstitucional a competência para dispor sobre a licença-paternidade, o que demonstra que a diferenciação no tempo de licença entre mães e pais não é contrária à igualdade prevista como um direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

Superado o ponto da moralidade trazida por Dworkin, também não é possível verificar uma lacuna legal. O Juiz Federal ao julgar o recurso pela 3ª Turma Recursal de Santa Catarina se resume a afirmar que a lei ao não tratar do nascimento de múltiplos, deixou lacuna possível de ser preenchida simplesmente pelo princípio da equidade. Mas, cumpre aqui raciocinar, com todo respeito à decisão ora proferida que, se o juiz considera como possível ampliar em 160 (cento e sessenta) dias a licença já prevista em lei para o pai, pelo simples fato de que este será pai de gêmeos, caso mãe de gêmeos peça a duplicação de sua licença, já prevista em lei, por ser mãe de múltiplos, justiça se fará se o juiz conceder?

No caso em apreço, o ordenamento jurídico não tem lacunas. Ao pai, 20 (vinte) dias e à mãe 180 (cento e oitenta) dias, não será o magistrado que poderá, em casos onde a moralidade não resta atingida, tampouco a norma apresente antinomia, fixar prazos distintos.

Dworkin não propôs o fim das regras ou o descumprimento delas sempre que um magistrado, a partir de uma visão eminentemente individual, discorde dela ou, sinceramente, entenda que poderia ser melhor. Apenas defendeu que uma teoria do Direito não poderia ser utilizada se não reconhecesse a existência de princípios jurídicos de conteúdo morais que servem para elucidar os casos difíceis no sentido próprio exposto.

No caso em análise, a Magistrada se limitou a utilizar os mesmos princípios elencados pelo Relator do RE 778889, quando do julgamento de caso concreto sensivelmente diverso do caso de pai de gêmeos, para desconsiderar regras jurídicas postas, sem sequer contestar sua moralidade. Regras essas que passaram pela análise legislativa e que não apresentam lacunas, posto que a própria decisão explicita o seu teor. Desse modo, a decisão veio a corroborar com a discricionariedade, tão combatida por Dworkin.

4 A TEORIA DE ALEXY E A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Após a análise do não positivismo interpretativista de Dworkin, para confrontar os vagos argumentos e comprovar a ausência de critérios da decisão ao desconsiderar a legislação vigente, com a simples pretensão de assim fazê-lo por meio de princípios, passa-se a verificar a teoria argumentativista relacionada a princípios jurídicos de Robert Alexy, alemão e filósofo que por meio de sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais de 1985 formulou uma tese pela qual, promoveu a ideia de que direitos fundamentais tem estrutura de princípios e que por isso, seriam mandamentos de otimização, devendo ser efetivados ao máximo, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas que surjam concretamente, segundo Marmelstein (2008).

Podemos observar como ponto de confluência entre o Modelo de Regras I de Dworkin e a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, o fato de ambos se preocuparem em realizar um estudo sobre a diferenciação entre regras e princípios jurídicos como normas, conforme se compreende, na obra do alemão, pelo trecho a seguir:

Aqui, normas e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, por que ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXY, 2008, p.87).

Como dito acima, conceitua princípios como mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos “em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Para

Alexy (2008, p. 90), o âmbito dessas possibilidades jurídicas é o conflito entre regras e princípios.

Dworkin em sua teoria, como visto, defende as regras jurídicas na dimensão do tudo ou nada, já com relação aos princípios na dimensão da moralidade, eles serviriam para nortear uma direção a ser seguida. Por sua vez, Alexy (2008, p. 94) versa sobre a dimensão de peso dos princípios, sendo que: “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que as colisões entre princípios – visto que só os princípios válidos podem colidir –, ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.

A partir dessa dimensão de peso, em sua visão, os princípios possuem tão somente um caráter *prima facie* e as regras um mandamento definitivo. Ou seja, como determina um ordenamento e exigem o cumprimento disto, tem uma “determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar, mas isso não ocorrer, então vale definitivamente aquilo que a regra prescreve” (ALEXY, 2008, p. 104).

Portanto, Alexy até admite que as regras possam perder seu caráter definitivo em sentido estrito, porém, isso não ocorre como no caso dos princípios, onde basta que um tenha maior peso que o outro para que se sobreponha. Virgílio Afonso da Silva (2003) ratifica a diferença nesse sentido “Diante disso, a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras, ao contrário dos princípios, expressam direitos e deveres definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos”.

No caso das regras, Alexy explica:

Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. (ALEXY, 2008, p. 94).

No caso da licença-paternidade definida pelo legislador brasileiro, pela conceituação da extensão das regras de Alexy se pode perceber que, não é uma regra que falha na extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas, tendo em vista a previsão do direito.

Com relação às possibilidades fáticas, a regra é clara ao definir a licença-maternidade e paternidade e o tempo de cada qual. Desse modo, não poderia ser afetada por uma estrutura de princípios, de acordo com a concepção de Alexy.

Ao proferir as decisões, em primeiro e segundo grau, os julgadores relativizaram, com a pretensão de estarem pautados na ideia de princípios, a legislação vigente, sem que tenham

sido objetos de argumentação os princípios adotados pela autoridade legitimada, ou seja, os legisladores, sendo que o próprio constituinte originário reservou a competência para dispor sobre a licença-paternidade e licença-maternidade aos legisladores brasileiros.

A teoria de Alexy adota, quando do conflito em casos concretos entre princípios constitucionais, a ideia da metáfora da colisão dos princípios por intermédio do sopesamento ou ponderação, com uma espécie de fórmula na qual se irá indicar uma regra em concreto, partindo-se de uma “relação de precedências condicionadas” que deverá ser observada à medida que os mesmos aspectos forem novamente confrontados em casos concretos posteriores. Ao o refutar as rejeições feitas com relação à ideia de sopesamento, de que acabaria por dar margem discricionária para as decisões, Alexy afirma que o modelo de sopesamento proposto não pode ser decisionista, ou seja, sem critérios, mas sim, deverá ser fundamentado com forte argumentação concreta.

Quando a Magistrada decide o caso com argumentos de que a criança necessita de proteção integral, nos termos da Constituição, talvez ela tenha esquecido de que a mãe terá os 180 (cento e oitenta) dias de licença e estará promovendo cuidados para com as crianças e o pai, após os 20 (vinte) dias, ainda estará no ambiente do lar, somente saindo para trabalhar. Não irá abandonar a criança, prejudicando a sua proteção integral. Diversamente do exemplo trazido na decisão, no qual a Justiça deferiu a licença-maternidade para um pai, cuja esposa, mãe do nascituro, falecera no parto. Não se conhecem as razões dessa decisão, mas, certamente, configura uma situação absolutamente peculiar, distinta em todos os termos da decisão do Juízo de Florianópolis.

Por ponderação, entende Pereira (2006, p. 261) como: “a operação hermenêutica pela qual são contrabalanceados bens ou interesses protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas”. As circunstâncias do caso é que vão definir qual dos interesses deverá prevalecer.

No caso em análise, mesmo que porventura o judiciário pudesse ter se utilizado das técnicas de sopesamento ou ponderação dos princípios, o que não é o caso, como já demonstrado acima, assim o teria feito da maneira decisionista do sopesamento, pois não conseguiu argumentar de forma convincente o porquê de retirar o sentido da norma dado pelo legislador, em um caso concreto, se ocupando da esfera do legislador, na qual se procede a ponderação legislativa.

Como visto acima, a Magistrada se limitou a argumentar com base em decisões que não representavam circunstâncias parecidas com o caso sob análise, também com base em *website* que falava em riscos na gravidez de múltiplos, sem abordar se houve tais gravidades

na gravidez em questão, bem como em legislações alienígenas que somente ratificaram a existência na diferenciação entre as licenças para mães e pais, contudo, apresentando realidades completamente distintas das observadas pelos brasileiros, sendo exemplos advindos de países como a Noruega e a Suécia.

Nesse sentido, a Magistrada, ao argumentar com decisões anteriores em casos com circunstâncias distintas, tentando a todo custo fazer seu argumento valer por aquela visão distorcida dos julgados, tenta se pôr no lugar do legislador. Sobre essa postura tão recorrente no judiciário brasileiro, bem asseveram Coura e Zanotti (2014): “Com isso, os Magistrados visualizam o Direito como uma imagem distorcida das discussões nos casos limítrofes, de modo a excluir o intérprete da norma e lhe outorgar o papel de investigador das decisões tomadas no passado”.

Sobre ponderação legislativa, “normalmente, a ponderação em abstrato é realizada pelo legislador, sendo seu resultado inserido em uma lei geral e abstrata que será várias vezes aplicadas aos futuros casos padrões” (LOPES FILHO, 2010). É o que se observa no caso da legislação atinente à licença-paternidade no Brasil, que realizou a ponderação em abstrato, considerando situações hipotéticas como padrão para analisar o que prevaleceria na aplicação dos direitos fundamentais usualmente analisados para o caso.

O legislador brasileiro possuía, portanto, ao editar as normas e promulga-las, a competência originária para assim fazer e, para tanto, observou os direitos fundamentais em liça, bem como as possibilidades financeiras a serem suportadas pela união com os pedidos de licença, com a finalidade de realizar a ponderação em abstrato.

Nesse caso, não restam dúvidas de que o legislador brasileiro, até por previsão constitucional, estão em melhor colocação para analisar o tema das licenças-paternidade do que Juízes que analisam casos concretos sem sequer medir coerência com a legislação e os julgados anteriores, formulando decisões sem critérios.

Aliás, o grande risco que se corre ao ter um Judiciário promovendo julgamentos sem critérios teóricos ou construindo colchas de retalhos teóricas, é a ausência de critério nas decisões judiciais. É bem provável que um servidor público municipal do sertão do Ceará, ao verificar a presente decisão, se sinta motivado a bater à porta do Judiciário a fim de ter sua licença conferida nos termos da licença-maternidade. Talvez seja até, nesse caso hipotético, mais necessário o cuidado dúplice com sua esposa, por causa dos múltiplos e das condições possivelmente precárias com as quais vive. E é bem provável que, nesse mar carente de critérios que é a Justiça brasileira, que a decisão para o presente caso não seja favorável,

talvez até fundamentada de forma melhor do que a decisão ora em análise, posto o argumento na lei.

4.1 Alexy, o Não-Positivismo e a Moral

No ano de 2013, Alexy publica um artigo nomeado como *Derecho, Moral y la Existencia de los Derechos Humanos*, pelo qual busca rebater o relativismo de Kelsen, bem como defender a teoria não-positivista, pela comprovação da existência de “elementos morales objetivos, absolutos y necesarios”.

Ao longo do artigo, o filósofo alemão discute as teorias do positivismo e do não-positivismo sob uma perspectiva da relação entre o direito e a moral. Afirma que o debate acerca do positivismo é um resultado das relações jurídicas em 03 elementos. A legalidade conforme o ordenamento, a eficácia social e a correção do conteúdo que inclui a correção moral. Aduz que para as teorias positivistas, o conceito e a natureza do direito se limita à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social, ou seja, defendem “*la tesis de la separación o, al menos, de la separabilidad.*”. Ou seja, não admitem a conexão entre direito e moral ou, como no caso do positivismo inclusivo, aceita que podem se comunicar, mas apenas de forma contingencial ou convencional.

Aduz Alexy (2013) que se considerarmos a existência de elementos morais objetivos, absolutos e necessários, não podemos simplesmente retirá-los da noção de direito, o que iria de encontro à visão separatista do positivismo. De modo que, por este motivo, defende a sua teoria não positivista.

Ademais, apresenta (2013, p. 161) dois tipos de conexão entre direito e moral que correspondem diretamente aos efeitos que gerarão os defeitos morais, na prática. O efeito classificante, que ocasiona a perda da validade jurídica ou do caráter legal pelo defeito jurídico e o qualificante que é um defeito, mas não tem força para levar à perda da validade jurídica ou do caráter legal.

Desse modo, se um defeito moral encontrado em uma legislação posta, somente gerar o efeito qualificante, é de se reconhecer o seu defeito enquanto moral, mas ele, por si só, não terá força suficiente para gerar a perda da validade jurídica daquela lei.

É o que podemos depreender da legislação referente à licença-paternidade. Mesmo se, no caso de múltiplos, considerar-se que existe ali um defeito, posto que são duas filhas, da mesma gestação que necessitam de proteção, carinho, cuidados, este defeito, por si só, não pode ser levado a efeito para simplesmente ser deixada de lado a legislação vigente.

Nessa esteira, Alexy, em seu artigo, apresenta a forma do não-positivismo adequada conforme a relação entre direito e moral, qual seja, o não-positivismo inclusivo. Para esse conceito, o autor afirma que os defeitos morais nem sempre irão macular a validade jurídica. Nesse caso, irão gerar efeitos apenas qualificantes, como demonstrado acima.

Contudo, esses defeitos morais podem sim, em determinada hipótese, mitigar ou derrubar a validade jurídica daquela regra. Isso acontecerá tão somente se o “*el umbral de la injusticia extrema es transgredido*”. Somente se o limiar da injustiça extrema for ultrapassado ou transgredido. Portanto, a injustiça extrema não é direito. Mas todas as outras regras que não ultrapassarem este limiar da injustiça extrema, são válidas, embora defeituosas.

Como a decisão não conseguiu, por meio de argumentação criteriosa, comprovar que a legislação vigente transgrediu o limiar da injustiça extrema conforme esta teoria de Alexy, tão somente afirmando seu defeito quanto a não observância da licença para múltiplos – o que pode até ser rebatido, já que quando do auxílio-natalidade a legislação prevê o aumento proporcional por cada nascituro -, não poderia, portanto, ter maculado a validade jurídica da norma vigente.

A decisão se prende na argumentação de que os estudos tem se modificado a fim de avaliar a possibilidade de ampliação da licença para genitoras no caso de nascimento de múltiplos, a Magistrada defende que somente isso não basta, contudo, reconhecendo que tal medida somente estaria “minimizando eventual negligência propiciada pela possibilidade de atenção e cuidado simultâneos pela mesma pessoa”. Desse modo, em sua própria decisão admite que eventualmente, poderiam os gêmeos desamparados com a extensão da licença paternidade, sofrerem negligência.

Essa eventualidade reconhecida, bem como a igualdade material aqui já discutida, demonstra que não há que se falar, no caso concreto analisado pelo Juízo de Santa Catarina, de fato que tenha força para ultrapassar o limiar da injustiça extrema.

5 CONCLUSÃO

A decisão proferida pela Justiça Federal de Florianópolis e, posteriormente mantida pelas Turmas Recursais de Santa Catarina, serviu neste artigo como um modelo de para exemplificar a vasta quantidade de decisões judiciais sendo proferidas em todo o nosso país, sem critérios ou com uma desidiosa utilização deste, tudo isso sob um argumento de se estar fazendo justiça. Há um risco muito grande na tentativa de fazer justiça sem critérios.

Pela argumentação posta nas decisões, não se vislumbram características a serem justificadas nem pela teoria de Dworkin em o Modelo de Regras I, tampouco na teoria de

Alexy, seja numa estrutura criada pela sua Teoria dos Direitos Fundamentais, seja no artigo aqui examinado, onde numa fase mais atual de sua visão com relação aos princípios, os interligou à perspectiva moral, com base nos direitos humanos.

A discricionariedade, tão combatida por Dworkin para justificar a utilização de princípios no direito e tão criticada pelos teóricos contrários ao positivismo normativo, a pretexto do que muitos chamam de “pós-positivismo” acaba ressurgindo com muita força, nesses casos onde os princípios são colocados como numa máquina da sorte para definir a validade das leis vigentes.

Os julgadores brasileiros precisam de critérios² para analisar a inserção dos princípios no direito, sejam critérios positivistas pelo inclusivo ou exclusivo, sejam os critérios aqui debatidos pelos teóricos não-positivistas. Mas, ao analisarem os casos concretos, precisam seguir uma linha teórica de modo a conseguir se chegar numa conclusão criteriosa, onde não terá vez a face discricionária e decisionista.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. Derecho, Moral y La existência de los derechos humanos. Signos Filosóficos. Vol XV. n 30, julio-diciembre. 2013.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luiz Roberto. (org.). **A Nova Interpretação Constitucional** – Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. P. 1-48.

BRASIL. 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC. Julgamento do Procedimento do Juizado Especial nº 5009679-59.2016.4.04.7200. Sentença disponível em:<<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/04/Evento-29-SENT1.pdf>>. Acesso em 03/06/2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07/06/2017.

² Sobre o tema, ler o artigo de Lênio Streck disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/senso-incomum-naufragio-juridico-quem-tubaroos-comerao-primeiro-criterios>

BRASIL. Decreto nº 6.690/2008. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e Adotante. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm>. Acesso em: 05/06/2017.

BRASIL. Decreto nº 8.373/2016. Institui o Programa de Prorrogação à Licença-Paternidade. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/decreto/D8737.htm>. Acesso em 05/06/2017.

BRASIL. Lei 11.770/1008. Cria o Programa Empresa Cidadã. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/11770.htm>. Acesso em 04/06/2017.

BRASIL. Lei 8.112/1990. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis Federais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 04/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus no 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. **Lex:** jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889. Julgamento em 10/03/2016. Inteiro Teor Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>>. Acesso em 03/06/2017.

BRASIL. Turmas Recursais de Santa Catarina. Recurso Cível nº 5009679-59.2.06.4.04.7200, 27 de abril de 2017. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170502-04.pdf>>. Acesso em 03/06/2017.

COELHO, André. Dworkin e o Modelo de Regras I. Disponível em: < <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2015/11/dworkin-e-o-modelo-de-regras-i.html>>. Acesso em 02/06/2017.

COURA, Alexandre de Castro e ZANOTI, Bruno Taufner. (Pós)-positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. In: Revista Nomos, v.34, n.2, jul a dez de 2014. Disponível em: < <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1215>>. Acesso em 02/06/2017.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria del Derecho em tempos del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madri: Editorial Trotta, 2009, p. 159-286.

HART, H.L.A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O Limite à Atuação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais com Reserva Legal. In: Encontro Nacional do CONPEDI, XIX, 2010. Disponível em: <www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/tzfal2an/D8heYeEvU422luA4.pdf>. Acesso em 12/06/2017.

MARMELSTEIN, George. Alexy à brasileira ou a teoria da katchanga. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>>. Acesso em 17/05/2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, Interpretação Constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. 1 ed, Rio de Janeiro/RJ: Editora Renovar, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista latino-americana de estudos constitucionais. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 01/2003 a 06/2003.

STRECK, Lênio Luiz. Todos Brasileiros Pais de Gêmeos Ganharão 180 dias de licença? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-04/senso-incomum-todos-brasileiros-pais-gemeos-ganharao-180-dias-licenca>>. Acesso em 12/06/2017.