

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-072-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

- a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;
- b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;
- c) política como fator complicador do direito;
- d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;
- e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;
- f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;
- g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e, portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência à contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UM DEBATE SOBRE A SOLUÇÃO DOS CASOS DIFÍCEIS NO BRASIL

JUDICIAL DISCRETION IN THE BRAZILIAN JURIDICAL SYSTEM: A DEBATE ABOUT THE SOLUTION OF HARD CASES IN BRAZIL

Laís Marcelle Nicolau Abrantes

Resumo

O presente artigo trata do debate acerca da discricionariedade judicial, buscando analisar, em essência, como essa discricionariedade está relacionada à solução dos casos não regulamentados pelo ordenamento jurídico, isto é, os denominados casos difíceis, e examinar como o sistema jurídico brasileiro procura solucioná-los. Para tanto, o artigo faz, inicialmente, uma análise do sistema jurídico do Brasil, enfatizando a atuação do Poder Judiciário a partir da abordagem da tripartição dos Poderes adotada no país. Em seguida, realiza um estudo sobre as contribuições dos principais teóricos que se posicionaram acerca da discricionariedade judicial e da solução dos casos difíceis no âmbito da teoria geral do direito. Por fim, examina, à luz das referidas contribuições, como o ordenamento jurídico brasileiro regulamenta a solução dos casos difíceis e como a discricionariedade judicial funciona no contexto da atuação do Poder Judiciário do país, ensejando, em ato contínuo, um debate acerca das principais implicações dessa atuação para a manutenção do Estado Democrático Brasileiro.

Palavras-chave: Discricionariedade judicial; casos difíceis; sistema jurídico brasileiro.

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the debate about judicial discretion, searching to analyse, in essence, how this discretion is related to the solution of non-regulated cases by the legal ordering, known as hard cases, and examine how the Brazilian juridical system seeks to solve them. Therefore, the article initially does an analysis of Brazil's juridical system, emphasizing the performance of the Judiciary beginning at the approach of the Tripartition of Powers adopted in the country. Afterwards, it makes a study about the contributions of the main theorists who stood about the judicial discretion and the solution of hard cases in the context of general theory of law. Finally, it examines, in the light of these contributions, how the Brazilian juridical system regulates the solution of hard cases and how the judicial discretion works in the context of Judiciary Power's performance in the country, leading, in a continuous act, a debate about the major implications by this performance for the maintenance of Brazilian Democratic State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial discretion; hard cases; brazilian juridical system.

Introdução

O sistema jurídico brasileiro se estrutura nos fundamentos democráticos que foram reincorporados ao Brasil, na década de 80, com o fim da ditadura militar. De fato, após esse período, o ordenamento jurídico do país passou a consagrar o exercício democrático do poder, atrelando a essa consagração a assimilação da necessidade de proteção da dignidade do ser humano.

A essência democrática que caracteriza o país mostra-se expressa através da normatização de diversas premissas indispensáveis ao primado democrático do poder, dentre as quais se destaca a adoção da repartição das funções do Estado em três Poderes específicos: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Essa tripartição dos Poderes assume, no país, a difícil tarefa de estabelecer o equilíbrio do exercício do poder, porquanto se baseia em um sistema que estabelece freios e contrapesos entre eles.

Nesse sentido, levando em conta a importância da tripartição dos Poderes para a manutenção da democracia no Estado brasileiro, o presente artigo volta-se ao estudo da atuação do Poder Judiciário no Brasil, tendo por ênfase a análise do exercício da discricionariedade judicial na resolução dos casos não regulamentados pelo ordenamento, isto é, os denominados “casos difíceis”, procurando demonstrar como essa temática, tão debatida no âmbito da teoria geral do direito, está intimamente relacionada com equilíbrio do sistema de freios e contrapesos na democracia do país.

Em termos metodológicos, para realizar a abordagem apropriada do assunto elegido e, assim, alcançar o objetivo a que se propõe, o presente ensaio encontra-se fundamentado, em essência, no uso do método de abordagem do tipo dedutivo e na utilização da técnica da documentação indireta.

1 O sistema jurídico brasileiro e a tripartição dos Poderes

O Brasil é considerado um Estado Democrático de Direito, por essa razão, estrutura-se em um sistema jurídico que pressupõe a submissão de todos ao que é estabelecido democraticamente pelo direito posto na sociedade. Nessa perspectiva, entende-se que cabe a esse direito não apenas estabelecer limitações ao exercício do poder, como também assegurar direitos fundamentais e viabilizar uma maior participação dos cidadãos na própria construção do regime.

Esse panorama jurídico democrático, que caracteriza o Estado brasileiro, é, no entanto, bastante recente. Durante boa parte do século XX, o país foi marcado por um período de ditadura militar, e somente no final da década de 80 que começou a viver um processo de redemocratização, consagrando-se, com o advento da Constituição Federal de 1988, como um Estado guiado por um direito democraticamente estabelecido.

O surgimento dessa nova perspectiva jurídica representou o resultado de inúmeras lutas sociais no país em prol da instituição da democracia e da promoção dos direitos humanos. Essas lutas, por sua vez, foram influenciadas pela nova ordem jurídica internacional, que, após as atrocidades das grandes guerras mundiais do século XX, passou a se preocupar com as consequências advindas de governos ditatoriais e a tentar estabelecer um diálogo internacional de paz, firmado na proteção à dignidade humana e na garantia dos direitos humanos.

Assim, diversos documentos jurídicos internacionais foram elaborados com o intuito de assegurar a todas as pessoas o gozo de uma vida digna e a construção de uma cultura protetora dos direitos humanos, objetivos estes que se tornaram, conforme bem retrata José Joaquim Gomes Canotilho (1997, p.42), na “indispensável base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito”.

Nessa diretriz, o Brasil promulgou, em 1988, uma nova Constituição Federal, adotando inúmeras transformações, que resultaram na reaproximação do Direito de temas morais e éticos, na expansão da jurisdição constitucional, no desenvolvimento de uma nova hermenêutica jurídica e na centralização do sistema jurídico em torno da teoria dos direitos fundamentais.

A nova constituição passou a conjugar em seu texto o consenso democrático construído à luz dos acontecimentos e avanços internacionais, e a consciência, diante dos abusos cometidos no país pelo regime ditatorial, da necessidade de proteção dos direitos humanos. Por essa razão, Flávia Piovesan (2010, p.53) preconiza que a nova Carta constitucional “simboliza o marco jurídico da transição e da institucionalização dos direitos humanos no país”.

A Constituição Federal de 1988 é, sem dúvida, inovadora, pois busca garantir a todos o exercício pleno da cidadania, consagrando não apenas mecanismos democráticos de instituição e exercício do poder como também a proteção dos direitos e garantias

fundamentais¹, assegurando em seu corpo tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais.

Essa Carta constitucional estabeleceu, de fato, um novo sistema jurídico no país, porquanto, ao se estruturar na manutenção da democracia a partir do respeito à dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, impõe uma supremacia que vai além da mera formalidade e adentra no próprio conteúdo que é consagrado. Com efeito, o conteúdo protegido na Carta exige respeito, pois transparece a essência democrática do Estado brasileiro e o seu firme compromisso em relação ao respeito à dignidade humana.

Costuma-se afirmar que, em relação à extensão do conteúdo abordado, a Constituição brasileira revela-se prolixa, pois trata, com minúcias, assuntos que poderiam ser adequadamente regulamentados por normas infraconstitucionais. De qualquer forma, como toda constituição estatal, a Carta aborda todos os assuntos essenciais à estruturação, à organização e ao exercício do poder no Estado brasileiro.

Entre tais assuntos, destaca-se a temática relativa à repartição e à organização dos poderes, que, assim como a proteção dos direitos fundamentais, constitui um dos fundamentos do sistema jurídico do país. Cabe ressaltar, entretanto, que, quando aborda a questão da repartição dos “poderes”, a Constituição não está se referindo à repartição do poder em si, que reconhecidamente pertence ao povo, mas às funções a serem desempenhadas pelo Estado para a concretização de sua vontade.

Nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro adotou a teoria da tripartição dos poderes, cujas bases teóricas foram lançadas por Montesquieu, à luz das contribuições realizadas por outros pensadores, a exemplo de Aristóteles, no contexto do absolutismo estatal do século XVIII.

Segundo Montesquieu, existem três funções estatais típicas que devem ser desempenhadas, de forma independente e harmônica, por três órgãos estatais distintos entre si, isto porque, na opinião dele, “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, 1987, p.165).

Guiado por tais diretrizes, o sistema jurídico do Brasil encontra-se fundamentado em uma divisão tripartite do Poder, que, na verdade, estabelece três funções estatais específicas a

¹ Convém ressaltar que, a exemplo de Ingo Sarlet (2001, p.10), adotamos a distinção realizada entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Os primeiros são entendidos como direitos reconhecidos na esfera jurídica positiva internacional, e os segundos como direitos reconhecidos somente pela ordem constitucional positiva, sendo delimitados espacial e temporalmente.

serem desempenhadas por órgãos estatais distintos. De fato, segundo o título IV da Constituição Federal, a organização do exercício das funções estatais estrutura-se na existência de três Poderes, quais sejam: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

O Poder Executivo envolve a função estatal voltada à prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e aos atos administrativos em geral. Por outro lado, o Poder Legislativo, conforme o próprio nome transparece, está relacionado, de maneira geral, à função estatal de elaborar leis. Por fim, o Poder Judiciário direciona-se à realização da função estatal de julgar os eventuais conflitos de interesses levados à sua apreciação.

Esse é o panorama geral das funções estatais a serem desempenhas pelo Estado brasileiro, conforme preconizam os ditames constitucionais do país. Entretanto, é importante ressaltar que a teoria da tripartição dos Poderes foi adotada no Brasil de forma abrandada, de modo que cada Poder não apenas exerce sua função típica, mas também desempenha, em situações legais específicas, funções atípicas, próprias dos outros Poderes.

De qualquer forma, essa repartição dos Poderes estatais, ainda que adotada de forma abrandada, reflete a assimilação das diretrizes traçadas por Montesquieu no tocante à necessidade de estabelecer limites ao exercício do poder estatal. De fato, a Constituição Federal, ao preconizar, em seu art. 2º, que esses Poderes são harmônicos e independentes entre si, estabelece a limitação do exercício do poder a partir de um sistema de freios e contrapesos entre eles.

Ao identificar funções estatais distintas e prever que elas devem ser desempenhadas, de maneira harmônica, por órgãos independentes e distintos, a Carta Constitucional estabelece um mecanismo capaz de manter o equilíbrio do exercício do poder, proporcionando o seu mútuo controle entre os órgãos e evitando, assim, abusos no seu manuseio. Esse mecanismo de repartição dos Poderes, conhecido como sistema de freios e contrapesos, é considerado tão importante no sistema jurídico do Brasil que a própria Constituição Federal conferiu a ele, em seu art. 60, o título de cláusula pétrea, não podendo jamais ser abolido do texto constitucional.

Entretanto, ocorre que, diante da cada vez maior complexidade das relações sociais no Brasil, e em face dos seus consequentes desdobramentos no âmbito jurídico do país, algumas situações tem gerado questionamentos acerca dos limites estabelecidos por esse sistema.

Conforme retratado, a repartição dos Poderes no sistema jurídico do Brasil estabelece funções típicas e atípicas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, a grande

problemática que se levanta nos dias atuais é justamente como tais Poderes devem proceder quando um deles não cumpre sua função.

Em tese, o sistema de freios e contrapesos impõe um controle mútuo do desempenho das funções estatais e do consequente exercício do poder. Todavia, na prática, algumas situações que evidenciam a omissão dos órgãos estatais tem demandado uma atuação mais ativa dos Poderes na realização desse controle.

Nesse sentido, muitas indagações tem surgidos acerca dos limites dessa atuação. E, em face do que ora é estudado no presente ensaio, urge ressaltar que a maior parte de tais indagações concentra-se na figura do Poder Judiciário brasileiro. Isto porque cabe a ele solucionar os conflitos de interesse surgidos no contexto social, aplicando a cada caso concreto as determinações legais previstas no ordenamento.

A grande questão, no entanto, é que boa parte dos conflitos envolvem, direta ou indiretamente, a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Além disso, a situação torna-se ainda mais problemática visto que muitos desses conflitos versam sobre violações de direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Assim, o Poder Judiciário se vê, muitas vezes, diante de casos concretos marcados pela omissão dos outros Poderes e pelo desrespeito dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados no Brasil, tendo que solucioná-los sem desequilibrar o sistema de repartição dos Poderes.

Delinear os limites constitucionais em tais situações constitui, cada vez mais, um verdadeiro desafio à manutenção do sistema de freios e contrapesos no ordenamento brasileiro. De qualquer forma, parece ser inequívoco que a própria percepção acerca da existência desse desafio revela haver, no Brasil, um sistema jurídico que se afirma comprometido com a manutenção do regime democrático e com o respeito às normas que o compõem.

2 A discricionariedade judicial e os denominados “casos difíceis”

A discricionariedade judicial sempre constituiu um dos temas densamente trabalhados pelos mais conhecidos teóricos do direito. Com efeito, diante da superação do absolutismo estatal da Idade Moderna, e da consequente adoção de um sistema jurídico baseado na repartição das funções do Estado, na soberania popular e no primado da lei, tornou-se inevitável o surgimento de questionamentos e reflexões teóricas acerca do papel que de fato cabe ao Poder Judiciário na aplicação do direito.

Sendo assim, na perspectiva da importância de se trabalhar a temática da discricionariedade judicial, e diante do que se busca no presente ensaio, mostra-se fundamental a análise das relevantes contribuições produzidas, dentro do contexto do positivismo jurídico², por Hans Kelsen e Herbert H. A. Hart acerca do assunto, bem como o exame das formulações teóricas elaboradas por Ronald Dworkin em contraposição à própria vertente positivista do Direito.

Segundo Kelsen (2009, p.264), a decisão judicial não possui um mero caráter declaratório, mas sim um viés essencialmente constitutivo, uma vez que se revela como verdadeira continuação do processo criador da norma jurídica. No entanto, para ele, no momento de aplicar o direito ao caso concreto, ainda que de maneira constitutiva, o juiz deve respeitar uma moldura estabelecida pela interpretação do próprio direito vigente, dentro da qual se inserem as várias possibilidades de sua aplicação (KELSEN, 2009, p.390).

Desse modo, para Kelsen (2009, p. 391), existe sim uma discricionariedade judicial, pois o juiz não atua de maneira puramente mecânica, possuindo certa liberdade de opção no momento da decisão judicial e da consequente aplicação da norma individual. Todavia, essa liberdade esbarra nos limites de uma moldura construída pelo processo interpretativo da norma geral trabalhada.

Ao tratar da posição judicial na tomada de decisão, Hart (2012, p.136) também entende que a atuação do juiz não é meramente declaratória do Direito, no entanto, aborda a temática sustentando a observância de uma norma secundária de reconhecimento, através da qual o juiz deve filtrar o que é válido ou não no ordenamento jurídico e assim decidir o caso concreto.

A questão da discricionariedade judicial é trabalhada na teoria de Hart sob um enfoque que vai além da temática da margem de liberdade do juiz ao interpretar o Direito e aplica-lo em casos previamente regulamentados pelo ordenamento, margem esta que parece ser inequívoca. De fato, Hart (2012, p.351) aborda o assunto da discricionariedade judicial ao admitir, a partir da afirmação de que o Direito é parcialmente indeterminado ou incompleto, “que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido”.

² Não obstante existam divergências, tanto conceituais como estruturais, no contexto do positivismo jurídico, convém ressaltar que o surgimento dessa vertente jurídica, cuja própria denominação deriva da locução “direito positivo”, encontra-se relacionado à ideia de superação do então arguido direito natural, no século XIX (BOBBIO, 2006, p.15), e vincula-se, de maneira geral, à contemplação do Direito como fenômeno distinto da moral.

Então, segundo Hart, o ordenamento jurídico revela-se incapaz de regulamentar todas as situações de conflitos de interesses que possam ser levadas ao Poder Judiciário a fim de serem dirimidas. Desse modo, para ele, existem os inevitáveis “casos difíceis” (*hard cases*), isto é, casos que não são regulamentados pelo direito vigente e que, portanto, evidenciam a existência de lacunas no ordenamento.

Apesar de possuir, dentro do contexto do positivismo jurídico, diversos posicionamentos semelhantes aos de Hart, a teoria do direito de Kelsen não admite a existência de lacunas no sistema jurídico. Para Kelsen (2009, p. 273-275), quando não há no ordenamento jurídico uma norma que regule positivamente o caso concreto, significa que o próprio ordenamento qualifica a conduta de forma negativa, ou seja, por meio de uma norma geral que passa a mensagem de que tudo que não é proibido é permitido.

Nesse sentido, para ele a admissão da existência de lacunas constitui uma mera ficção jurídica, utilizada, por quem advoga essa teoria apenas quando a ausência de uma norma jurídica específica é considerada indesejável sob o ponto de vista da política jurídica, de modo que a aplicação do direito vigente passa ser vista como não equitativa. Portanto, Kelsen não acolhe a teoria das lacunas, pelo contrário, sustenta, de maneira resoluta, que o direito vigente é sempre aplicável aos casos concretos e que a ordem jurídica é sempre completa (KELSEN, 2009, p. 275 e 276).

A divergência entre Kelsen e Hart não produz, no âmbito da teoria geral do Direito, tantas repercussões, mesmo porque ambos adotaram algumas distinções na forma de abordagem do assunto. Por outro lado, um dos grandes debates acerca da temática da existência dos casos não regulamentados pelo ordenamento jurídico, isto é, os casos difíceis, e, por conseguinte, da discricionariedade judicial, foi o travado entre Hart e Ronald Dworkin. O conflito de posições entre eles é, inclusive, admitido expressamente por Hart (2012, p.351) em sua obra “O conceito de direito”, conforme atesta a seguinte passagem:

O conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana da minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto.

Para Hart (2012, p.351), nos casos difíceis, o juiz tem o poder de exercer a discricionariedade e, desse modo, criar o direito referente ao caso em análise. Esse poder, no entanto, não se identifica com o poder destinado aos legisladores, e deve ser exercido a partir da observância de certos limites substanciais, de maneira que a decisão tomada deve estar

sempre justificada para que não se torne, de forma alguma, arbitrária. A respeito desse poder, Hart (2012, p. 352) preconiza que:

É importante observar que o poder de criar o direito que atribuo aos juízes, para habilitá-los a regulamentar os casos que o direito deixa parcialmente não regulamentados, é diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais.

A discricionariedade judicial é debatida, nesse ponto, sob o significado de existir uma margem de liberdade para o juiz criar o Direito a ser aplicado em casos não regulamentados expressamente pela ordem jurídica vigente, fundamentando a decisão judicial em suas próprias convicções e valores.

Dworkin discorda totalmente desse poder discricionário atribuído por Hart aos juízes na solução dos casos difíceis. Nessa perspectiva, ele critica a teoria de Hart afirmando que “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p.127).

A teoria construída por Dworkin baseia-se na ideia de que o direito jamais pode ser considerado incompleto ou indeterminado, e sustenta que o juiz, diante de casos não regulamentados expressamente pelas regras do ordenamento jurídico, deve gerar decisões judiciais estruturadas em princípios extraídos de uma interpretação construtiva do direito vigente no país (DWORKIN, 2002, p.132).

Logo, para Dworkin não existem lacunas no direito, pois, segundo argumenta, o ordenamento jurídico é composto normativamente por regras e por princípios, de modo que, não estando o caso concreto regulamentado por nenhuma regra ou princípio explícito do sistema jurídico, deve ele ser solucionado pela aplicação dos princípios implícitos que o compõem. Por essa razão, não há, na visão dele, uma discricionariedade conferida ao juiz para criar o direito, nos casos difíceis, a partir de suas próprias convicções e valores, conforme apregoa a teoria do direito elaborada por Hart.

Nesse sentido, apesar das críticas de Dworkin à teoria de Hart, este não mudou o seu posicionamento acerca da necessidade do exercício da discricionariedade judicial na solução dos casos difíceis. É bem verdade que o próprio Hart (2012, p.335) admitiu que sua teoria tratou muito pouco da questão relativa aos princípios, mesmo assim, optou por continuar sustentando, à luz da argumentação de ter o direito uma textura aberta, o poder discricionário do juiz diante dos inevitáveis casos não regulamentados pelo ordenamento jurídico. E, em

relação aos princípios, continuou arguindo a necessidade, mesmo diante do uso do critério interpretativo, da utilização de uma norma de reconhecimento, a fim de que seja possível especificar as fontes do direito e as relações de subordinação entre elas (HART, 2012, p.343).

Portanto, à luz das importantes divergências ressaltadas, as quais continuam repercutindo no debate jurídico atual, resta claro que, no plano da teoria geral do direito, não existe uma opinião consensual acerca da existência de uma discricionariedade judicial na solução dos casos difíceis.

Pode-se afirmar que, no sentido de margem de liberdade na realização do juízo de cognição que precede a decisão, existe sim uma discricionariedade judicial, pois o processo decisório efetivado pelo juiz não corresponde a uma atividade puramente mecânica, mas uma atividade detentora de viés eminentemente constitutivo.

No entanto, no que tange à solução de casos não regulamentados expressamente pelo direito vigente, o sentido do termo “discricionariedade judicial” assume outro tom, suscitando inevitáveis indagações acerca da completude do direito e da existência de um poder discricionário conferido ao juiz para criar, ele próprio, o direito a ser aplicado na solução desses casos.

Todavia, mesmo diante de tais indagações, cujas respostas ainda estão longe de estabelecerem um consenso teórico, na prática, cada ordenamento jurídico tem a difícil tarefa de encontrar mecanismos para lidar de maneira coerente com a solução dos casos difíceis, especialmente em se tratando dos ordenamentos oriundos de países que, a exemplo do Brasil, assumem ser Estados Democráticos de Direito.

3 A solução dos “casos difíceis” no sistema jurídico brasileiro

As mudanças ocorridas na compreensão acerca do fenômeno jurídico, durante o século XX, produziram consideráveis repercussões no ordenamento jurídico brasileiro. Após as grandes guerras mundiais e a consequente preocupação global em proteger a dignidade do ser humano, surgiram, no âmbito do direito, inúmeras reflexões em torno da carga valorativa e da supremacia normativa das constituições, bem como dos diversos assuntos a elas correlacionados, o que provocou alterações nos sistemas jurídicos de diversos países, inclusive o do Brasil.

Entre os assuntos debatidos, destacou-se, de maneira relevante, a reflexão acerca da normatividade dos princípios. Na verdade, esse é um assunto que continua sendo debatido no plano jurídico atual, gerando inúmeras controvérsias entre os diversos doutrinadores do

direito. Apesar disso, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro caracteriza-se, hoje, pela assimilação de que os princípios também constituem normas jurídicas, não possuindo, portanto, uma simples dimensão axiológica sem qualquer eficácia jurídica, como bem retratam Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p.32) na seguinte passagem:

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta ou imediata.

Desse modo, as normas no sistema jurídico brasileiro passaram a ser tratadas como um gênero no qual se inserem não apenas as regras, mas também os princípios. Esse novo panorama tem refletido a superação da restrita visão do positivismo clássico de que apenas a lei constitui fonte do direito, uma vez que assume a compreensão de que os princípios também compõem o fenômeno jurídico.

Nesse sentido, adentrando na questão do exercício da discricionariedade judicial na solução dos casos difíceis, debatida no presente ensaio, cabe ressaltar que o próprio ordenamento jurídico brasileiro admite expressamente a existência de lacunas no sistema jurídico, determinando, a partir da redação do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Através desse dispositivo legal, o sistema jurídico brasileiro institui limites à atuação judicial na resolução dos casos difíceis. Dessa forma, ao contrário do que sustenta Hart, ao juiz não cabe, diante desses casos, proferir livremente uma decisão com base em suas próprias convicções e valores, muito embora possua, dentro desses limites estabelecidos, certa margem de liberdade no que tange ao juízo de cognição necessário ao preenchimento das lacunas.

Todavia, é importante retratar que a regra supramencionada, não obstante tenha sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, apresenta-se, de certa forma, desajustada à concepção jurídica contemporânea, uma vez que esta, conforme já ressaltado, contempla os princípios como espécies de normas jurídicas. Por essa razão, boa parte da doutrina nacional argumenta que não cabe mais sustentá-los como meios de preenchimento de lacunas, porquanto aos princípios já é amplamente reconhecida sua natureza normativa, de modo que podem ser aplicados de maneira direta.

E esse reconhecimento da natureza normativa dos princípios alcança não apenas os explícitos como também aqueles se encontram implícitos no ordenamento. Por conseguinte, os princípios tanto podem ser utilizados de maneira direta na argumentação judicial, como também podem ser aplicados na resolução de casos sem expressa previsão legal, principalmente os de cunho constitucional, pois exercem supremacia sobre os demais.

Por outro lado, o que ainda gera considerável debate entre os doutrinadores do direito é a questão da exigência de uma norma de reconhecimento para conferir aos princípios a validade necessária à sua aplicação. Com efeito, nesse ponto, a divergência entre Hart e Dworkin ainda perdura no cenário jurídico brasileiro, pois para muitos o critério interpretativista arguido por Dworkin (2002, p.128-141) seria suficiente para extrair os princípios implícitos do direito vigente, no entanto, para boa parte da doutrina é a norma de reconhecimento arguida por Hart (2012, p.129-142) que deve estabelecer o que pode ou não ser considerado norma jurídica do direito posto.

Todavia, não obstante perdure o referido debate, a grande problemática que se instaura, hoje, na resolução dos casos difíceis é justamente a questão da margem de discricionariade judicial que os princípios permitem com a sua aplicação aos casos concretos. Nesse contexto, cabe destacar que os princípios possuem características próprias e se distinguem das regras em diversos aspectos, consoante preconizam os ensinamentos de Barroso e Barcellos (2003, p.33 e 34) no seguinte trecho:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. [...] A aplicação de um regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. [...] Princípios, por sua vez, contém relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. [...] Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Nesse modo, vê-se que o grau de abstração dos princípios é bem maior do que o das regras e, na prática, esse fato tem dado ensejo à solução de casos concretos baseada em uma interpretação permeada de razões principiológicas bastante amplas, cujos limites acabam sendo delineados subjetivamente pelos próprios juízes. É justamente nesse sentido que se questiona o poder discricionário dos magistrados na utilização dos princípios para proferir decisões judiciais, em especial aquelas que envolvem casos não regulamentados pelo ordenamento.

Não há dúvidas de que existe uma margem de discricionariedade na atividade judicial, pois a necessária interpretação do direito exige incontestável atuação criativa. Entretanto, como bem preconiza Pedro Nogueira (2009, p.319), “afirmar e admitir que a atividade interpretativa realizada pelos diversos órgãos jurisdicionais é criativa não importa reconhecer a ausência de limites a esse agir interpretativo”.

O que se vê no cenário jurídico brasileiro hoje, e que é alvo de muitas críticas, é uma atuação exacerbada do Poder Judiciário, que, principalmente a partir do manuseio dos princípios, exerce uma discricionariedade cuja existência de previsão constitucional é intensamente contestada, pois aponta para um desequilíbrio na repartição das funções do Estado e na consequente manutenção do sistema de freios e contrapesos.

Diante da ausência de regulamentação legal, os órgãos judiciais brasileiros tem, muitas vezes, assumido uma postura legislativa na solução dos casos difíceis, exercendo uma discricionariedade criativa do direito como se legisladores fossem. Por essa razão, questiona-se se os limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário tem sido observados, porquanto, como bem afirma Mauro Cappelletti (1999, p. 23):

[...] o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete.

Fala-se, então, na existência de um ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro, que, nas palavras de Clarissa Tassinari (2012, p. 25) revela “a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhes são reconhecidas constitucionalmente”.

É bem verdade que o debate em torno do ativismo judicial é bastante controverso e abarca inúmeras discussões. Porém, dentre as que mais se destacam, está justamente a questão em torno da solução dos casos difíceis. Para tentar suprir a ausência de regulamentação legal, o Poder Judiciário, valendo-se em grande parte da abstração dos princípios, tem exercido um poder discricionário que perigosamente o conduz a assumir um papel que não lhe é constitucionalmente cabível.

Sabe-se que a produção legislativa é um tanto limitada no que diz respeito à velocidade da complexidade das relações sociais, e certamente por isso o próprio ordenamento jurídico brasileiro reconheceu possuir inevitáveis lacunas. Entretanto, conforme já retratado, ele próprio estabeleceu os limites em que essas lacunas devem ser preenchidas,

de modo que o poder discricionário que é inerente à atividade criativa dos juízes jamais pode ser exercido sem as necessárias balizas fundamentadoras de suas próprias competências.

Considerações Finais

O grande debate teórico acerca da temática da discricionariedade judicial, no âmbito da teoria geral do direito, foi o instaurado entre as posições divergentes de Herbert. L. A. Hart e Ronald Dworkin em torno da solução dos casos difíceis. Para Hart, diante de tais casos, o juiz possui um poder discricionário que o permite, dentro de alguns limites, decidir de acordo com suas próprias convicções e valores. Por outro lado, para Dworkin, esses casos jamais devem sair do âmbito do direito, devendo o juiz proferir decisões que os solucionem a partir da aplicação de princípios implícitos extraídos de uma interpretação construtiva do direito vigente.

Tomando esse debate como palco para análise da solução dos casos difíceis no Brasil, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro admite possuir lacunas, ou seja, que não é capaz de regulamentar todas as situações sociais que demandam atuação judicial. No entanto, ele próprio estabelece que tais lacunas devem ser resolvidas mediante a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, todos considerados, portanto, fontes jurídicas.

Ocorre que os princípios já são encarados consensualmente como espécies de normas jurídicas, de modo que não são mais contemplados pela concepção jurídica contemporânea como simples meios de integração do direito, podendo ser aplicados diretamente na solução dos casos concretos, e também funcionar na resolução de casos difíceis.

É, no entanto, no contexto desse último ponto que se instaura uma das grandes problemáticas do cenário jurídico brasileiro, porquanto, devido ao seu amplo grau de abstração, a utilização dos princípios tem levado o Poder Judiciário a exercer uma discricionariedade cuja existência de previsão constitucional é duramente questionada. É inequívoco que existe uma margem criativa de liberdade conferida ao juiz em sua atuação, mas essa margem jamais pode ser considerada ilimitada, principalmente quando se tratar da resolução de casos não regulamentados pelo ordenamento.

A alegação cada vez maior de um presente ativismo judicial no cenário jurídico brasileiro mostra que essa temática está relacionada a discussões que ainda estão longe de serem dirimidas. Apesar disso, o constante debate em torno do assunto revela a sua considerável importância no sistema jurídico brasileiro, ao qual cabe a permanente tarefa de

manter o equilíbrio entre os três Poderes e, assim, sustentar um dos indispensáveis fundamentos democráticos que estruturam o proclamado Estado Democrático Brasileiro.

Referências

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luiz Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

BARROSO, L. R. . Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina: 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: S. Fabris, 1986.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Os limites linguísticos-legislativos da discricionariedade judicial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181 jan./mar. 2009.

PESSOA, Laura Scallfaferri. Os princípios gerais do direito na integração das normas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, nº20, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Livraria Almedina: 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, vol. I, n.º 1, ano 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica jurídica e(em) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** 2013. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-ativismo-judicial-existe-ou-e-imaginacao>. Acesso em 20 de agosto de 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Programa de Pós-graduação em Direito. São Leopoldo, 2012.