

A DISCRICIONARIEDADE NA ATIVIDADE JURISDICCIONAL SOB O ENFOQUE DO EMBATE ENTRE HART E DWORKIN

Marco Aurélio Scampini Siqueira Rangel¹

Thiago Camatta Chaves Turra²

Fecha de publicación: 01/01/2014

LA DISCRECIÓN DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL BAJO EL ENFOQUE DE LA DIVERGENCIA ENTRE HART Y DWORKIN

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo analizar las posiciones de Herbert L. A. Hart y Ronald Dworkin en la discreción de la actividad judicial. Por lo tanto, es necesario un breve estudio sobre las teorías presentadas por cada autor, así como el equilibrio entre los conflictos, lo que generó una de las discusiones más interesantes de la ciencia del derecho. A partir de este estudio, y en paralelo con el análisis de la legislación brasileña, se llevará a cabo un enfoque actual del tema, destacando las peculiaridades de el juicio de ponderación y de la importancia de la fundamentación de las decisiones jurídicas para anular la discreción de la actividad judicial.

Palabras clave: Hart; Dworkin; Discreción; Actividad Judicial.

Abstract: The present article aim to analyze the propositions of Herbert L. A. Hart and Ronald Dworkin about the discretionarity in the jurisdictional activity. To do so is necessary a brief study about the theories of each author as well as the weighing between the existent conflicts which gave birth to one of the most interesting discussion in the Science of Law. From this study, and in parallel with the analysis of the Brazilian

¹ Mestrando em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

E-mail: marco_ssrangel@hotmail.com

² Assessor jurídico do Tribunal de Justiça/ES. Mestrando em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo. Graduado em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo.

E-mail: thiago_tcct@hotmail.com

legislation, will be made a current approach to the subject, highlighting the peculiarities of the method of balancing on the trial and the importance of the argumentation on legal decisions to annul the discretionarity of judgments.

Keywords: Hart. Dworkin. Discretionarity. Jurisdictional Activity.

1. INTRODUÇÃO

Em tempos de processo civil de resultado, ativismo judicial e a disseminação de juízos com base na razoabilidade e na proporcionalidade exsurgem-se aqueles que, não afastados da razão, se preocupam com as arbitrariedades que podem se travestir de métodos de busca de um processo justo.

Não há qualquer voz que se levante, hoje em dia, em favor de uma prestação jurisdicional engessada limitando o juiz a um mero repetidor, *la bouche de la loi*³. Essa ideia de um juiz limitado talvez se justificasse nos idos do Século XVIII, em função da superação de uma fase de tiranias. Contudo, atualmente, as próprias relações jurídicas se tornaram mais complexas e diversificadas, impedindo o legislador de abarcar todas as situações da vida. Assim, faz-se necessário um labor cognitivo mais elaborado por parte dos aplicadores das leis. O próprio legislador ao utilizar conceitos indeterminados e cláusulas gerais concede ao juiz um papel de maior relevância na formação da norma aplicável ao caso concreto.

Mas, como salientado alhures, esse poder acarreta uma série de consequências que não devem ser ignoradas. Nesse sentido já alertava Voltaire “com grandes poderes, vem grandes responsabilidades”⁴. E essa máxima suporta a preocupação já relatada e é importante norte para o presente estudo. Isso porque, uma vez concedidos tais poderes ao juiz devemos nos perguntar se é dada discricionariedade para ele atuar livremente de acordo com suas convicções, ou se há algum limite para essa atuação, a fim de se evitar arbitrariedades.

³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das Leis. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

⁴ Tradução livre da obra “Voltaire. Jean, Adrien. Beuchot, Quentin and Miger, Pierre, Auguste. "Œuvres de Voltaire, Volume 48". Lefèvre, 1832”. Proposição semelhante também pode ser encontrada em “Parliamentary debates: official report : ... session of the ..., Volume 36, Page 1227. Thomas C. Hansard, Great Britain - History - 1803-1817”.

A discussão travada entre Hart e Dworkin, além de outros pontos, se concentra exatamente na existência ou não da discricionariedade na atividade jurisdicional. Desde já antecipo que aquele, Hart, entende, com base em um sistema bifásico – que será melhor analisado no momento oportuno - que em alguns casos (após o exaurimento da regra social) haveria uma discricionariedade do magistrado, em sentido forte⁵. Já Dworkin, rejeita tal construção baseando-se em uma análise holística da lei, para fins de definir os contornos da atuação jurisdicional, não havendo, para ele, que se falar em discricionariedade.

Doravante, serão abordadas as teorias de cada um dos dois estudiosos, para que após se possa formar conclusões e aplicá-las a algumas hipóteses derivadas da praxe forense.

2. A TEORIA DE HART - A REGRA SOCIAL DE RECONHECIMENTO E O SISTEMA BIFÁSICO

Herbert L. A. Hart, propõe em sua obra “O Conceito do Direito”⁶ que na análise do direito haveria duas fases (sistema bifásico). A primeira fase se daria por meio de uma regra social de reconhecimento em que se buscaria identificar qual é o direito válido. Isso porque, para este autor “(...) a afirmação de que uma regra é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento”⁷. A regra de reconhecimento, seria uma “funil de entrada”⁸, um critério de definição do que é direito e o que não é direito.

⁵ “O termo discricionariedade pode ser apontado em três acepções, indicadas por Dworkin. A primeira seria a escolha entre critérios que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras. A segunda é a ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior, sendo estas discricionariedades em sentido fraco. A terceira acepção, que seria a discricionariedade em sentido forte, ponto este de divergência entre Hart e Dworkin. Neste, implica a ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados”. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A discricionariedade do juiz na visão de Kant, Dworkin e Hart. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n.97, fev. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11160&revista_caderno=15>. Acesso em maio 2013.

⁶ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 5ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

⁷ Idem. p. 114.

⁸ Termo utilizado por Carlos Ogawa Colontoni. COLONTONIO, Carlos Ogawa. A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-05012012-154120/>>. Acesso em: 2013-05-16.

Quais seriam, portanto, estes critérios facultados pela regra de conhecimento? São dois: a) A validade da norma de acordo com o sistema jurídico vigente; b) A aceitação da norma segundo padrões comuns de validade jurídica.

Assim, a regra deve ser reconhecida como direito por que aceita pela sociedade como apta a criar direitos e obrigações ou ela possui autoridade porque criada de acordo com o devido procedimento, este aceite pela sociedade como apto a criar padrões normativos válidos.

As normas reconhecidas de acordo com o primeiro critérios seriam, segundo Hart, *regras primárias*. Estas responsáveis a determinar que “façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram quer não”⁹. A autoridade dessas regras, como dito anteriormente, pode decorrer da simples aceitação dela pela sociedade.

Contudo, Hart evidencia que o mero agrupamento de regras primárias não é capaz de criar um sistema normativo que se diferencie substancialmente de regras morais ou religiosas. Para tanto, fazem-se necessárias as regras secundárias, que atuam como um complemento às regras primárias, pois, são estas as que “asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação”¹⁰. Em sua obra Hart assim se manifestou:

“Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários. A primeira condição é a única que os cidadãos privados precisam satisfazer: podem obedecer cada qual <<por sua conta apenas>> e sejam quais forem os motivos por que o façam; embora numa sociedade são eles aceitem de facto frequentemente estas regras como padrões comuns de comportamento e reconheçam uma obrigação de lhes obedecer, ou reconduzam mesmo esta obrigação à obrigação mais geral de respeitar a constituição. A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente

⁹ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 5ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 91.

¹⁰ Idem. p. 91.

como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros. Naturalmente é também verdade que, além destas, haverá muitas regras primárias que se aplicam aos funcionários na sua capacidade meramente pessoal a que eles necessitam apenas de obedecer”¹¹.

Hart, ainda subdivide essas regras secundárias em três tipos: a) regra de reconhecimento, responsável pela identificação das regras primárias; b) regra de alteração, responsável pela criação, alteração ou extinção das regras primárias; e por fim, e a que mais nos interessa, c) regra de julgamento, que será a responsável por integrar o sistema diante das falhas existentes na regra de reconhecimento.

Passamos aqui, portanto, para a segunda fase do sistema bifásico proposto por Hart, é nesse momento que os problemas que não foram resolvidos com a regra secundária de reconhecimento serão resolvidos pelo poder discricionário do magistrado.

Explicando de outra maneira, haverá casos em que a subsunção do fato à regra será direta, não havendo qualquer dúvida - neste caso estamos na esfera da regra de reconhecimento. Contudo, nem sempre a subsunção pura e simples é possível. Trata-se, segundo o autor de uma incerteza inafastável do processo legislativo¹², pois o legislador não consegue abarcar com clareza todas as situações possíveis. Assim, necessária a resolução da questão por meio da discricionariedade existente na regra de julgamento.

2.1. A DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ E SEUS LIMITES

Hart desenvolve seu raciocínio quanto à solução desses casos difíceis (“*Hard Cases*”) atribuindo ao juiz a faculdade de escolher a solução que entender mais adequada, uma escolha discricionária, posto que o sistema não ofereceria resposta correta. Note-se que Hart afasta a interpretação como forma de solução destas situações, pois esta dependeria de suas próprias regras, as quais também podem vir permeadas de incertezas. Além disso, a interpretação somente seria capaz de reduzir as incertezas, mas não eliminá-las completamente. Da mesma forma que a subsunção só seria aplicável aos casos fáceis.

A solução anunciada por Hart para os *Hard Cases* é um dos pontos mais atacados de sua teoria. Para Dworkin, que será abordado mais atentamente no momento oportuno, o problema estaria basicamente na adoção de um critério estranho ao direito para a solução das questões jurídicas. Há, ainda, quem questione a própria racionalidade do sistema desenvolvido por Hart,

¹¹ Idem. p. 128.

¹² A essa margem de incerteza Hart dá o nome de “textura aberta”.

posto que a discricionariade concedida ao magistrado tornaria o direito um sistema resultante de escolhas arbitrarias dos aplicadores do direito.

Hart, em seu Pós-Escrito¹³, rebatendo as criticas de Dworkin afirma que o poder discricionario dos juizes não é ilimitado. Quanto a esse ponto, faço transcrever a redação literal do professor de Oxford dada a sua clareza solar. Senão vejamos:

“É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juizes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitraria: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores”¹⁴.

Faz-se desnecessária qualquer complementação aos argumentos expostos por Hart. Contudo, uma análise crítica de tal posição não pode ser deixada de lado. Isso porque, ao tentar justificar a sua posição Hart, embora não admita, indica a necessidade de o juiz utilizar da interpretação para alcançar a solução adequada. Embora, permaneça afastado de Dworkin ao remeter a solução para fora do direito, por entender este incompleto, enquanto Dworkin não admite esta incompletude, que é base da teoria hartiana.

3. A TEORIA DE DWORKIN E SUA OPOSIÇÃO A HART

Ronald Dworkin, como dito anteriormente, foi o grande opositor da visão hartiana de direito. E um dos pontos cruciais da controvérsia passa pela solução que Hart tenta dar ao julgamento dos chamados *Hard Cases*. Pois, Dworkin se opõe veementemente à ideia de que seja dada uma solução que

¹³ Antes de falecer Hart, a fim de dar diversas respostas aos seus opositores, começou a escrever um “aditamento” ao seu livro “O Conceito de Direito”. Contudo, faleceu antes de concluir esse aditamento, deixando somente uma primeira parte, a qual é bastante elucidativa de algumas posições defendidas por Hart ao longo de sua vida.

¹⁴ Ob. Cit. 336.

não faça parte do Direito. Por questões de limitação do presente trabalho, far-se-á uma abordagem sucinta da teoria de Dworkin, voltada à fundamentação da oposição a Hart, onde se concentrarão os esforços deste capítulo.

Inicialmente, Dworkin critica a regra de reconhecimento proposta por Hart. Dworkin entende que a delimitação do que é direito com base em seu método de produção, ou seja, a forma com que a norma foi criada. Se válido este método, de acordo com o sistema jurídico vigente, a norma seria jurídica. Para Dworkin isso equivale a um *Pedigree*, pois ignora o conteúdo das normas, levando somente em consideração a maneira pela qual foram formuladas. Nas palavras do próprio Dworkin, “Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas”¹⁵.

Esse critério seria, portanto, insuficiente pelo fato de ignorar padrões que devem ser considerados nas decisões jurídicas, mas que por não serem regras (propriamente ditas) não seriam reconhecidos pelo *pedigree*, e estariam fora do Direito. Para exemplificar o problema, o autor – famoso por seus exemplos – menciona o caso *Riggs vs. Palmer* no qual o Tribunal de Nova Iorque entendeu que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro”¹⁶, impedindo, assim, que um filho que havia assassinado o pai recebesse a sua herança.

Outro problema apontado por Dworkin quanto à regra de reconhecimento é que a consequência de sua aplicação seria uma vasta gama de casos concretos que não seriam abarcados pelo direito, por ela identificado, gerando insegurança para as partes. Casos esses que deveriam ser solucionados pelo poder discricionário do magistrado.

Surge aqui, um segundo momento, este que interfere mais diretamente no presente trabalho, no qual Dworkin critica a discricionariedade concedida por Hart ao magistrado nos *hard cases*. Para este autor a solução dada por Hart criaria um direito *ex post facto*, posto que às partes não seria possibilitado conhecer a norma jurídica antes da decisão do Juiz, o que feriria de morte o Estado de Direito. Além disso, outra observação que deve ser feita é que, como alerta Ogawa, “Não caberia aos derrotados

¹⁵ DWORKIN, Ronald. Levando Direitos à Sério. Tradução de Nelson Borba. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 28.

¹⁶ Idem. p. 37.

clamar por uma nova decisão, fundada no erro judiciário e na incorreção da resposta dada, uma vez que a resposta oriunda da escolha nunca estaria de fato errada”¹⁷.

De fato, os argumentos tecidos por Dworkin parecem proceder, em especial se considerarmos que os *hard cases* seriam aqueles que, por excelência, exigiriam mais do direito, enquanto ciência e por vezes visariam a tutela de direitos essenciais. Assim, ao retirarmos do âmbito da juridicidade estas decisões estamos admitindo que o direito é incapaz de solucionar tais casos. O que parece inconcebível.

Para evitar essa conclusão ora rechaçada, Dworkin trabalha com a completude da lei, afastando a possibilidade de lacunas. Assim, elimina a discricionariedade, ao menos em sentido forte, posto que todos os casos seriam abarcados pelo direito.

Segundo Irakawa o sistema sugerido por Dworkin se baseia na “busca de uma justificação coerente para todos os precedentes, dispositivos legais e costumeiros, princípios convencionais e filosóficos presentes em uma determinada comunidade, formando um sistema sem o uso de uma regra de reconhecimento de *pedigree*”¹⁸.

Para Dworkin o magistrado ao julgar os *hard cases* não faria uma escolha aleatória entre as possíveis respostas existentes, posto que o Direito forneceria uma única resposta correta. Para chegar a essa resposta correta o magistrado deve se fundar em uma razão que o permita descobrir quais direitos uma pessoa em dada sociedade possui. Seria, em outros termos, uma visão holística¹⁹ do direito. Com base no caráter geral do sistema, lançando mão dos princípios, o magistrado encontraria a solução para os *hard cases*, mesmo não estando ela explicitamente disposta no sistema.

Embora pareça se aproximar mais da razão, a teoria de Dworkin esbarra na mesma limitação que faz com que ele critique Hart: a falta de um critério objetivo para a escolha dos princípios ou das máximas gerais (remetendo a

¹⁷ COLONTONIO, Carlos Ogawa. A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-05012012-154120/>>. Acesso em: 2013-05-16. p. 68.

¹⁸ IKAWA, Daniela R.. Hart, Dworkin e discricionariedade. Lua Nova [online]. 2004, n.61, pp. 97-113. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452004000100006&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 17-05-13.

¹⁹ Remete à ideia de totalidade. Considerar o todo levando em consideração as partes e suas inter-relações.

Riggs vs. Palmer). Importante mencionar que isso não invalida, de forma alguma, a teoria trazida por Dworkin, mas se mostra como um limite a partir do qual o autor não consegue avançar²⁰.

4. SUPERACÃO PARCIAL DA POLÊMICA (SITUAÇÃO ATUAL)

A polêmica que se apresentou nos tópicos anteriores entre Hart e Dworkin ainda gera inúmeras discussões, e certamente será objeto de estudo por muitos anos. Contudo, transportando as suas proposições para os tempos atuais, é imperioso concluir que houve certo esvaziamento da polêmica. Explico.

Com o desenvolvimento da teoria dos princípios e a massificação da aplicação imediata dessas normas de caráter abstrato aos casos levados à apreciação dos magistrados, passou a surgir, de certa forma um ponto de convergência entre as teorias opostas. Se para Hart o juízo exercido pelo magistrado deve se dar dentro de certos limites – os quais parecem atualmente ser impostos pelos princípios –, para Dworkin os *Hard Cases* serão decididos, exatamente, pelos princípios em jogo. Assim, embora as proposições aparentem um distanciamento inconciliável, o resultado prático será bem próximo. Nesse sentido, Nicola Tutungi:

“(…), na verdade, o que para Hart consubstancia-se no exercício de um poder “discricionário” de integração do direito, para Dworkin seria visão dos “casos difíceis” de acordo com os princípios em jogo. Em outras palavras, muitas vezes ambos chegarão ao mesmo resultado prático, ainda que os caminhos sejam diferentes²¹”.

Importante frisar que Hart nunca afastou a utilização dos princípios, somente não se dedicou especificamente à sua análise, fato que o próprio Hart reconhece como uma falha em seu Pós-Escrito²². O que somente faz aproximar ainda mais os dois autores.

²⁰ Sobre a definição de critérios para aplicação dos princípios: BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

²¹ TUTUNGI JUNIOR, Nicola. *Discricionariedade Judicial: Uma análise crítica*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/312688/DLFE-28583.pdf/17Discricionariedade.pdf>>. Acesso em maio 2013.

²² “Mas eu desejo, sem dúvida, confessar neste momento que disse demasiado pouco no meu livro sobre o tópico do julgamento e do raciocínio jurídico e, em especial, sobre os argumentos retirados daquilo que os meus críticos designam como princípios jurídicos. Concordo, neste momento, que constitui um defeito deste livro a circunstância de os princípios apenas serem abordados de passagem”. HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 321-322.

Todavia, o que se busca demonstrar aqui é que mesmo que persistisse tal controvérsia – embora haja aproximações ela parece permanecer – a opção pela adoção empírica de uma ou de outra de pouco afetaria, isso porque “mesmo que haja um conjunto de valores expressos através dos princípios mencionados por Dworkin, nem sempre haverá um único caminho ou uma única solução para o caso concreto. Aliás, muitas vezes haverá mais de uma solução satisfatória para um determinado caso, e a questão que se põe é saber até que ponto o julgador poderá adotar o caminho que melhor lhe convir”²³.

Nesse sentido é que devem se concentrar os estudos da discricionariedade doravante. Até que ponto a adoção de um princípio por outro, ou a ponderação entre princípios não está sujeita a discricionariedade? Existe alguma forma de controle dessas escolhas?

5. A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA SOLUÇÃO DOS *HARD CASES*

A análise da discricionariedade do juiz diante dos chamados *hard cases* – considerados aqueles em que o método subsuntivo não se mostra suficiente à resolução do caso concreto –, pressupõe uma – ainda que breve – digressão a respeito da diferenciação entre princípios e regras.

5.1. PRINCÍPIOS E REGRAS

Partindo da teoria desenvolvida por Robert Alexy, podem ser resumidos em três os critérios de distinção entre princípios e regras, a saber: a vagueza, a forma de aplicação (tudo-ou-nada) e a dimensão do peso ou importância²⁴. Segundo o próprio Alexy, as teses de vagueza e forma de aplicação (tudo-ou-nada) são fracas, não podendo, ao menos sem um critério auxiliar, ser utilizadas para distinguir as regras dos princípios.

Questiona-se o critério de vagueza – segundo o qual os princípios seriam normas de maior grau de vagueza e as regras normas de menor grau de vagueza – pois tal critério refere-se a questão semântica que atinge tanto as regras quanto os princípios, havendo princípios com menor grau de vagueza e regras com alto grau de vagueza.

Da mesma forma, a própria formulação segundo a qual as regras teriam sua aplicação no método tudo-ou-nada não seria suficiente a diferenciar regras

²³ TUTUNGI JUNIOR, Nicola. Discricionariedade Judicial: Uma análise crítica. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/312688/DLFE-28583.pdf/17Discricionariedade.pdf>>. Acesso em maio 2013.

²⁴ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 88.

de princípios. E isto porque nem sempre o confronto de regras implica na conclusão de que uma ou outra não é mais válida dentro do ordenamento jurídico, havendo regras de exceção responsáveis por compatibilizar disposições legais aparentemente conflitantes²⁵.

Com efeito, ainda segundo Alexy, o núcleo da diferença entre regras e princípios decorre do modo de cumprimento de cada espécie normativa. Enquanto os princípios podem ser aplicados em graus diversos, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, as regras somente possuem uma medida possível de aplicação, podendo ser cumpridas ou descumpridas.

Nesta senda, pode-se afirmar que as regras correspondem às normas que exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos, não sendo viável estabelecer um modo gradual de cumprimento do que a regra estabelece²⁶. Por sua vez, os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”²⁷, constituindo determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido ao máximo que as circunstâncias permitirem.

Disso resulta a qualificação dos princípios como mandados de otimização, haja vista a formulação principiológica impor sejam realizados em sua máxima efetividade, do que se infere ser “factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai”²⁸.

A distinção entre regras e princípios afigura-se de suma importância para o presente trabalho porque é a partir dela que se pode analisar o método de aplicação de princípios para a solução dos *hard cases*.

5.2. MÉTODO DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E PONDERAÇÃO

²⁵ Samuel Meira Brasil Júnior (ob. cit. p. 89) exemplifica a proposição com o seguinte exemplo: Segundo o critério cronológico (*Lex posterior derogat legi priori*), quando o Código Civil de 2002 conflitar com o Código de defesa do Consumidor, deve prevalecer o Código Civil de 2002. Porém, segundo o critério da especialidade (*Lex specialis derogat legi generalis*), em um conflito desse jaez, prevalece o Código de Defesa do Consumidor, pois a regra regula situação mais específica. Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor não “revoga” o Código Civil de 2002, e este ainda será aplicado para as relações jurídicas que não são de consumo. O que houve foi apenas a criação de uma cláusula de exceção (*Lex specialis*).

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 1986, p. 1123.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, ob. cit. p. 284.

Da própria conformação dos princípios acima explicitada decorre a conclusão de que, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma mesma situação, deve-se buscar a conciliação entre sua aplicação ao caso concreto. Diferentemente do que resulta de um conflito de regras, a solução deverá buscar a aplicação de cada princípio em extensões variadas, de acordo com sua relevância para a hipótese.

Assim, a colisão entre princípios resolve-se no plano do valor, na dimensão do peso de cada princípio, à luz do contexto de sua concreção. Ao contrário de se excluir a aplicação de um princípio, deve-se ponderar os interesses em conflito, no intuito de estabelecer que princípio deverá prevalecer diante das circunstâncias impostas pelo caso concreto. Trata-se do juízo de ponderação que deverá ser exercido pelo juiz diante da hipótese levada à sua apreciação.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o juízo de ponderação liga-se ao princípio da proporcionalidade, o qual “exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução”²⁹.

Identifica-se, do exposto, os três elementos do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito³⁰. Enquanto o primeiro elemento (adequação) exige que a relação meio-fim desenvolvida pelo postulado seja adequada, isto é, que o meio possua aptidão ou conformidade para atingir o fim subjacente à norma, o segundo (necessidade) permite a seleção do meio mais suave para a realização do fim, e o terceiro (proporcionalidade em sentido estrito) envolve a própria ponderação dos bens em colisão.

Alexy relaciona o juízo de ponderação especificamente ao terceiro elemento do princípio da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito. A ideia aqui subjacente é a de que não se admite o

²⁹ Idem. p. 285.

³⁰ Conforme observa Samuel Meira Brasil Júnior (ob. cit. p. 97/100), são identificados como elementos do que denomina postulado da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto o primeiro elemento (adequação) exige que a relação meio-fim desenvolvida pelo postulado seja adequada, isto é, que o meio possua aptidão ou conformidade para atingir o fim subjacente à norma, o segundo (necessidade) permite que a seleção do meio mais suave para a realização do fim, e o terceiro (proporcionalidade em sentido estrito) envolve a própria ponderação dos bens em colisão.

sacrifício de um bem jurídico como meio de se atingir uma finalidade de menor peso do que o bem jurídico sacrificado.

O juízo de ponderação, nesse prisma, apresenta-se como método geral de reflexão utilizado para a tomada de decisões, inclusive judiciais, que assume especial importância nos *hard cases*, os quais costumeiramente exigem do juiz a conciliação de princípios conflitantes.

5.3. OS CRITÉRIOS DO JUÍZO DE PONDERAÇÃO

O simples reconhecimento de que as decisões judiciais, em especial as relativas aos *hard cases*, utilizam-se de um juízo de ponderação entre princípios não é suficiente para se concluir pela existência, ou não, de discricionariedade do juiz em tais julgamentos.

Almejando desvendar os contornos racionais do juízo de ponderação foram propostas teorias envolvendo diferentes critérios de ponderação³¹. Nesse sentido, cite-se, à guisa de ilustração, a teoria desenvolvida por Hubmann, em que se afirma um pioneiro método preocupado com a matematização da discussão, a teoria trabalhada por Peczenik, preocupada em identificar um critério de coerência no raciocínio em conformidade com o conjunto de todas as circunstâncias relevantes à ponderação, bem como a teoria desenvolvida por Alexy, que confere relevância à atribuição de pesos aos argumentos e fatos os quais, mediante o uso de uma escala e de graus variáveis, permitiriam valorar o peso dos próprios princípios em colisão e, assim, reconstruir racionalmente o juízo de ponderação³².

³¹ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 103/111.

³² Interessante observar o elevado nível de sistematização obtido por Alexy. A teoria desenvolvida pelo autor (Vide: ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2011) afirma que a atribuição do peso do princípio no caso concreto ocorre pela comparação de três diferentes graus de interferência dos princípios pelas circunstâncias relevantes, o que ocorre através de uma escala triádica que estabelece diferentes graus de afetação (leve, moderado e sério). Mas não é só. O autor cria, em paralelo ao modelo triádico, um modelo triádico-duplo que, aplicado ao primeiro, produz um novo modelo com nove estágios de interferência (mínimas-mínimas; mínimas-medianas; mínimas-elevadas; moderadas mínimas; moderadas medianas; moderadas elevadas; levemente sérias; moderadamente sérias; muito sérias). Em seguida, o autor atribui a cada grau uma grandeza que varia de 1 a 9, na escala aritmética, e de 1 a 256, na escala geométrica, bem como propõe seja atribuído um peso a cada variável, segundo seu grau de intensidade. Neste momento, são observadas três diferentes variáveis: (a) a variável I (*interference*), relativa ao grau de não satisfação de um princípio por outro (efeitos que a omissão da interferência que um princípio produzirá no outro); (b) a variável W (*weight*), referente ao peso do princípio analisado abstratamente; e (c) a variável R (*reability*) vinculada à confiabilidade das presunções empíricas (o significado da realização, ou não, de um princípio sob as circunstâncias do caso concreto). Sobre cada uma dessas três variáveis incidirão as grandezas de acordo com a tabela triádica-dupla, o que permitirá, segundo

A despeito da grande importância de tais teorias para a desmistificação do juízo de ponderação, bem como para a racionalização e próprio controle das decisões judiciais, não há dúvidas de que a ponderação no âmbito destas não é feita de modo formal, como proposto por Alexy. Não se verifica na práxis forense a realização de cálculos matemáticos pelo juiz no intuito de fundamentar a decisão tomada, a partir do que se poderia afirmar ter o juiz agido discricionariamente.

Em que pese a possibilidade de tal objeção, não é esta a posição ora defendida. O fato de o juízo de ponderação não se encontrar fulcrado em premissas matemáticas não implica em dizer encontrar-se o juiz livre a decidir arbitrariamente.

Nesse contexto, mormente nas hipóteses de julgamento de *hard cases*, o juízo de ponderação deverá ser exercido pelo juiz na fundamentação de sua decisão, em que deverá justificar racionalmente, como a ponderação foi realizada à luz do caso concreto. Pode-se, afirmar, nesse sentido, ser “plenamente possível utilizar o método de ponderação, sem referência a números. Apenas indicando, por intermédio de argumentos, como a ponderação foi feita pelo julgador, a qual elemento foi atribuído maior peso etc”³³.

Nessa perspectiva, a questão se volta para a exigência de fundamentação das decisões judiciais.

6. A EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Tecidas as considerações acima, percebe-se a curial importância da fundamentação das decisões judiciais para a temática sob exame.

Além de se tratar de elemento indispensável para a efetivação das garantias de acesso à justiça (que também compreende o direito à resposta do órgão jurisdicional, que, evidentemente, deve ser fundamentada), para a própria estruturação e legitimação do Poder Judiciário (enquanto principal responsável pela jurisdição) e do Estado de Direito (sendo uma garantia dos jurisdicionados frente ao Poder Estatal), verifica-se que a fundamentação da decisão judicial possibilita a sua própria compreensão e controle por parte dos jurisdicionados.

Alexy, o cálculo da colisão de princípios, embora se verifique que a atribuição de pesos ainda depende de uma valoração das grandezas por quem realiza a ponderação.

³³ BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 88.

Nesse contexto, a completude da fundamentação judicial deve estar relacionada com a própria complexidade do caso e dos argumentos em debate. É, portanto, através da fundamentação jurídica que a decisão judicial se legitima e que o juiz se desincumbe de seu dever na qualidade de agente estatal.

Assim, notadamente diante dos *hard cases*, quando necessária a realização do juízo de ponderação, deve o juiz se esmerar em efetivamente fundamentar sua decisão de modo que, a despeito da irresignação daquele por ela prejudicado, não se possa questionar sua legitimidade democrática. Explico.

Conforme salientado, o juízo de ponderação, ao menos da forma como é exercido na práxis forense, pode dar margem à objeção quanto à atuação discricionária do julgador. Isto ocorre porque a análise da proporcionalidade em sentido estrito, com a qual se vincula a ponderação, é feita segundo um juízo de valor a ser exercido pelo juiz diante dos princípios em conflito e as circunstâncias do caso concreto.

Não se pode confundir o exercício desse juízo de valor, no momento de julgar, com o reconhecimento da existência de eventuais pré-concepções e valores que o juiz carregue consigo, o que não implica na conclusão pela existência de discricionariedade. Esta deve ser compreendida como a autorização do ordenamento jurídico para que o juiz decida de acordo com suas próprias convicções pessoais, o que não ocorre na hipótese.

Não parece, contudo, que o reconhecimento da impossibilidade de o juiz despir-se de suas pré-concepções e valores tenha por consequência um comprometimento do postulado da segurança jurídica, deslegitimando democraticamente a decisão judicial. Isto porque, embora não seja possível ao juiz se desvencilhar de suas pré-concepções, não se legitima democraticamente a fundamentação de decisão com base em juízo discricionário. Enquanto agente estatal, o juiz tem o dever de fundamentar eticamente sua decisão, com base no sistema jurídico no qual se insere.

Nessa perspectiva, impende reconhecer ter o juiz na fundamentação o instrumento de que precisa para contornar a objeção, afastando a pecha de discricionariedade arguida em face de sua atuação por ocasião da prolação da decisão judicial.

6.1. O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E A DISCRICIONARIEDADE

Trazendo a problemática para o âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, impende observar o disposto no artigo 131, do Código de Processo Civil

Brasileiro (Lei n° 5.869/1973), o qual estabelece que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Trata-se do que a doutrina processual identifica como sendo a posituação do princípio do livre convencimento motivado do juiz ou da persuasão racional.

Para os fins do presente trabalho, importa reforçar a ideia de que o livre convencimento motivado vincula-se de forma indissociável à fundamentação, que se afigura dever do juiz, conforme, aliás, se infere da própria norma.

A importância da fundamentação é tamanha que sua exigência é imposta de forma expressa pela própria Constituição Federal Brasileira de 1988 que, em seu artigo 93, inciso IX, afirma textualmente: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Tem-se evidenciado, portanto, a conformação do princípio do livre convencimento motivado do juiz pela exigência de fundamentação da decisão judicial, que não pode ser olvidada, sob pena de nulidade da decisão.

Ademais, importa observar que a exigência constitucional em exame não se contenta com qualquer fundamentação. Esta deve ser desenvolvida de forma suficiente a afastar qualquer aparência de discricionariedade da decisão, que deve estar embasada em conformidade com o sistema normativo do qual extrai sua validade.

6.2. INTEGRAÇÃO DE LACUNAS LEGAIS E MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA

Comprova a ideia de que o juiz, ainda que diante de um *hard case*, não se encontra autorizado a valer-se de um juízo discricionário na solução do caso concreto, o fato de o legislador nacional sequer haver mencionado a possibilidade de aplicação da discricionariedade mesmo na hipótese de omissão legislativa³⁴.

³⁴ A respeito da existência de lacunas no direito é tratada com juridicidade por Nelson Nery Junior, segundo o qual: “A doutrina da plenitude lógica do direito, segundo a qual todas as manifestações de comportamento do homem frente ao direito devem de ser resolvidas pelos institutos existentes no ordenamento jurídico, tem sido combatida pela doutrina moderna, que bem demonstra a existência de lacunas no direito positivo, que devem ser preenchidas pelo

Nesse sentido o disposto no artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 4.657/1942), segundo o qual “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, o que é confirmado pelo artigo 126, do Código de Processo Civil³⁵.

Saliente-se que mesmo o julgamento por equidade, que implica um afastamento do juiz da legalidade em sentido estrito, permitindo-lhe fazer justiça sem sujeitar-se de forma absoluta à vontade contida na norma³⁶, somente é admitido excepcionalmente, nos casos expressamente autorizados por lei³⁷, o que ainda assim não se confunde com a discricionariedade, que consiste numa autorização do ordenamento jurídico para que o juiz decida de acordo com suas convicções pessoais.

O mesmo se diga a respeito das máximas de experiência, previstas no artigo 335, do Código de Processo Civil Brasileiro, que estabelece que “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

A interpretação sistemático do dispositivo legal em questão, localizado sob a égide das “disposições gerais” (seção I) do Capítulo VI (“das provas”), do Código de Processo Civil Brasileiro, indica não se tratar de regra de julgamento, mas de regra aplicável à valoração judicial das provas. Tanto é assim que as máximas de experiências “só podem ser utilizadas com referência aos fatos e provas constantes dos autos, em respeito ao art. 131 do CPC”, como observa Marcelo Abelha Rodrigues³⁸.

trabalho construtivo da jurisprudência” (In, Princípios do processo civil na constituição federal. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 147).

³⁵ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

³⁶ Válida a esse respeito a lição de Miguel Reale, *in verbis*: “Há casos em que é necessário abrandar o texto, operando-se tal abrandamento através da equidade, que é, portanto, a justiça amoldada à especificidade de uma situação real” (In, Lições Preliminares de Direito, 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 295).

³⁷ Nesse sentido o artigo 127, do Estatuto Processual Civil, *in verbis*: “Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

³⁸ In Manual de Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 198.

Com efeito, à semelhança do que ocorre com os métodos de integração das lacunas legislativas, também a previsão normativa relativa às máximas de experiência não autoriza o juiz a decidir discricionariamente.

6.3. PROBLEMATIZAÇÃO: A QUESTÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E A DISCRICIONARIEDADE

A problemática da existência, ou não, de discricionariedade no momento em que o juiz profere a decisão judicial não tem sua importância restrita às divergências teóricas analisados neste trabalho, sendo nítida a relevância do tema para a praxe jurídica, que se mostra repleta de situações nas quais se poderia cogitar da existência de permissão para um agir discricionário do juiz. A título de ilustração, discute-se, em sede doutrinária e jurisprudencial³⁹, se a decisão judicial liminar que antecipa os efeitos da tutela que se pleiteia na demanda decorre, ou não, de juízo discricionário do juiz.

A questão em debate muito se aproxima daquela já analisada no presente trabalho decorrente da (in)existência do juízo de discricionariedade nos *hard cases*.

E isto porque o deferimento da medida liminar antecipatória de tutela encontra-se condicionado à presença dos requisitos legais previstos no artigo 273, do Código de Processo Civil Brasileiro, sendo eles, o risco de

³⁹ Reconhece a existência de certa discricionariedade do julgador na concessão de medidas liminares de urgência o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo do qual se extrai o seguinte excerto: “(...)6 - O juízo acerca da presença ou não dos requisitos necessários ao deferimento das medidas urgentes submete-se à discricionariedade motivada do julgador, a quem, de acordo com seu poder geral de cautela e seu livre convencimento motivado, compete a análise acerca das peculiaridades do conflito de interesse que se lhe apresenta. No particular, apura-se pelo conjunto probatório dos autos e pelo panorama fático envolvendo a *quaestio* que o ato judicial atacado no recurso em exame não merece ser reformado, porquanto não está eivado de flagrante ilegalidade ou configurado abuso de poder, sopesando a ausência dos requisitos ensejadores da tutela antecipada perseguida, importando consignar que o efeito ativo está condicionado à plena demonstração pela agravante da existência de efetivo risco do ato judicial impugnado causar lesão grave ou de difícil reparação, circunstâncias não verificadas até o momento. 7 – “A verificação dos requisitos do art. 273, do CPC, para a concessão da tutela antecipada, é da competência do juiz processante, que é livre para formar seu entendimento, desde que fundamente sua decisão. A reforma só deve se dar em casos especiais, como por exemplo, se teratológico o decisum, ou se prolatado com abuso de poder ou com flagrante ilegalidade” (TJES, Agravo de Instrumento nº 024059006783, Relator Desembargador Arnaldo Santos Souza, Primeira Câmara Cível, data do Julgamento 21/02/2006)” (Agravo de instrumento n. 048.059.001.270). Disponível em <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?NumProc=146832&edProcesso=&edPesquisaJuris=discricionariedade%20e%20juiz%20e%20liminar&seOrgaoJulgador=&seDes=&edIni=01/01/2003&edFim=19/05/2013>. Acesso em 19-05-2013.

dano irreparável ou de difícil reparação e a verossimilhança da alegação fundada em prova inequívoca⁴⁰.

À semelhança do que ocorre na resolução dos *hard cases*, evidencia-se aqui também um conflito de princípios que só poderá ser solucionado através do método da ponderação. Se de um lado encontra-se o direito do autor à tutela eficaz de seu direito, de outro, verifica-se o direito do réu - que sequer teve oportunidade de ser ouvido no processo - ao devido procedimento legal, ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Assim, diante do caso concreto, o juiz deverá verificar a presença dos requisitos autorizadores do deferimento da medida liminar postulada, o que lhe autorizará, ou não, postergar o exercício do contraditório para após a concessão da medida antecipatória de tutela.

Não há espaço, portanto, para a discricionariedade do juiz. Presentes os requisitos legais, deverá conceder a medida antecipatória de tutela, possuindo o autor, nesse caso, direito subjetivo à liminar, na expressão utilizada por Sergio Ferraz⁴¹. Não verificados os requisitos, solução outra não haverá que não o indeferimento do requerimento.

No mesmo sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello que afasta qualquer margem de discricionariedade jurisdicional na ponderação inerente à apreciação do pedido de deferimento de medida liminar antecipatória de tutela. Eis as palavras do próprio autor:

“Seria um erro grosseiro imaginar-se que o magistrado tem, de direito, “liberdade” para outorgar ou não esta medida de cautela e que concedê-la ou negá-la é uma questão de “foro íntimo”, puramente subjetiva. Com efeito, o deferimento de liminar não é um ato de “magnificência”, uma “liberalidade”, um gesto de “graça”, outorgado por um sentimento munificente do Estado em relação a algum jurisdicionado. Não. Como qualquer outro ato jurisdicional é mera e obrigatória aplicação do direito ao caso concreto. Tratando-se de

⁴⁰ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou; II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

⁴¹ “Essa questão, a respeito da qual controvertem doutrina e julgadores, com não pouca tinta derramada sobre o papel a respeito do assunto, na verdade é bem mais simples, ao menos na sua equação estética, quando compreendemos que a atividade do juiz, neste caso, é submissa à lei, sem parcela de discricionariedade admissível, encerrando, destarte, a configuração de direito subjetivo à liminar (ou à sua não concessão)” (FERRAZ, Sergio. Mandado de Segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos, 2.^a ed., Malheiros, 1993, p.117/118).

jurisdição, o título jurídico para decidir é o de dizer o direito: *juris dictio*.⁴²

Resta afastada, portanto, a discricionariedade do juiz também na hipótese de deferimento de medida liminar antecipatória de tutela e evidenciada a importância da fundamentação que deverá demonstrar o juízo de ponderação realizado pelo juiz, sob pena de nulidade da decisão⁴³.

7. CONCLUSÃO

Ao analisar a problemática dos *hard cases*, Hart tende para a existência de certo decisionismo do juiz, o que confere margem para a existência de discricionariedade nas decisões judiciais.

Por sua vez, Dworkin afirma a figura do juiz (Hércules) como reconstrutor do Direito, contexto em que a práxis judicial implica uma investigação racional que permite chegar a uma única decisão correta a partir da construção de sua teoria política como a melhor alternativa de leitura do evento.

Ainda que seja questionável a própria existência da figura do juiz Hércules de que se vale Dworkin, certo é que a questão da discricionariedade subsiste mesmo diante da teoria política criada pelo magistrado à luz de um conjunto coerente de princípios. Em razão da amplitude da teoria política criada, é de se questionar quais os limites de suas possibilidades interpretativas.

Nesse contexto, também à luz da teoria desenvolvida por Dworkin, é possível cogitar a respeito da existência de margem de discricionariedade judicial (ainda que rechaçada pelo autor), mormente quando o juiz se vê diante de um *hard case*, cuja solução vai além da mera subsunção, exigindo o exercício do método de ponderação de princípios conflitantes.

Todavia, inexistente espaço para a discricionariedade no âmbito do juízo de ponderação em evidência, o que não obriga o juiz a valer-se de critérios de ponderação matemáticos que deveriam ser explicitados na decisão judicial.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Mandado de Segurança contra Denegação ou Concessão de Liminar”, in *RDP*, vol. 92, pp. 55.

⁴³ Precisa, nesse sentido, a lição de Luiz Guilherme Marinoni, para quem: “No caso de tutela antecipatória baseada em fundado receio de dano o juiz deve precisar as razões pelas quais entende existir (ou não existir) *fumus boni iuris* e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Quando a tutela puder produzir um efeito fático irreversível, deverá o juiz justificar a razão pela qual optou pelo risco, inclusive considerando o valor dos bens envolvidos. (...) O juiz é obrigado a justificar a decisão antecipatória, demonstrado que a antecipação é oportuna. A ausência de fundamentação acarreta a nulidade” (In: *A antecipação da tutela*, 5ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 164/165).

É plenamente possível que o magistrado fundamente a decisão com base nos critérios utilizados e argumentos sopesados quando do juízo de ponderação.

Nesta senda, a fundamentação assume especial relevo na legitimação democrática da atuação do juiz, bem como da própria decisão judicial, consistindo requisito de sua validade no âmbito do ordenamento jurídico nacional. Afasta-se, através da fundamentação, a acusação de que a decisão decorreu de discricionariedade do juiz, a qual não é legitimada sequer para hipóteses de lacuna normativa, não incidindo tampouco sobre o juízo de ponderação inerente à apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Conforme salientado na introdução deste estudo, impende rememorar uma vez mais a conhecida lição de Voltaire de que “com grandes poderes, vem grandes responsabilidades”. Diante do grande poder concedido ao juiz seja na condução do processo, seja na sua conclusão através da prolação da decisão judicial (princípio do livre convencimento motivado), tem o magistrado um dever de magnitude comparável ao seu poder: a exigência constitucional de fundamentação de sua decisão a fim de afastar a sombra do decisionismo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 1986.

CELLA, José Renato Gaziero. Legalidad y Discricionaridad: La discusión entre HART y DWORKIN. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf>. Acesso em maio de 2013.

COLONTONIO, Carlos Ogawa. A questão da racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-05012012-154120/>>. Acesso em: 2013-05-16.

- DWORKIN, Ronald. Levando Direitos à Sério. Tradução de Nelson Borba. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. A Justiça de Toga. Tradução Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. Uma questão de princípio. Tradução Luís Carlos Borges; - 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. O império do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRAZ, Sergio. Mandado de Segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos, 2.ª ed., Malheiros, 1993.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A discricionariedade do juiz na visão de Kant, Dworkin e Hart. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n.97, fev. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11160&revista_caderno=15>. Acesso em maio 2013.
- HART, Herbert L. A. Ensaio sobre teoria do direito e filosofia. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- _____. O Conceito de Direito. 5ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- IKAWA, Daniela R.. Hart, Dworkin e discricionariedade. Lua Nova [online]. 2004, n.61, pp. 97-113. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452004000100006&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 17-05-13.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Mandado de Segurança contra Denegação ou Concessão de Liminar”, in *RDP*, vol. 92.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TUTUNGI JUNIOR, Nicola. Discricionariiedade Judicial: Uma análise crítica. Disponível em:

<<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/312688/DLFE-28583.pdf/17Discricionariiedade.pdf>>. Acesso em maio 2013.