XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

HEITOR DE CARVALHO PAGLIARO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Heitor de Carvalho Pagliaro – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-804-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Na ocasião do XXVIII do Encontro Nacional do CONPEDI, o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica reuniu pesquisas notadamente na área da hermenêutica jurídica. O debate científico realizado a partir das treze pesquisas apresentadas teve como foco os princípios, com forte ênfase doutrinária. A maior parte dos trabalhos enfrenta questões de ordem teórica e outra parte analisa casos concretos.

De um lado, a precisão e a objetividade das regras atendem aos ideais de segurança jurídica, previsibilidade e estabilização das relações sociais. De outro lado, a generalidade e subjetividade dos princípios possibilitam a flexibilidade do direito frente às especificidades dos casos concretos. O excesso de ênfase nas regras pode afastar a equidade, entendida como a adaptabilidade do direito na aplicação da justiça no caso concreto, ao passo que o excesso de princípios pode conduzir a uma ampliação prejudicial e desmedida das possibilidades de interpretação,

Como o juiz deve interpretar as leis? Essa resposta não está nas leis – salvo poucas exceções nas quais a própria legislação dispõe que algo deve ser ou não deve ser interpretado de determinado modo. Também não está na ciência jurídica, pois não há consenso teórico a respeito disso. Kelsen, na Teoria Pura do Direito, se perguntou se existe uma interpretação ideal, melhor do que as demais, e respondeu que não há. Então o juiz faz uma escolha de qual técnica interpretativa empregar no momento da prestação jurisdicional. É sobre essa escolha que recai toda a preocupação da hermenêutica jurídica. É nesse ponto que política e direito se encontram, pois determinada concepção de direito e de sociedade será levada em conta nessa escolha, isto é, alguns valores e conceitos serão tomados como ponto de referência na decisão judicial.

É nesse sentido que Thiago Serrano Pinheiro de Souza e Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann defendem que a interpretação principiológica não pode prescindir de uma sólida teoria hermenêutica do direito, alertando para o risco do uso indiscriminado dos princípios e promovendo uma reflexão sobre a ideia de discricionariedade judicial, própria do que alguns teóricos denominam como pós-positivismo. No mesmo tema, Vitor Oliveira Rocha Fontes escreve sobre a discricionariedade judicial, com base no pensamento de Dworkin, apresentando críticas à teoria neoinstitucionalista do processo. A abertura que os princípios conferem à interpretação do direito pelo poder judiciário torna possível o fenômeno do

ativismo judicial, tema que é estudado por Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto em contraste com o princípio da legalidade. O autor analisa tal questão tendo como plano de fundo a distinção entre o poder legislativo e judiciário. Na mesma esteira, considerando a necessidade da interpretação para a efetividade do direito, Ana Cristina Lemos Roque e Leiliane Rodrigues Da Silva Emoto procuram demonstrar como a hermenêutica é fundamental para a concretização dos direitos fundamentais. Caroline Lais da Silva Stelmach, por sua vez, discute a teoria da integridade de Dworkin, relacionando-a com o Direito Processual Civil brasileiro.

Alguns trabalhos do GT, sem perder de vista o debate hermenêutico, tiveram como foco um problema concreto. Maria Eliane Carneiro Leão Mattos e Gabriela Martins Carmo criticam a abertura conferida pela discricionariedade judicial no que diz respeito aos alimentos provisórios, levantando discussões baseadas em Hart, Dworkin e Alexy, sobre os limites do poder de interpretação dos juízes. Évelly Salvador Miranda e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão analisam, com base nos direitos fundamentais, o direito ao nome do natimorto, como direito da personalidade, construindo uma interpretação analógica, tendo como referência o nascituro. As autoras apontam a necessidade de uma legislação federal para regulamentar essa questão, mas ponderam as possíveis consequências que tal direito poderia deflagrar no âmbito do direito civil.

O texto de Anna Paula Bagetti Zeifert e Emmanuelle de Araujo Malgarim aborda a ideia de existência de uma razão pública, refletindo criticamente sobre o que seria o bem comum, partindo do pensamento de John Rawls. Este autor também é referencial teórico no trabalho de Giovanni Galvao Vilaca Gregorio, que constrói uma reflexão sobre o direito à saúde entendido como bem social primário, tendo como base a teoria da justiça como equidade. Com base no mesmo filósofo, Jean Carlos Dias e Shirley da Costa Pinheiro analisam o conceito de justiça distributiva, a partir das relações entre igualdade e desigualdade. Além disso, os autores apresentam uma reflexão sobre como as desigualdades sociais deflagram diferentes graus de liberdade individual. Mauricio Fiorito desenvolve uma pesquisa sobre a justiça distributiva e a equidade, com base em Aristóteles, para pensar, a partir disso, questões relacionadas à justiça eleitoral.

Sublinhando a pluralidade de autores e teorias que permeiam o tema do GT, o trabalho das pesquisadoras Barbara Santos Rocha e Amanda Fernandes Leal abordam um caso concreto envolvendo decisões da justiça eleitoral no município de Valença, no Piaiu, analisadas sob a perspectiva da teoria de Amartya Sen, tendo em vista ideias de ações afirmativas, direitos políticos e igualdade de gênero. Por fim, Maria Izabel Dos Reis Rezende e Viviane Aprigio Prado e Silva têm como objeto de pesquisa o anteprojeto de lei anticrime proposto por Moro.

As autoras elaboram reflexões sobre a proposta legislativa tendo como referências os pensamentos de Dworkin, Streck, Rawls e Abamben, discutindo as ideias de leis injustas e desobediência civil.

Essas são, em linhas gerais, as pesquisas que integram o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica dessa edição do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI. O debate entre os pesquisadores que apresentaram trabalhos e os coordenadores do GT resgataram a clássica distinção grega entre o governo de leis e o governo de homens. As leis não são autoaplicáveis, por isso não há um governo só de leis. Os agentes públicos do Estado, em todas as esferas, não agem como querem, mas são vinculados à legislação, por isso não há um governo só de homens. O poder é exercido por homens, com base em leis. Estas se expressam por meio da linguagem, sobretudo escrita, e é por esse meio que os homens constroem, conhecem e aplicam as normas. Portanto, a interpretação é necessária. Pensando assim, pode-se falar de um governo de intérpretes, isto é, de homens com base em leis. É nesse ponto que as discussões do GT revelam sua importância e atualidade, pois pensar sobre a interpretação do direito é pensar sobre como o poder legítimo é exercido na sociedade.

Goiânia, junho de 2019.

Prof. Dr. Heitor de Carvalho Pagliaro - UFG

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ALIMENTOS PROVISÓRIOS. UMA DECISÃO DISCRICIONÁRIA? EM BUSCA DE RESPOSTAS NAS TEORIAS E DEBATES DE HART, DWORKIN E ALEXY.

PROVISIONAL FOODS. A DISCRETIONARY DECISION? IN SEARCH OF ANSWERS IN THE THEORIES AND DEBATES OF HART, DWORKIN AND ALEXY.

Maria Eliane Carneiro Leão Mattos [1]
Gabriela Martins Carmo [2]

Resumo

A que critérios deverá o juiz lançar mão para resolver os hard cases? O juiz é livre para decidir de acordo com seu convencimento pessoal em situações delicadas como a concessão ou não de alimentos provisórios? Embasado em estudos de grandes nomes da Teoria do Direito, como Hart, Dworkin e Alexy, o presente artigo analisou estes questionamentos supracitados, pautando-se em situações concretas para indagar se os juízes, ao julgarem, o fazem de forma discricionária ou não. Assim, para alcançar tal objetivo, o presente estudo foi realizado de forma eminentemente bibliográfico, com a revisão de literaturas sobre o tema.

Palavras-chave: Regras, Princípios, Discricionariedade, Alimentos provisórios, Hard cases

Abstract/Resumen/Résumé

What criteria should the judge use to resolve the hard cases? Is the judge free to decide according to his personal conviction in sensitive situations such as the granting or not of provisional food? Based on studies of the great names of Law Theory, such as Hart, Dworkin and Alexy, the present article analyzed these questions, based on concrete situations to inquire whether judges, in judging, do so in a discretionary manner or not. Thus, to achieve this objective, the present study was carried out in an eminently bibliographical way, with the review of literature on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rules, Principles, Discretion, Temporary food, Hard cases

[1] Especialista em Processo Civil UNIFOR/CEARÁ; Mestranda em Direito Unichristus/CEARÁ; Professora Universitária e Defensora Pública aposentada; Advogada.

[2] Mestra em Direito pela Unichristus/CEARÁ. Especialista em Processo e Direito do Trabalho. Advogada de Direito de Família e sucessões.

INTRODUÇÃO

Em duas ações cujo objeto de ambas era a fixação de pensão alimentícia, ocorreram situações semelhantes, com decisões totalmente diferentes, exaradas pelo mesmo magistrado ao fixar os alimentos provisórios. Tratava-se de um juiz sério, estudioso, mas ainda assim a sensação de discrepância ficou pairando no ar e no juízo de valor dos advogados e das partes. Qual teria sido a motivação do juiz naquelas decisões?

As ações de alimentos que deram azo às decisões de fixação de alimentos provisórios, tratavam ambas de uma única criança (em cada uma das ações), ambas saudáveis, estudavam em escola particular de mensalidades equivalentes e residiam em imóvel próprio da genitora.

A regra (Lei de Alimentos) é de textura aberta, ampla. Determina que os alimentos serão fixados de acordo com a necessidade de quem pede e a possibilidade de quem paga. E a jurisprudência acrescentou a razoabilidade ao binômio anterior. No entanto, ao fixar os alimentos provisórios em ambas as ações de alimentos, o juiz fixou em 17% dos vencimentos e vantagens do alimentante para a primeira ação e 25% dos vencimentos e vantagens do alimentante para a segunda ação. Como um magistrado poderia decidir casos semelhantes de forma tão diferente? Estaríamos diante de dissonâncias motivadas por equivocados sopesamentos principiológicos, ou apenas de atecnias, demonstradas quando o julgador se confunde com seus próprios critérios morais?

A discricionariedade que o juiz entende ter ou é legitimado para exercê-la, o autorizaria a decidir os *hard cases* contrariando as condições de coerência, integridade bem como premissas importantes de uma mais lógica interpretação da lei, da moral e dos princípios constitucionais?

Sobre esta inquietação tem este trabalho a pretensão de explorando um pouco mais aspectos pontuais das teorias de Hart, Ronald Dworkin e Robert Alexy, não de encontrar soluções (não se iria tão longe nesta missão impossível), mas mais uma vez provocar o pensamento livre do leitor para que aos poucos, as inquietações iniciais de transformem em pequenos pontos de luz.

1. EM BUSCA DE RESPOSTAS

Sobre a possibilidade de o juiz julgar casos que estejam na *zona cinzenta* usando da discricionariedade, Ronald Dworkin (2002, p.54) afirma que “a doutrina positivista do poder discricionário do juiz, argumenta que se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário”. E Ronald Dworkin (2002, p.54)

completa afirmando que “alguns nominalistas argumentam que os juízes sempre possuem poder discricionário, mesmo quando o que está em pauta é uma regra clara, pois os juízes são, em ultima análise, os árbitros definitivos da lei”.

A resposta não é tão simples assim. Uma decisão judicial, ainda que interlocutória, além de precisar observar as condições necessárias para ser uma decisão justa, além de precisar observar a premissas de legalidade para ser legítima, passa necessariamente pelas convicções pessoais do juiz, por suas crenças e conceitos morais, por princípios conflitantes postos ao seu próprio sopesamento, ou ainda pela interpretação pessoal que sua expertise empresta aos *hard cases*.

É preocupante que o jurisdicionado esteja sujeito a julgamentos de casos concretos que por não terem previsão expressa na Lei que a eles se adéquem submetam-no a variáveis que findam por eivar de incerteza e subjetividade o resultado direto de seus pleitos.

Sobre a discussão acerca da necessidade de se exigir uma regra clara faz-se necessária a observação de que a regra, por conter previsões gerais e abstratas, pode não ser clara, admitindo interpretação específica para o caso concreto, ou ainda, pode ser clara ‘prima facie’, mas não se subsumir integralmente ao fato (ao ser este axiologicamente valorado). E aí, também nestes casos, admitir-se-ia a discricionariedade, ou tratar-se-ia apenas de uma interpretação do magistrado no sentido de melhor adequar o fato à regra?

Com a teoria da integridade, que começou a desenvolver após a discussão que a regra seria do tipo tudo-ou-nada, Ronald Dworkin buscou descortinar os caminhos abertos que teria o juiz para aperfeiçoar o direito, e utilizando o método da interpretação construtiva em um processo de releitura constitucional, Ronald Dworkin, como explica Lorena Campos Vieira (2015, p.113) “valoriza constitucionalmente, a liberdade, igualdade, fraternidade, legitimidade, responsabilidade e a dignidade dos cidadãos no âmbito do direito e da política”.

Ainda pondo sob discussão a discricionariedade do juiz, Herbert Hart admite que em função da linguagem, haverá, no Direito, não apenas a necessidade de interpretar a regra, mas a possibilidade de serem exaradas decisões com interpretações conflitantes. E ainda nesta linha, Herbert Hart (2009, p.140) diz que “o poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem, pode ser muito amplo, de tal forma que se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha ainda que possa não ser arbitrária ou irracional”.

Sobre a textura aberta do direito, Herbert Hart (2009, p.158) entende que ela “deixa aos tribunais um poder de criação de direito muito mais amplo do que os deixados pelos marcadores, nestes sentidos as decisões não são usadas como precedentes criadores de direito”.

Se Herbert Hart flexibiliza a discricionariedade do juiz, principalmente diante de regras de textura aberta e de possibilidade de existir mais de uma resposta para determinado caso, Ronald Dworkin se mostra mais cauteloso em face da alternativa de decisões judiciais discricionárias, e justifica sua teoria encontrando situações em que admitiria a discricionariedade em sentido fraco, mas não admitiria a discricionariedade em sentido forte. E Robert Alexy (2017, p.584 e 585) acredita que "aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem, é abarcado pela discricionariedade estrutural do legislador".

E continua classificando a discricionariedade estrutural em três tipos, quais sejam, a discricionariedade para definir objetivos, a discricionariedade para escolher meios e a discricionariedade para sopesar. Este estudo, em itens seguintes, se debruçará com mais vagar sobre os caminhos que os três juristas seguiram acerca da discricionariedade.

Mas a busca por respostas possíveis persiste. E neste caminhar, indaga-se acerca de quais premissas ou princípios ou regras (morais ou jurídicas) envolvem o ato discricionário de decidir. Se ao decidir, o magistrado usa de discricionariedade, quais os critérios de que lançou mão para chegar a esta ou àquela resposta? E haveria um momento em que a decisão tomada a partir da discricionariedade do juiz, poderia não ser válida ou mesmo válida, ser considerada injusta?

Para tentar responder a tantas inquietações, partir-se-á da definição formal de discricionariedade, até se chegar a um aprofundamento maior em relação a critérios que devem ser observados para se ter uma decisão discricionária que seja justa, coerente, íntegra e válida. Conceitualmente, então, discricionariedade pelo Dicionário Informal (2009, *Online*):

> É a opção, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito (e não somente perante a lei), entre várias hipóteses legais e constitucionalmente possíveis ao caso concreto. Essa escolha se faz segundo critérios próprios como oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, interesse público, sintetizados no chamado mérito do ato administrativo.

Se for admitido que a decisão discricionária envolve escolhas entre alternativas válidas perante o direito, torna-se essencial que se discuta acerca dos critérios morais, constitucionais e infraconstitucionais que podem (ou devem) circundar o pensamento do juiz no momento de tomada de decisão. Esses processos mentais e legais são objeto deste estudo, sempre sendo levadas em consideração as ideias de Herbert Hart e Ronald Dworkin acerca da matéria.

2. A DISCRICIONARIEDADE SEGUNDO HART, SEGUNDO DWORKIN E SEGUNDO ALEXY

Não se há por discutir, até porque se trata de preceito legal expresso, que as decisões dos juízes devem ser fundamentadas. Em se tratando de um fato que tenha previsão expressa na lei, ao juiz caberá decidir subsumindo o fato à regra, que, presumivelmente válida, trará em sua previsão, princípios fundamentais de respeito ao indivíduo, de igualdade e de equidade. É a maneira do tudo-ou-nada [1], identificado por Ronald Dworkin (2002, p. 39), quando em seu Livro Levando os Direitos a sério, no capítulo 2, Modelo de Regras I, trata da diferença entre princípios e regras:

> A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou uma regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida e, neste caso, em nada contribui para a decisão.

E Ronald Dworkin (2002, p.40) continua afirmando que:

> A regra pode ter exceções, mas se tiver será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra sem enunciar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.

Poder-se-ia tomar como exemplo de regra clara, aquela inserta na Emenda Constitucional n° 66/2010, que prevê a possibilidade do divórcio para todos os casais civilmente casados, independente de culpa pela dissolução do casamento. Trata-se então de um direito potestativo a que faz jus aquele indivíduo cuja situação prática seja plenamente acolhida pela previsão legal expressa, ou seja, pela regra.

É imperativo voltar a comentar (já houve este debate argumentativo em itens anteriores), a possibilidade de que pouquíssimas regras sejam claras ao ponto de não exigir do julgador qualquer tipo de interpretação, seja ela hermenêutica ou política. Se assim se admitir, então haveria a possibilidade de se sustentar que ocorrendo o fato, passa a existir a discricionariedade do juiz para escolher a melhor regra que se adéqüe àquele caso concreto, o que representaria uma outra possibilidade de discricionariedade que não seja apenas nos *hard cases*, ou na aplicação de princípios (quando não há regra expressa), ou na adequação da moral ao direito, sendo este, talvez, o maior desafio dos juristas, fazer a moral caminhar de mãos dadas com as regras e princípios. Mas em qual medida?

[1] Em produções intelectuais posteriores, Dworkin não mais insiste na regra do tudo-ou-nada, e passa a defender o princípio da integridade, que até o tempo presente, suscita debates acalorados.

Mas em linhas gerais, pode-se dizer que quando existe uma regra expressa como previsão para um caso concreto, não há que se falar em discricionariedade do juiz. Ocorrendo o fato previsto pela norma e posto a julgamento, o magistrado subsume o fato à norma, e decide com fundamentação na lei. Se, como foi visto, isto for possível.

Tratando-se, entretanto, dos chamados casos difíceis, ou *hard cases*, o julgador encontrar-se-á numa 'zona cinzenta' do direito, onde o ordenamento jurídico seja omisso, ou onde não há regra expressa que se coadune ao caso concreto, ou existam regras, mas sejam contraditórias, ou precisem ser revistas ou mesmo regras que já não são válidas.

Como define Manuel Atienza (2003, p.84), "os casos difíceis por definição, são aqueles com relação aos quais, a opinião pública (esclarecida ou não), está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e a outros". E, em ocorrendo *hard cases*, qual a melhor decisão a ser tomada? Qual seria o direito a ser declarado?

Nestes casos, o uso da discricionariedade do julgador é admitido por Hart, tendo em vista que para ele, sempre haveriam casos sem uma regulamentação jurídica por serem estas, contraditórias, incompatíveis ou ainda por obscuridade, omissão ou invalidade. Sobre o tema, Bruno Fuga e Elve Miguel Cenci (2017, *Online*) explicam que:

> Para Hart, a discricionariedade seria vital, pois as normas possuem textura aberta. Essa característica seria arraigada à norma, tendo em vista a impossibilidade na estratégia escolhida para a transmissão de padrões de comportamento, prever todas as situações possíveis, seja o precedente ou a legislação.

Ainda considerando a necessidade de tomada de decisões em relação aos chamados *hard cases*, Herbert Hart (2009, p.264) observa que:

> A decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer. Mesmo neste caso, os juízes podem, mais uma vez, fazer uma escolha que não é arbitrária nem mecânica; e nisso frequentemente exibem certas virtudes judiciais características, cujo caráter especialmente apropriado à decisão judicial, explica porque alguns relutam em chamar essa atividade judicial de legislativa.

E continua Herbert Hart (2009, p. 326), afirmando que:

> Esses não são simples 'casos difíceis', casos polêmicos no sentido de que juristas sensatos e bem informados podem discordar sobre qual a resposta correta; o direito é, nestes casos, fundamentalmente incompleto: não oferece nenhuma resposta aos problemas em pauta. Estes não são regulamentados juridicamente; e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino "discricionariedade.

Sob este prisma, poder-se-ia afirmar que o magistrado, ao decidir acerca dos alimentos provisórios que iriam viger como obrigações jurídicas, nos dois casos citados no item I deste estudo, agiu com discricionariedade, tendo em vista que a regra que trata dos alimentos provisórios é sem dúvida alguma, uma regra de textura aberta.

Mas que critérios devem ser utilizados pelo julgador ao deparar-se com *hard cases*, e ainda assim, precisar emitir um julgamento justo? Em primeiro lugar, segundo Ronald Dworkin (2002, p.42) deve o julgador voltar-se aos princípios:

> Que dentre outras distinções em relação às regras, possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra, frequentemente será objeto de controvérsia.

Entende Ronald Dworkin que os princípios têm força mais vigorosa de aplicação, e em se tratando de *hard cases*, apresentam-se como fundamentais para a argumentação de um juiz que precisa dar suporte às suas decisões acerca de obrigações jurídicas. Ainda segundo o jurista, alguns princípios têm força obrigatória e devem ser aplicados sempre que pertinentes, sob pena de se incorrer em erro. Outros princípios representam uma compilação de vários princípios que o magistrado adota como tais, ou seja, seria uma questão de interpretação e aplicação de tais princípios ao caso concreto à escolha do julgador, por não serem em tese, obrigatórios. Nestas situações, como admitem os positivistas, o juiz estaria agindo com discricionariedade, quando decide um caso que não é coberto por uma regra clara.

Assim, pode-se afirmar que para a doutrina positivista, existe a compreensão de que, quando o juiz, para julgar, precisa lançar mão de princípios, estaria ele agindo de forma discricionária. Ou ainda, quando o caso não for regido por uma regra, o juiz deve usar sua autoridade discricionária.

Mas esta não é considerada por Ronald Dworkin (2002, p.42) uma assertiva absoluta, isto porque, para ele, "o conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade".

Nesta linha, Ronald Dworkin (2002, p.52) considera a discricionariedade em um sentido mais forte:

> Não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para

> afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que em certos assuntos ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão.

E Ronald Dworkin (2002, p.51) passa a considerar poder discricionário em sentido fraco, "apenas para dizer que por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar, não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar".

Considera Ronald Dworkin (2002, p.55), em severa crítica aos positivistas, que "é tautológica a proposição segundo a qual, quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário para julgar". Com esta afirmação corajosa, Ronald Dworkin (2002, p.55) enfrenta a doutrina de Herbert Hart diretamente, dizendo que "Hart, por exemplo, afirma, que quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele 'tipicamente emprega".

Este é um posicionamento lógico na medida em que se sabe e se observa que, na prática, diante de casos concretos, os parâmetros de justiça, moralidade, coerência, integridade, dentre outros, são padrões adotados pelo julgador, com base em suas próprias escolhas, em sua própria crença, de sorte a que não importa, de fato, a que padrões ele estaria efetivamente vinculado, mas sim a que padrões ele opta por adotar no momento de julgar um caso concreto.

Defendendo em sua teoria três tipos de discricionariedade, Robert Alexy (2017, p.585) explica que a discricionariedade para definir objetivos ocorre quando:

> Diante de um direito fundamental, o legislador tem uma discricionariedade para definir objetivos se este direito contiver uma autorização de intervenção que, ou deixe em aberto as razões para a intervenção ou embora mencione estas razões, apenas permita, mas não obrigue a intervenção se essas razões estiverem presentes. No primeiro caso o legislador pode decidir ele próprio se ele quer intervir no direito fundamental e em razão de que finalidades, objetivos ou princípios. No segundo caso, ao legislador cabe, pelo menos a decisão sobre encampar os fins, objetivos e princípios elencados no dispositivo constitucional e sobre a própria oportunidade da intervenção.

O jurista aqui em comento trata ainda do segundo tipo de discricionariedade estrutural, que é a discricionariedade para escolher meios, explicando Robert Alexy (2017, p.586) que esta:

> Entra em cena quando normas de direitos fundamentais não apenas proíbem intervenções, como também exigem ações positivas como por exemplo a concessão de uma proteção. Essa discricionariedade decorre da estrutura dos deveres positivos. O caso dos deveres negativos é diferente. A proibição de matar inclui a proibição de toda e qualquer ação homicida. A discricionariedade para escolher meios praticamente não suscita problemas se os diferentes meios forem aproximadamente

> adequados para realizar ou fomentar a finalidade e se não tiverem nenhum ou praticamente nenhum efeito negativo em outras finalidades ou princípios.

Já se reportando à discricionariedade para sopesar, Robert Alexy (2017, p.587) cita Lerche e Scherzberg para explicar que "a ideia de otimização está ligada à concepção de um ponto máximo, e avança na informação de que isso excluiria uma discricionariedade para sopesar".

Ainda sobre a discricionariedade para sopesar, Robert Alexy (2017, p.587 e 588) entende que:

> A tese do ponto máximo implica a existência de uma única resposta correta no âmbito dos princípios. Se a isso se adiciona que o âmbito dos princípios de direitos fundamentais é ilimitado em virtude da liberdade geral de ação, do enunciado geral de igualdade e de seu efeito irradiador de todo o sistema jurídico, então, fica claro, que a idéia de objeção ao ponto máximo, nada mais é do que uma variante especial, aplicada à otimização, da crítica baseada na idéia de genoma jurídico feita por Forsthoff. Saber se a objeção do ponto máximo é procedente é algo que depende do que se entende por 'otimização' na teoria dos princípios.

A despeito de a teoria de Herbert Hart ser mais aberta, mais permissiva em prol da aplicação da discricionariedade, e de Ronald Dworkin ser coerente com o seu pensamento, admitindo que as decisões judiciais podem ser consideradas discricionárias em seu sentido fraco, percebe-se que Robert Alexy evoluiu em sua teoria acerca da possibilidade de ser usada a discricionariedade quando os princípios são aplicados como mandamentos de otimização. Em sua visão, não se poderia usar a discricionariedade, através dos princípios, sem observar a máxima da adequação, algum tipo de otimização e a máxima da necessidade, defendendo, inclusive que a observância da necessidade traduziria a ideia de eficiência.

3. OS PRINCÍPIOS COMO PADRÕES PARA UMA DECISÃO DESCRICIONÁRIA

Princípios, como conceitua Robert Alexy (2017, p.90):

> São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação, não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Já para Ronald Dworkin, segundo Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia (2011, *Online*), princípio:

> É um padrão que deve ser observado não porque ele avançará ou assegurará um estado econômico, político ou social altamente desejável, mas porque ele é uma

> exigência de justiça ou equidade (fairness) ou de alguma outra dimensão da moralidade.

Ademais, pode se dizer que para Ronald Dworkin, segundo Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia (2011, *Online*):

> O sistema de princípios deve permitir que exista uma resposta correta também nos casos em que as regras não determinam uma única resposta. Desta forma, a única resposta correta seria aquela que melhor se justificar em termos de uma teoria substantiva que tenha como elementos os princípios e as ponderações de princípios que melhor correspondam à Constituição, às regras do Direito e aos precedentes.

Como se observa apenas através destes elementos conceituais dos juristas citados, a utilização dos princípios como elementos de base para a solução de *hard cases*, deve seguir uma coerência e integridade com aquilo que invoca o caso concreto, a constituição e os precedentes. São normas sim. Mas não são regras. São conclamados quando existem reconhecidamente no âmbito constitucional (como previsões gerais de comportamento), e ainda sob o aspecto moral e cultural, devendo inclusive ser distintos das políticas, como explica Ronald Dworkin, e estarem sujeitos a critérios de sopesamento quando há colisão, como defende Robert Alexy. São alternativas legítimas de fundamentação de uma decisão judicial, mesmo que haja, para o caso concreto uma regra específica, pois neste sentido, viriam fortalecer, validar e legitimar a regra a ser aplicada.

Comentando as teorias de Ronald Dworkin e Hart, Bruno Fuga e Elvie Miguel Cenci (2017, *Online*) explicam que:

> Para Hart, o poder de discricionariedade do juiz estaria pautado na própria aplicação de princípios e doutrinas para fundamentar as decisões. Seria inclusive contraditório Dworkin alegar que o uso de princípios em decisões judiciais, não gera discricionariedade, pois estes são conhecimentos gerais e passíveis de diversas interpretações, sendo seu uso sujeito à discricionariedade. Não apresenta, o princípio, um consenso de aplicabilidade, pois o caso concreto é suscetível de múltiplas explicações e posicionamentos. Para Hart, quando Dworkin admite o uso do princípio como fundamento de decisões este afirma a própria discricionariedade diante das muitas possibilidades de interpretação no caso concreto.

Os princípios são invocados nos *hard cases*, e vão se sedimentando no ordenamento jurídico de uma sociedade, de acordo com a moral, a cultura e a tradição de determinados povos.

Assim, não existem dúvidas de que o princípio do melhor interesse da criança deve ser invocado em situações concretas como aquelas que fazem pano de fundo ao presente estudo, que é a fixação de pensão alimentícia provisória.

Admita-se, no entanto, que o magistrado, ao analisar os critérios de que dispõe para decidir sobre a fixação de alimentos provisórios, se depare com a circunstância de ser o alimentante um servidor público aposentado, debilitado por alguns problemas de saúde que lhe trouxeram a idade e a genética. Seria então demais se supor que o julgador poderia estar diante de dois princípios, de dois mandamentos de otimização, quais sejam aqueles relacionados ao direito da criança de obter proteção do Estado e o direito do idoso de igualmente obter proteção do Estado, ou ainda a princípios referentes ao melhor interesse da criança e à proteção ao idoso e ao deficiente? Nestas situações extremamente comuns em varas de família, que princípio(s) deve eleger o julgador para fundamentar sua decisão?

Certamente estar-se-ia diante de situações em que ocorrem colisão entre princípios. Nestes casos, Robert Alexy (2017, p.93 e 94) afirma que:

> Se dois princípios colidem – o que ocorre por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio, e de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Seria o caso, por exemplo, ainda utilizando o exemplo de fixação de alimentos provisórios, que em um dos processos, o alimentando seja uma criança em idade escolar, e o pai/alimentante, pessoa idosa e com problemas de saúde. Já no outro processo, a alimentanda seja uma jovem senhora que afirma nunca ter trabalhado, por opção do casal, enquanto obviamente casados e o alimentante, pessoa idosa e com problemas de saúde.

Na opção pelo(s) princípios mais adequados a serem utilizados como fundamentação da decisão, necessariamente o julgador deveria estabelecer critérios de valor para cada princípio, para somente assim, chegar a uma decisão mais justa. Seriam os sopesamentos, que como explica Robert Alexy (2017, p.95), "é a definição de quais interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto". E Robert Alexy (2017, p.95) complementa seu argumento afirmando que "na decisão não se fala em 'colisão', mas de uma 'situação de tensão' e de um 'conflito'; e aquilo que colide e que é sopesado não é caracterizado como 'princípio', mas como 'dever', 'direito fundamental', 'pretensão' e 'interesse'".

Diante da possibilidade de princípios contraditórios, afirmam Bruno Fuga e Elve Miguel Cenci (2017, *Online*), que evidenciam:

> A necessidade de discricionariedade, o juiz terá que escolher no sentido do que é melhor e não em qualquer ordem de prioridades, segundo Hart. Não existe um critério seguro que possa medir o peso dos princípios em cada caso, sendo necessário, portanto a discricionariedade.

Discutindo acerca da eventual obrigatoriedade dos princípios, Ronald Dworkin (2002, p.46 e 47) afirma que "alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas". E Ronald Dworkin (2002, p.47) continua refletindo que "por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são". Conclui então Ronald Dworkin (2002, p.47) que em alguns casos, o juiz "vai além das regras a que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do 'direito'), lançando mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar se assim o desejar".

Como se percebe, ao admitir que ao julgar os *hard cases*, os juízes estariam usando a discricionariedade em sentido fraco, Ronald Dworkin vai além e afirma que nestas situações, ao lançarem mão de princípios, poderiam fazê-lo acerca de alguns que são tão obrigatórios quanto as regras, ou escolher outros mais específicos para eles, ou seja, julgarem de acordo com o que "adotam como princípio" pessoal.

Trata-se, ao que parece, de uma autorização em termos de liberdade de agir que atua perigosamente fora da moldura do direito, e que pode aproximar a decisão de um caráter de arbitrariedade a ponto de, pelo menos moralmente, ser uma decisão injusta.

Robert Alexy segue uma linha de raciocínio mais criteriosa, quando afirma que por terem uma realização mais ampla possível, tanto do ponto de vista das possibilidades dos fatos quanto do ponto de vista das possibilidades jurídicas, os princípios, como mandamentos de otimização (principalmente em face das possibilidades jurídicas), são determinados principalmente quando ocorre uma colisão de princípios. Assim, diz Robert Alexy (2017, p.593 e 594) que:

> Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes, nada mais é que o sopesamento. A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.

Bem, se já é certo que em uma ou outra medida, a discricionariedade do juiz é admitida no ato de decidir, e se já se tem a compreensão do momento em que um caso difícil pode ser decidido através dos princípios, bem como que, de forma diferente das regras (onde

se admite o conflito entre duas ou mais regras), podem ocorrer colisões entre princípios, quando no caso concreto, os padrões de decisão deverão seguir os critérios de sopesamento.

Mas ainda assim, deve-se considerar que a não-satisfação ou a afetação de um princípio colidente em relação ao outro vai carecer de um juízo de peso e de valor, a ser feito pelo aplicador de tal ou qual princípio para o caso concreto. E é neste momento que se entende que os valores pessoais do juiz, suas convicções, podem influir nas suas decisões.

4. A MORAL COMO CONDUTA PESSOAL CAPAZ DE INFLUIR NAS DECISÕES JUDICIAIS

Voltando ao exemplo base deste estudo (duas ações de alimentos com características semelhantes e duas decisões interlocutórias totalmente díspares), não há como se deixar de acreditar que o magistrado utilizou de discricionariedade e de seus próprios recursos morais, que por alguma razão, foram divergentes de um caso para outro.

Como neste tópico a ideia é questionar a questão da moral face ao princípio (enquanto norma), pois certamente aquela exercerá grande e grave influência no momento do sopesamento em relação a este, torna-se conseqüência lógica a distinção mais aprofundada do que exatamente signifique a moral, como norma (não jurídica) e como bagagem pessoal do individuo, a fim de que sobressaia um respaldo teórico no momento oportuno de abordagem de interpretação para uma ou outra ação do juiz.

Citando Habermans, Robert Alexy (2013, p.164) afirma que:

> Sem dúvida, os direitos humanos e a justiça não esgotam o escopo do que poderia ser chamado de moralidade. Junto com esses dois elementos, há um terceiro. Isso se refere às concepções individuais e coletivas do bem (Habermans, 1996: 159). Essas concepções definem identidades individuais e coletivas (Habermans, 1996: 160). Agora, direitos humanos são normas que basicamente afirmam ter prioridade sobre todas as outras normas (Alexy, 2006b: 18). Se os direitos humanos são fundamentáveis, sua prioridade prioritária também é. Por essa razão, a identidade como elemento moral pode ter um efeito na concepção de justiça (Alexy, 1999: 379), mas não pode restringir o papel dos direitos humanos e da justiça na discussão do argumento do relativismo.(tradução livre)[2]

Como se pode interpretar deste posicionamento de Robert Alexy, não se há como falar em aplicação das normas, sejam elas, regras ou princípios, ou mesmo de efetivar um

[2] "Sin duda, los derechos humanos e la justicia não agotan el âmbito de lo que podría llamarse moralidad. Junto a estos dos elementos, hay um tercero. Éste se refiere a las concepciones individuales y colectivas del bien (Habermans, 1996:159). Estas concepciones definen identidades individuales y colectivas (Habermans, 1996:160). Ahora, los derechos humanos son normas que básicamente pretenden tener prioridad respecto de todas las demás normas (Alexy, 2006b:18). Si los derechos humanos son fundamentables, sua pretentensión de prioridad, por lo tanto, tambien lo es. Por esta razón, la identidad como um elemento moral puede influir de echo em la concepción de La justicia (Alexy, 1999: 379), pero no puede restringir el papel de los derechos humanos y la justicia em la discusión del argumento del relativismo" (Texto original).

sopesamento em caso de colisões entre princípios, sem se levar em conta que os direitos humanos, a moral e a justiça devem estar sempre sendo invocados em prioridade a qualquer outro tipo de regra ou de mandamento de otimização.

Entende-se, no entanto, que aqui se está a falar de conceitos morais em sentido amplo, como o modo de pensar de uma determinada sociedade, como a bagagem cultural de um povo. Esta moral social não é imutável, e vai evoluindo (ou involuindo) conforme os vozeios dos fatos sociais se façam mais ou menos exigentes. Foi assim em relação ao divórcio no Brasil, ou em relação ao reconhecimento de uniões estáveis homoafetivas, só para contribuir com dois exemplos clássicos de direito de família.

Parece então, que ao julgar discricionariamente, ou mesmo ao sopesar (quando necessário) princípios, o magistrado deve se concentrar, de início, na moral social, nos mais critérios comuns de justiça e também nos direitos humanos.

No entanto, mesmo estes, não são absolutamente conceitos específicos, estanques, do tipo é ou não é. Ainda que para seguir a onda de moralidade que possa estar indicando para uma ou outra direção, o juiz precisará fazer uso de seu próprio conteúdo moral e jurídico. E é neste ponto que a discricionariedade pode se tornar um risco para o jurisdicionado que, ficando à mercê das ideias pessoais do julgador, venha a se sentir juridicamente inseguro, principalmente quando sua moral pessoal for dissonante com a moral pessoal do julgador.

Mas a moral ou os conceitos morais de uma sociedade, podem estar em desarmonia com a moral individual do magistrado? O homem, segundo Hans Kelsen (1999, p.69):

> Pode ter inclinações ou interesses que mutuamente se contradizem. A sua conduta efetiva depende de qual seja a inclinação mais intensa, de qual seja o interesse mais forte. Nenhuma ordem social pode precludir as inclinações dos homens, os seus interesses egoísticos, como motivos das suas ações e omissões.(...) Ela apenas pode, se quer ser eficaz, criar para o individuo a inclinação ou o interesse de se conduzir em harmonia com a ordem social, e se opor às inclinações ou interesses egoísticos, que na ausência daquela, atuariam.

Ademais, de acordo com Hans Kelsen (1999, p.68 e 69):

> A conduta ‘interna’, que a moral, diferentemente do Direito – segundo o ponto de vista de muitos filósofos moralistas – exige, deverá consistir em uma conduta que, para ser moral, terá de ser realizada contra a inclinação ou – o que é o mesmo – contra o interesse egoístico. Na medida em que isso não signifique senão que subsiste o dever de realizar determinada conduta, estatuído por uma norma moral, ou seja, que esta norma vale, mesmo quando a inclinação ou o interesse egoístico se oponham à conduta prescrita, poderá afirmar-se justamente o mesmo dos deveres estatuídos através de normas jurídicas.

Foi dito antes que a lei determina que as decisões dos juízes precisam ser fundamentadas, sob pena de nulidade, mas Álvaro Ricardo e Leonardo Wykrota (2015, p.46) têm um posicionamento bem interessante a respeito, quando afirmam que:

> O que o narrador faz é uma narração, não uma justificação. Mas, enquanto narrativa, a decisão se torna promessa de justiça. Ela se torna íntegra pelo compromisso ético de justiça. Ela não 'é' ato de cognição nem tampouco atitude cínica. O outro e o terceiro não são fantoches. A narrativa expõe o juiz. Expõe sua evasão. Testemunha sua epifania. Se vem das sombras do inconsciente, se é fenômeno, também joga luzes sobre o que foi dito e o que ficou por dizer. Permite o diálogo, pois é abertura ao outro. Autoriza o 'debate' de razões. Questiona a ontologia empregada. Exige a revelação do que se esconde pelas paredes do 'túnel do processo'. Pede a visão dos invisíveis, a inclusão dos excluídos. Longe da imparcialidade do juiz que 'justifica' sua 'decisão', a narrativa muda a dimensão ética da decisão. Dimensão que nos autoriza a rejeitar raciocínios utilitaristas. Afasta o viés instrumental do utilitarismo que olvida o que há de humano no Outro.

Nesse sentido, fica clarificado que a busca de decisões justas, pautadas em critérios e ponderações que não toquem a discricionariedade (embasada em crenças pessoais do juiz), ainda são uma procura sem grande sucesso.

CONCLUSÃO

Sem dúvida, após todas as análises acerca da discricionariedade, vista sob a ótica de jusfilósofos como Hart, Ronald Dworkin e Robert Alexy, já se pode vislumbrar que a busca de decisões justas, fundadas em critérios, em ponderações, coerentes e sem terem por pano de fundo o excesso criativo do juiz, que o faz através de suas crenças pessoais é ainda uma procura sem grande sucesso. Isso porque, mesmo que se argumente que a fundamentação do juiz, e a justificativa que ele utilize para sua tomada de decisão seriam suas amarras, que poderiam expor suas atecnias ou incoerência, não se pode olvidar que ainda assim, esta decisão estará viciada pela compreensão pessoal do julgador, por suas próprias convicções morais, pelo seu próprio juízo de valor. Afinal, até para fazer a ponderação de princípios, o juiz precisará partir de premissas não apenas ligadas ao fato concreto, mas ao seu próprio convencimento, que, repete-se, está diretamente atrelado às suas convicções pessoais, à sua moral individual, como falava Kelsen.

Mas admitindo-se como inevitável que ao exercer a discricionariedade, ao utilizar princípios, o juiz atue também como individuo, e não apenas como autoridade legitimada a este tipo de decisão, qual seria a exata medida, o exato freio que poder-se-ia definir para que as decisões judiciais possam ser justas e coerentes?

Infelizmente, ao aprofundar o estudo do poder discricionário do juiz, entende-se claramente os caminhos que a teoria do direito traçou para adotá-lo com maior ou menor abertura ou liberdade e com maiores critérios. Mas nenhum dos jusfilósofos aqui estudados ousaram por em prática suas teorias pessoais, colocando o juiz dentro de suas molduras, de seus limites, num exercício de controle das decisões que precisaria ir além das possibilidades recursais, passando talvez por constantes auditorias que analisassem as decisões de acordo com a matéria questionada, verificando se estariam observando critérios, coerência e integridade.

Talvez, o maior crítico das decisões judiciais seja de fato o jurisdicionado. Se ele fizer um protesto (até recursal) empírico, nada se modifique. Mas se ele expuser sua inconformidade, legitimando-a através de tão profundas e importantes teorias expostas neste e em tantos outros trabalhos, ocorra aos poucos uma tomada de consciência, uma necessidade maior de estudo, um dever mais latente de imparcialidade dos juízes, que precisarão assim, por de lado suas próprias e pessoais dimensões morais, e utilizar forma mais técnica os princípios, as ponderações e, finalmente as decisões, fundadas no juízo de valor que se estabelece nos fatos, e não em suas próprias crenças pessoais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALEXY, Robert. **Derecho, Moral y la existência de los Derechos Humanos.** Signos Filosóficos, vol. 15, n° 30, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito – Teorias da argumentação jurídica.** Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Editora Landy, 2003

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; WYKROTA, Leonardo Martins. **(O) Outro (e) (O) Direito:** Volume I. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

INFORMAL, Dicionário. **Discricionariedade.** Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/discricionariedade/>. Acesso em: 12 abr. 2019.

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

FUGA, Bruno; CENCI, Elve Miguel. **Discricionariedade do juiz: discussão entre Dworkin e Hart.** 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55984/discricionariedade-do-juiz-discussao-entre-dworkin-e-hart>. Acesso em: 13 abr. 2019.

HART, Herbert L. A .**O conceito de direito** / H.L.A. Hart; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara; revisaõ de traduçaõ Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rossa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAPUCAIA, Rafael Vieira Figueiredo. **A Teoria dos Princípios em Alexy e Dworkin.** 2011. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2405/a-teoria-principios-alexy-dworkin>. Acesso em: 12 abr. 2019.

VIEIRA, Lorena Campos. A Discricionariedade do juiz e o princípio da integridade proposto por Ronald Dworkin. **Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p.102-118, dez. 2015. Disponível em: <http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/811/571>. Acesso em: 12 abr. 2019.