

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO**

**ARTICULAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COM
OUTROS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO LEGÍTIMOS,
COMO MEIO PARA REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE
JUDICIAL**

Marco Aurélio Ghisi Machado

**Itajaí-SC
Novembro – 2019**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO**

**ARTICULAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS COM
OUTROS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO LEGÍTIMOS,
COMO MEIO PARA REDUÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE
JUDICIAL**

Marco Aurélio Ghisi Machado

**Proposta submetida à Banca para o
Exame de qualificação de Tese de
Doutorado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –UNIVALI.
Em dupla titulação com a Università Degli
Studi di Perugia – UNIPG.**

Orientador: Professor Dr. Maurizio Oliviero

Coorientador: Professor Dr. Orlando Luiz Zanon Júnior

Coorientadora: Professora Dra. Alessandra Silveira

**Itajaí-SC
Novembro - 2019**

AGRADECIMENTOS

Professor Doutor **Maurizio Oliviero**,
por acreditar na proposta de trabalho.

Professor Doutor **Orlando Luiz Zanon Júnior**,
Pelo companheirismo, apoio e inspiração durante toda jornada.

Professora Doutora **Alessandra Silveira**,
pela centelha que deu início à caminhada.

Egrégio **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**,
pelo apoio ao aperfeiçoamento de seus colaboradores.

Universidade do Vale do Itajaí,
na pessoa do Professor Doutor Paulo Cruz, pelas condições ofertadas para a
realização da pesquisa.

Universidade de Perugia,
pela excelência das condições oferecidas durante a estada.

Professores e funcionários
do Curso de PósGraduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali e do
Dipartimento di Giurisprudenza da UNIPG.

Frederico Siegel e Marurício Povoas,
queridos amigos e colegas de doutorado, pelo apoio e estímulo em todas as
horas.

Zenaide Borges e Louise Cadorin,
pela parceria e alegria no dia a dia.

DEDICATÓRIA

Esse trabalho é dedicado a todos aqueles que, de alguma forma, moldaram e continuam moldando seu autor, aos que já foram e aos que ainda estão:

Aos meus avôs César e Waldemar, estamos juntos sempre,

Às minhas avós Zeza e Maria, que continuem me olhando com carinho,

Aos meus pais, pela segurança que me garante seguir em frente,

Aos meus irmãos, certeza de que estaremos sempre unidos,

À Cláudia, Gabriel e Enzo, nada disso valeria a pena sem a parceria, o apoio e compreensão de vocês,

E às pessoas que sempre estiverem presentes nos bons e maus momentos, estão sempre e para sempre no meu coração.

“Não sou nada.

Nunca serei nada.

Não posso querer ser nada.

À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.”

(Tabacaria, de Fernando Pessoa)

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de Direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Perugia (IT), 20 de novembro de 2019.

Marco Aurélio Ghisi Machado
Doutorando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

Esta Defesa de Tese foi julgada APTA para a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

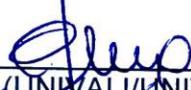


Professor Doutor Maurizio Oliviero
Orientador



Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Comissão Examinadora composta pelos Professores

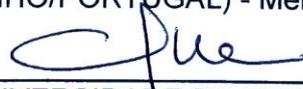


Doutor Maurizio Oliviero (UNIVALI/UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Presidente

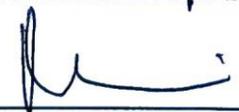


Doutor Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI) – Membro

Doutora Alessandra Aparecida Souza Silveira (UNIVALI/UNIVERSIDADE DO MINHO/PORTUGAL) - Membro



Doutor Carlo Fiorio (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro



Doutora Maria Chiara Locchi (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro



Doutor Guido Sirianni (UNIVERSIDADE DE PERUGIA/ITÁLIA) – Membro

Itajaí(SC), 20 de novembro de 2019.

ROL DE CATEGORIAS

COSTUMES

Além de Fonte do Direito, “Costume é uma Norma Jurídica sobre determinada relação de fato e resultante de prática diurna e uniforme, que lhe dá força de lei. Ao conjunto de tais Regras não escritas chama-se Direito Consuetudinário.”¹.

DECISÃO JURÍDICA

Respostas que orientam condutas, oferecidas pelos órgãos jurisdicionais, com poder de imposição mediante emprego de sanção, e que se expressam por meio de despachos, sentenças e acórdãos, frente aos fatos concretos apresentados pelas partes em juízo.

DIREITO

“Elemento valorizador, qualificador e atribuidor de efeitos a um comportamento, com o objetivo de que seja assegurada adequadamente a organização das relações humanas e a justa convivência, tendo a Sociedade conferido ao Estado o necessário poder coercitivo para a preservação da ordem jurídica e a realização da justiça”².

DISCRICIONARIEDADE

”[...] margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de Razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir um dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento,

1 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 188.

2 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 72.

dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”³

DOCTRINA JURÍDICA

Além de Fonte do Direito, são “Escritos técnicos sobre temas jurídicos, produzidos por Juristas, como integrantes da comunidade científica voltada à resolução de problemas neste campo de estudo”⁴.

ÉTICA

“Conjunto de parâmetros valorativos convergentes em determinado grupo de pessoas ou comunidade individualmente identificável, de modo a orientar e delimitar as deliberações tomadas perante o agrupamento”⁵.

FONTES DO DIREITO/ FONTES JURÍDICAS

“São os argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo Direito como legítimos limitadores para tomada de decisões em uma Sociedade específica.”⁶

INTÉRPRETE DO DIREITO

Todo aquele que, tendo conhecimento técnico do que se denomina Direito, passa a interpretar as Fontes do Direito, na busca de produzir respostas a problemas hipotéticos ou reais. Todo Julgador é um Intérprete, mas nem todo Intérprete é um Julgador.

3 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discrecionabilidade e controle jurisdicional**. 2 ed.11 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012, p.48

4 ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2º ed. rec. ampl., Curitiba-PR: Editora Prisma, 2014, p. 228.

5 ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2º ed. rec. ampl., Curitiba-PR: Editora Prisma, 2014, p. 228.

6 ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2º ed. rec. ampl., Curitiba-PR: Editora Prisma, 2014, p. 228.

JULGADOR

É o magistrado, responsável por interpretar as Fontes do Direito e apresentar, através do processo, a resposta ao caso concreto, dando-o solução e pacificando o litígio. Todo Julgador é um Intérprete, mas nem todo Intérprete é um Julgador.

JURISPRUDÊNCIAS

Além de Fonte do Direito, é “[...] forma de revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.”⁷

JUSNATURALISMO

“Paradigma da Ciência do Direito que afirma a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão.”⁸

MORAL

“Escala de valores de cada pessoa, voltada ao direcionamento daquilo que é certo ou errado, de acordo com seu conhecimento adquirido, de modo a orientar as suas deliberações”⁹

NORMA JURÍDICA

Norma Jurídica é uma proposição prescritiva, onde as ordens são emanadas através de um conjunto de palavras com significado e destinadas a regular condutas, sendo garantida a obediência destas condutas através de sanção externa e institucionalizada. São espécies de normas as Regras Jurídicas e os Princípios Jurídicos.

7 REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167.

8 ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2º ed. rec. ampl., Curitiba-PR: Editora Prisma, 2014, p. 229.

9 ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2º ed. rec. ampl., Curitiba-PR: Editora Prisma, 2014, p. 229.

NORMA JURÍDICA DE DECISÃO

“Em suma, a Norma de Decisão é a Norma Jurídica aplicada a um caso concreto.”¹⁰

POSITIVISMO JURÍDICO (Juspositivismo)

“O Positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do Positivismo filosófico ao domínio do Direito. Imaginou-se, sob o rótulo de Positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente da objetividade da observação e da experimentação. Se o investigador das ciências naturais pode realizar experimentos com base em procedimentos lógicos até concluir a respeito da verdade ou da falsidade de uma proposição, supôs-se que a tarefa do jurista poderia ser submetida a essa mesma lógica. Nessa linha, os juristas sempre chegariam a um resultado correto ou falso na descrição do Direito positivo, como se físicos ou químicos fossem”¹¹

PÓS-POSITIVISMO

“Conjunto de diversas propostas que visam substituir o Paradigma do Positivismo Jurídico, mediante a superação de seus principais problemas, com o objetivo de reger a Ciência Jurídica com hegemonia, por relevante período de tempo.”¹²

PROCESSO JUDICIAL

“[...] um instrumento através do qual o Estado exerce o poder-dever de dar proteção jurisdicional aos Direitos.”¹³

10 GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63.

11 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 31-32.

12 ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2º ed. rec. ampl., Curitiba-PR: Editora Prisma, 2014, p. 230.

13 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015, p.91.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Além de Fonte do Direito, “Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos necessário”¹⁴, “Os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover com íntima relação a valores quanto aos fins.”¹⁵

REGRAS JURÍDICAS

Além de Fonte do Direito, são “normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”¹⁶

SEGURANÇA JURÍDICA

É norma princípio que traça planos que devem ser seguidos, na medida do possível e dentro de possibilidades jurídicas e fáticas existentes, com função intermediária de nortear a criação de normas gerais e individuais, para que preencham os requisitos de compreensão, confiabilidade e calculabilidade, com isso garantindo que todos possam orientar suas condutas com a garantia de moldar seu presente e planejar seu futuro, sem reveses, surpresas ou arbitrariedades.

TEXTOS NORMATIVOS (TEXTOS LEGISLATIVOS/TEXTOS LEGAIS)

Além de Fonte do Direito, são “Construção gramatical que limita a amplitude decisória das pessoas em determinada Sociedade, amarrando as expectativas quanto às consequências de ações dentro da respectiva tradição interpretativa.”¹⁷

14 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013, p. 87.

15 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013, p. 87.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 413.

17 ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2º ed. rec. ampl., Curitiba-PR:

SUMÁRIO

RESUMO	14
RIASSUNTO	15
RESUMEN	16
INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1. Princípios Jurídicos	28
1.1. Normas jurídicas.....	29
1.1.1 Normas na corrente Pós-Positivista.....	37
1.1.2 Normas e Enunciados Normativos.....	42
1.1.3 Normas jurídicas como resposta ao caso concreto.....	45
1.2 Classificação das normas jurídicas em Regras e Princípios Jurídicos.....	47
1.3 Conceito de princípios – critérios de distinção entre Regras e Princípios.....	49
1.4 Identificação dos princípios e sua diferenciação das Regras.....	55
1.5 Princípios e valores.....	58
1.5.1 Função programática.....	60
1.5.2 Função integradora.....	61
1.5.3 Função fundamentadora.....	61
1.5.4 Função Interpretativa.....	62
1.5.5 Função limitativa.....	62
1.5.6 Função supletiva.....	62
1.6 Efetividade e aplicação dos Princípios Jurídicos.....	64
1.6.1 Efetividade.....	64
1.6.1.1 Da validade e da vigência.....	66
1.6.1.2 Da eficácia.....	68
1.6.1.3 Classificação das normas constitucionais.....	69
1.6.2 Colisão de Princípios Jurídicos e a ponderação.....	73
CAPÍTULO 2. Os Paradigmas da Ciência Jurídica e os Princípios Jurídicos	76
2.1 Jusnaturalismo.....	82
2.2 Positivismo jurídico.....	86
2.3 Pós-Positivismo.....	92

2.4	Norma Jurídica e valor.....	95
2.4.1	Valor como critério de validade e eficácia.....	99
CAPÍTULO 3. Processo.....		104
3.1	Natureza jurídica do processo.....	105
3.1.1	Processo como contrato.....	106
3.1.2	Processo como relação jurídica.....	107
3.1.3	Processo como instrumento.....	108
3.2	Processo e efetivação dos princípios.....	111
3.3	Da Decisão Judicial.....	113
3.3.1	Fontes do Direito.....	116
3.3.2	Interpretação e algumas de suas teorias.....	118
3.3.3	Objetivismo e subjetivismo como linhas hermenêuticas.....	121
3.3.4	Fundamentação e Justificação.....	167
3.3.5	Ativismo e Discricionariedade.....	170
CAPÍTULO 4. Segurança Jurídica e aplicação dos princípios.....		176
4.1	Conceito de Segurança Jurídica, elementos que a caracterizam e seus fundamentos.....	177
4.2	Segurança Jurídica da norma, do ordenamento e da Decisão Judicial.....	182
4.3	Justificação e Segurança Jurídica.....	185
4.4	Identificação segura dos Princípios Jurídicos e afastamento de pseudoprincípios.....	188
4.5	Métodos para articulação dos Princípios Jurídicos nas decisões judiciais ...	195
4.5.1	Subsunção.....	196
4.5.2	Ponderação.....	200
4.5.3	A integridade e a coerência em Dworkin.....	206
4.5.4	Diálogo das fontes (interno) e diálogo das cortes (externo)	211
4.6	Proposta de um método para aplicação dos Princípios Jurídicos na justificação da Decisão Judicial, com garantia de maior Segurança Jurídica	220
CONCLUSÃO.....		235
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....		239

RESUMO

A presente Tese está inserida na linha de pesquisa Princiologia Constitucional e Política do Direito. O objetivo investigatório desta Tese de Doutorado consiste em apresentar uma proposição original para articulação de Princípios Jurídicos como fundamento da Decisão Judicial, mas com garantia de redução da Discricionariedade do Julgador e dessa forma promover uma maior Segurança Jurídica na produção da decisão, do ponto de vista da certeza e da previsibilidade. O estudo desenvolveu-se tendo como lastro o paradigma da pós-positividade, analisando sob este enfoque as teorias da Norma Jurídica, das Fontes do Direito e da Decisão Judicial. Entre os principais doutrinadores analisados estão Kelsen, Hart, MacCormick, Alexy, Atienza, Dworkin, Zanon Júnior e Humberto Ávila.

Palavras-chave: Pós-Positivismo, Princípios Jurídicos. Segurança Jurídica e Decisão Judicial.

RIASSUNTO

Questa tesi è inserita nella linea di ricerca dei Principi Costituzionale e Politica del Diritto. L'obiettivo investigativo della presente Tesi di Dottorato è presentare una proposta originale di articolazione dei Principi Legali come base della decisione giudiziaria, ma con una garanzia di riduzione del potere discrezionale dell'interprete/magistrato e quindi promozione di una maggiore sicurezza del diritto nella produzione della decisione, sotto l'angolo di certezza e prevedibilità. Lo studio è stato sviluppato sulla base del paradigma post-positivista, analizzando da questa prospettiva le teorie della Norma Legale, le Fonti del Diritto e la Decisione Giudiziaria. Tra i principali scrittori dottrinali analizzati ci sono Kelsen, Hart, MacCormick, Alexy, Atienza, Dworkin, Zanon Junior e Humberto Ávila.

Parole Chiave: postPositivismo, principi legali, sicurezza del diritto e decisione giudiziaria.

RESUMEN

Esta tesis se inserta en la línea de investigación de Principiología Constitucional y Política del Derecho. El objetivo de investigación de la presente Tesis Doctoral es presentar una propuesta original para la articulación de los Principios Legales como la base de la decisión judicial, pero con la garantía de reducir la discreción del Intérprete/juez y promover así una mayor seguridad jurídica en la producción de la decisión, bajo el ángulo de certeza y previsibilidad. El estudio se desarrolló sobre la base del paradigma de post-positividad, analizando desde esta perspectiva las teorías de la Norma Legal, las Fuentes del Derecho y la Decisión Judicial. Entre los principales escritores doctrinales analizados se encuentran Kelsen, Hart, MacCormick, Alexy, Atienza, Dworkin, Zanon Junior y Humberto Ávila.

Palabras clave: postPositivismo, principios legales. Seguridad jurídica y decisión judicial.

INTRODUÇÃO

O objetivo investigatório da presente Tese de Doutorado consiste na apresentação de um estudo original sobre o tema Segurança Jurídica das decisões judiciais quando, para seu fundamento, são empregados Princípios Jurídicos, independente da intermediação de Regras. A pesquisa situa-se no contexto da elevada Discricionariedade dos julgamentos realizados com lastro em Princípios Jurídicos e a indispensável preocupação com a segurança das decisões. Dentro deste cenário, expõe-se a proposta de um método para articulação dos Princípios Jurídicos, em associação com outros critérios de julgamento legítimos e a Teoria da Argumentação Jurídica, para com isso se alcançar a redução da Discricionariedade judicial e aperfeiçoar a Segurança Jurídica.

O objetivo institucional do trabalho é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da UNIVALI, em dupla titulação com a Universidade de Perugia (UNIPIG).

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) Os marcos teóricos tradicionais, que tratam da aplicação dos Princípios Jurídicos como fundamento da Decisão Judicial, promovem a excessiva Discricionariedade do Julgador, precisando ser revistos para lidar adequadamente com o propósito de Segurança Jurídica;

b) As visões clássicas e de oposição entre Positivismo e Pós-Positivismo não têm contribuído para o afastamento da Discricionariedade do Julgador, sendo indispensável se refletir sobre saídas para esse subjetivismo e garantir Segurança Jurídica das decisões;

c) É necessário restringir a aparente generalidade e universalidade da natureza dos Princípios Jurídicos, interpretando-os de forma articulada com outros

critérios de julgamento legítimos, associados à Teoria da Argumentação Jurídica, para com isso alcançar sua restrita aplicação ao caso concreto.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão exibidos na presente Tese, ao longo de quatro capítulos, que seguem abaixo sintetizados.

O primeiro capítulo propõe-se a apresentar o instituto do Princípio Jurídico, descrevendo-o e classificando-o como espécie de Norma Jurídica, diferenciando-o das Regras, seja quanto à sua construção gramatical, alcance e aplicação.

Os marcos teóricos adotados na pesquisa das normas e na sua classificação entre Regras e Princípios Jurídicos são, em especial, colhidos das obras de positivistas como Kelsen, Hart e Norberto Bobbio, bem como também de autores pós-positivistas, no caso Dworkin, Alexy, Maccormick, Atienza, entre outros.

O trabalho volta-se à aplicação dos Princípios Jurídicos como critério válido para julgamento, mas com a redução da Discricionariedade e a busca pela Segurança Jurídica, aceita o conceito de norma Pós-positivista, com a indispensável conexão entre Direito e Moral.

O capítulo segundo retrata paradigmas da Ciência Jurídica, levando em consideração as escolas teóricas do Jusnaturalismo, do Positivismo Jurídico e do Pós-Positivismo, discorrendo sobre o papel dos princípios em cada uma dessas linhas de pensamento.

O segundo capítulo define a importância do exame das questões que envolvem os princípios, sua eficácia e a Segurança Jurídica na sua aplicação, isto em razão dos aspectos morais e éticos que hoje permeiam os conflitos sociais aos quais o Julgador deve atenção, as Regras já não respondem a todas as exigências da sociedade nas soluções de seus problemas, pois não basta apresentar uma resposta, é substancial que ela seja correta e que seja justa.

O terceiro capítulo aborda o tema 'processo', tratando-o como *locus* onde é produzida a pacificação dos litígios, constroem-se a solução do problema concreto, para tanto segue-se procedimentos e métodos para conhecer os fatos e reconstruir as informações sobre o caso e ao fim produzir a sua resposta adequada.

A Decisão Judicial foi tratada para além de singelo meio de pacificar o conflito, mas sob o enfoque também de método para promoção da Justiça, onde o Julgador e as partes, integrantes dessa relação jurídica, participam cooperativamente na elaboração do Direito, materializando-o na sentença.

Enfim, no terceiro capítulo deixou-se claro que o processo é o *locus* e instrumento de pacificação dos litígios, através da aplicação ao caso concreto das Fontes do Direito legitimamente adotadas em cada comunidade, dessa forma construindo na Decisão Judicial a resposta adequada para a solução da lide, contudo, demonstrou-se também a indubitável relevância de se afastar ao máximo a Discricionariedade do Julgador na construção dessa resposta.

O quarto capítulo discorre sobre Segurança Jurídica, conceituando-a e caracterizando-a, para ao final apresentar proposta de critérios para se alcança-la quando da identificação dos princípios, que devem ser articulados como Fonte do Direito na produção da Decisão Judicial.

A tese desenvolve a premissa de que o Direito é uma atividade interpretativa de fontes legítimas, método que se propõe a construir soluções para pacificação de conflitos concretos, disso resulta indubitável que a Segurança Jurídica deve pautar como seu objeto, destacadamente, a aplicação das normas, para que seja uniforme e não-arbitrária ou abusiva.

O trabalho também debate as razões da subjetividade do Intérprete, sejam decorrentes das Fontes do Direito, do próprio caso concreto ou de vieses cognitivos íntimos, conjunto de peculiaridades favorece a Discricionariedade e produz incertezas e inseguranças.

O trabalho expõe como solução para o excesso de Discricionariedade e de falta de segurança uma proposta que recebe influência da Teoria Complexa do Direito, de Orlando Luiz Zanon Júnior, principalmente no que toca a importância da força constrangedora dos argumentos juridicamente aceitos pela comunidade (Fontes Jurídicas) sobre o Julgador, bem como na ideia de que as decisões são o resultado da interpretação destas fontes, pensamento também exposto por Eros Roberto Grau.

De acordo com as premissas teóricas acolhidas, concluiu-se que os Princípios Jurídicos encontram sua limitação aplicativa ao caso concreto nos marcos promovidas pela Jurisprudência, pelas políticas públicas estatais, pelas convicções Éticas compartilhadas pela sociedade, pela doutrina, e pelos Costumes, cada influxo dessas Fontes Jurídicas constrange o Julgador em restringir o alcance do princípio, delimitando-o para solução do caso concreto.

A presente tese encerra-se com as Conclusões, nas quais são apresentados aspectos destacados do ineditismo e da originalidade da investigação. Procura-se fazer fundamentadas contribuições à Comunidade científica quanto ao tema aplicação dos Princípios Jurídicos e Segurança Jurídica.

Quanto à metodologia, foram considerados os parâmetros¹⁸ do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

O método¹⁹ utilizado na fase de investigação²⁰ foi o indutivo, na fase de tratamento dos dados²¹ o cartesiano; no Relatório da Pesquisa²² empregou-se o

18 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015..

19 Sobre método, veja especialmente: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. pp. 90-93/97-111.

20 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p p. 87/109.

21 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. pp. 87/109.

22 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. pp. 88/109.

método dedutivo-indutivo.

Nas diversas fases da pesquisa²³, acionou-se as técnicas do referente²⁴, da categoria²⁵, do conceito operacional²⁶ e da pesquisa bibliográfica²⁷.

Na Tese, as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial. Enfatiza-se nesse ponto que os respectivos conceitos operacionais não podem ser compreendidos de forma absoluta, mas sugerem significações aceitáveis para a exposição racional dos argumentos abordados.

23 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. pp. 85-90.

24 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 58.

25 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 27.

26 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 39.

27 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13ª ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 215.

CAPÍTULO 1

1. PRINCÍPIOS JURÍDICOS

1.1. Normas jurídicas

O mundo dos fatos é o *locus* do homem, o mundo dos sentidos, tudo que o alcança direta e indiretamente ou que somente venha a tomar conhecimento faz parte desse mundo real, o mundo 'do ser'.

A ciência do Direito não trata do mundo 'do ser', trabalha esse mundo como matéria prima, é necessário que esses eventos sensoriais perceptíveis, essas ações humanas, sejam elaborados de outra forma para figurarem como objeto do estudo da Ciência do Direito, sejam formalizados através de sistemas de proposições de 'dever ser', estas proposições são as ordens, regra geral formalizadas através de normas de conduta humana²⁸.

Conclui-se, desta forma, que o Direito, como complexo de normas e elementos de decisão, não é natural do homem ou possui ainda natureza divina, mas apresenta-se como algo construído artificialmente, criado pelo homem em sociedade para estabelecer proposições de comportamento²⁹.

28 “Non va dimenticato che in tutti i campi del diritto ha una importanza fontamentale l’agire umano. La legge infatti altro non è come diceva Blackstone, se non ‘una d’azione, ed è applicata indiscriminadamente ad ogni tipo de azione animata, o inanimata, razionale o irrazionale... Le leggi, nel loro significato piú ristreto e nel quale é nostro compito anche considerarle, denotano non le norme dell’azione in generale, mas quelle dell’azione o condotta umana’.” (GIULIANI, Alessandro. **Contributi ad una nuova teoria pura del diritto**. Università Degli Studi di Pavia, Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1954. pp 200-201.)

29 “Ou seja, superada esta concepção ficcional dos jusnaturalistas (embora, por mais incrível que pareça, alguns raros acadêmicos ainda venham a sustentar tal visão), forçosa a compreensão de que as origens do Direito decorrem irrefutavelmente de uma construção social, com vistas a limitar as possibilidades de deliberações em uma determinada comunidade. Todos os elementos que podem ser empregados para fundamentar uma determinada deliberação foram construídos pela Sociedade, como um produto artificial voltado à finalidade de se decidir de acordo com valores prevaletentes no sistema político²⁰⁷. Outrossim, os padrões decisórios em geral são todos decorrentes de uma produção humana, plasmada em Textos Normativos, em Princípios Jurídicos, na Jurisprudência, na Doutrina especializada ou ainda na Moral da comunidade, ainda que alguns destes elementos sejam de identificação difícil ou fluída.” (Zanon Junior, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. pp. 85-

A primeira classificação das normas, importante direcionamento deste trabalho, as distingue em normas jurídicas e não jurídicas.

A sociedade, espaço de convivência do homem, é fenômeno complexo e organizado, ordenado através de normas de várias espécies, podem ser morais, jurídicas, religiosas, Costumes, entre outros, cada qual atuando em seu próprio nicho ou em alguns casos normas de espécies diferentes aplicadas sobre o mesmo caso, como singelo exemplo observa-se a situação de 'bigamia', que é proibida tanto no ordenamento brasileiro (normas jurídicas) quanto pelas Regras canônicas (normas religiosas).

Para a Ciência do Direito, dentro desse emaranhado normativo, o interesse de estudo volta-se primordialmente às Normas Jurídicas, que serão analisadas sob a perspectiva positivistas e não positivista.

O positivista Kelsen tratou do tema normas, declarando que se trata de uma ordem volitiva emanada por alguém que deseja que outrem cumpra o que foi determinado³⁰, portanto, servem para regular condutas humanas³¹, um regulamento de 'dever ser'³², onde sua obediência é apartada de questões morais³³.

86.)

30 "Norma dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra 'norma' indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão linguística é um imperativo ou uma proposição de dever ser." (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 2.)

31 "Que uma norma é 'dirigida' a uma pessoa, de modo algum significa outra coisa senão que a conduta de um indivíduo, uma conduta humana, é devida." (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 12.)

32 "O dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo." (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 3.)

33 "Quanto uma teoria do Direito positivo se propõe a distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigências de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 75.)

As normas que ordenam que algo seja feito somente se caracterizam como jurídicas quando passam a fazer parte formalmente de um ordenamento jurídico, que possui essa característica por ter sido criado de uma forma pré-estabelecida e também ditada por uma norma, que Kelsen chamou de fundamental e que é pressuposta a todas as demais do sistema, portanto, todas as normas que encontram seu critério de validade nessa norma pressuposta fazem parte de um ordenamento jurídico e, dessa forma, são consideradas jurídicas³⁴.

A aplicação de uma sanção no caso de descumprimento da norma é uma característica primordial para Kelsen classificar sua juridicidade, desde que a sanção decorra da autoridade estatal que a instituiu³⁵.

Na visão positivista de Kelsen as normas fazem parte de um sistema jurídico válido quando todas elas são produzidas através de um ato especial, uma criação autorizada por normas superiores, fundando o sistema de modo hierárquico, contudo, esse retroceder não deve chegar ao infinito, em determinado momento encontra seu apogeu em uma norma pressuposta, que não é material e foi denominada pelo autor como 'norma fundamental', que se limita a ter como conteúdo as diretrizes que determinam como devem ser criadas as normas gerais e individuais.³⁶

34 "O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma Norma Jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fixada por uma norma fundamental pressuposta." (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217.)

35 "Com a categoria formal do 'dever ser' ou da norma, só se conseguiu, porém, o gênero próximo, não a diferença específica do Direito. A teoria jurídica do século XIX concordou, de modo geral, em que a Norma Jurídica seria uma norma coercitiva. No sentido de que é uma norma de coação e, por isso mesmo, se distingue de outras normas. Neste ponto, a Teoria Pura do Direito segue a teoria jurídica positivista do século XIX. Para ela, a consequência decorrente da proposição jurídica, contida em determinada condição, é o ato coercitivo estatal, isto é, a pena e a execução coercitiva civil ou administrativa e somente por isso a situação de fato condicionadora é qualificada como antijurídica, e a condicionada, de consequência da antijuridicidade." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito. Versão condensada pelo próprio autor**. 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: RT. 2006. pp. 69-70.)

36 "Como notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem

Reforça-se, Kelsen deixa claro em sua teoria que a norma pertence a um sistema jurídico quando encontra seu critério de validade em normas hierarquicamente superiores, e estas em outras ainda mais superiores até se alcançar uma norma pressuposta, que denominou de 'norma fundamental', esse encadeamento piramidal é o que caracterizou como ordenamento jurídico.

Para o também positivistas Hart, o conceito de Norma Jurídica foi teorizado de outro modo, sem deixar a separação entre Direito e Moral³⁷, o autor instrui afirmando que o primeiro critério para caracterizar uma norma é sua obediência por aqueles que possuem as condutas reguladas, obediência que não decorre unicamente da sanção institucional (Kelsen).

Hart foi além da sanção, acrescentando ao conceito de norma a necessária concordância com seu conteúdo decorrente da habitualidade, da obediência³⁸, ou seja, o agente deixa de praticar determinado delito não somente tendo em vista a eventual sanção, mas por estar habituado a agir de acordo com a norma, mesmo desconhecendo seu conteúdo.

Para o autor esta afirmação singela de obediência é insuficiente para se alcançar um conceito completo de Norma Jurídica, se mostrando indispensável explicitar que essa norma que é obedecida faz parte de um sistema reconhecido como válido³⁹.

que terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm)." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 221.)

37 "[...] isso não significa que os critérios de validade jurídica das leis específicas usadas num sistema jurídico devam necessariamente incluir, expressa ou mesmo tacitamente, uma referência à Moral ou à justiça." (HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 240.)

38 "Para que um sistema normativo seja imposto a alguns pela força, é verdade que, como já enfatizamos ao discutir a necessidade e a possibilidade das sanções, deve haver um número suficiente de pessoas que o aceitem voluntariamente. Sem essa cooperação voluntária, que cria a autoridade, o poder coercitivo do Direito e do governo não pode ser instituído." (HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. pp. 259-260.)

39 "Exigem-se, portanto, duas condições mínimas, necessárias e suficientes, para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as normas de comportamento válidas de acordo com os critérios

Hart apresentou esse critério de validade através do que chamou de normas primárias e secundárias, ou seja, dividiu-as em duas espécies, as primárias sendo aquelas que exigem que os homens pratiquem ou abstenham-se de praticar certos atos, impondo deveres e obrigações, enquanto as normas denominadas secundárias, dependentes daquelas, podem introduzir novas normas do tipo principal, extinguir, modificar as antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ainda controlar sua aplicação e outorgar poderes⁴⁰.

Esse pertencer da norma a um sistema jurídico por meio de uma norma secundária, Hart denominou de 'Norma de Reconhecimento', através da norma secundária se especificam as características que, se fazendo presente em uma norma primária, indicam que ela faz parte do grupo normas jurídicas⁴¹.

Hart segue em direção diferente a teoria de Kelsen da existência de uma norma fundamental pressuposta, ele apresentou sua teoria de validade através da 'norma de reconhecimento', que não é hipotética, mas sim fática.

Norberto Bobbio, na sua seminal obra sobre o tema, Teoria da Norma Jurídica, afirma já em seu início que o Direito é um conjunto de normas, com a finalidade de regular comportamentos⁴², e em seguida, avançando no estudo, declarando ser a norma uma proposição prescritiva, um conjunto de palavras que

últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas; por outro lado, as normas de reconhecimento que especificam os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema." (HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 150.)

40 "[...] enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, toda as normas secundárias se referem às próprias normas primárias. Especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas." (HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 122.)

41 "A forma mais simples de solução para a incerteza própria do regime de normas primárias é a introdução de algo que chamaremos 'norma de reconhecimento'. Essa norma especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce." (HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 122.)

42 "[...] é considerar o Direito como um conjunto de normas, ou Regras de conduta." (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1º ed., Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 23.)

em sua unidade possui um significado, consistente em comandos, ordens, conselhos, entre outros, com o fim de influenciar, regular ou modificar o comportamento alheio⁴³.

Bobbio afirma ser a norma uma proposição com característica prescritiva, ou seja, um conjunto de palavras que em seu conjunto determina, prescreve que algo seja realizado, comandando a atividade do homem na sociedade onde vive⁴⁴.

Portanto, na Teoria de Bobbio a Norma Jurídica é uma proposição prescritiva, onde as ordens são emanadas através de um conjunto de palavras com significado e destinadas a regular condutas, sendo garantida a obediência destas condutas através de sanção externa e institucionalizada, com incontestável separação entre Direito e Moral⁴⁵, ou seja, um conceito claramente positivista⁴⁶.

Outro conceito de Norma Jurídica, sob o enfoque positivista, encontra-se nos ensinamentos de Joseph Raz, principalmente na obra *O Conceito de Sistema Jurídico*, onde o autor após tecer críticas a Kelsen, Bentham e até mesmo ao seu mestre Hart, procura demonstrar que considera norma somente aquela inserida em

43 “Do ponto de vista formal, que aqui elegemos, uma norma é uma proposição. Um Código, uma Constituição, são um conjunto de proposições. Trata-se de saber qual é o status dessas proposições que compõem um Código, uma Constituição. A tese que sustentamos é que as normas jurídicas pertencem à categoria geral das proposições prescritivas.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1º ed., Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 72.)

44 “Proposição entendemos um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade.

[...]

[...] a função prescritiva, própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modifica-lo, em suma, no fazer.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1º ed., Bauru, SP: Edipro, 2001. P. 73 e 78.)

45 “Na linguagem juspositivista o termo ‘Direito’ é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o Direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser valor ou um desvalor.” (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131.)

46 “Diremos então, com base neste critério, que ‘normas jurídicas’ são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada.

[...]

Quando se fala em sanção institucionalizada, entende-se estas três coisas, ainda que elas nem sempre se encontrem simultaneamente: 1) para toda violação de uma regra primária, é estabelecida a relativa sanção; 2) é estabelecida, se bem que dentro de certos termos, a medida da sanção; 3) são estabelecidas pessoas encarregadas de efetuar a execução.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1º ed., Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 73 e 78.)

um sistema, sendo este sistema um guia de condutas, razões para a ação, onde as normas são padrões de avaliação, no caso avaliar se os atos estão ou não de acordo com a conduta prescrita pelo sistema.

Essas condutas prescritas são seguidas pelos agentes quando acompanhadas, amparadas, sustentados pelo que Raz chamou de 'razões convencionais', que não se confunde com sanção, por serem mais amplas que ela, essas 'razões convencionais' podem ser uma vantagem oferecida para se conduzir segunda as condutas prescritas, uma desvantagem quando se conduzir de modo contrária ou um apelo direto do ato prescrito⁴⁷.

Raz resolveu a questão do reconhecimento das normas como pertencentes a um sistema jurídico afirmando que ele se daria por parte das autoridades, ou seja, afirma que todo sistema jurídico possui órgãos aplicadores das normas, e são esses órgãos institucionalizados que podem reconhecer as normas como jurídicas e as incluírem dentro do sistema jurídico, denominando de 'critério de pertinência'⁴⁸.

Sob um enfoque contemporâneo, mas nem por isso deixando de adotar uma teoria positivista, encontram-se as lições de Luigi Ferrajoli e sua denominada Teoria Garantista do Direito. Para Ferrajoli Direito e Moral se mantém separados⁴⁹, sendo

47 “De acordo com o conceito de norma explicado na seção anterior, as ordens amparadas por ameaças são normas. Guiam a conduta das pessoas comandadas e são os padrões pelos quais a conduta pode ser analisada. São elaboradas por seres humanos com a intenção de influenciar a conduta das outras pessoas e são sustentadas por uma razão convencional, a saber, a vontade de evitar a sanção porta como ameaça.” (RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. 1º ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 268.)

48 “O critério de pertinência proposto sugere uma abordagem diferente ao problema: As leis de um sistema são aquelas reconhecidas pelos órgãos primários. As leis ou regulamentos etc. que são desconsiderados pelos órgãos aplicadores da lei na verdade não fazem parte do sistema jurídico. [...] Mas o fato de que sejam desconsideradas pela população nada diz sobre sua existência ou inexistência. Além disso, mesmo que sejam desconsideradas pela polícia, mesmo que não haja ações judiciais por sua violação (em se tratando de Leis-D), ou mesmo que as partes interessadas não as invoquem perante o órgão aplicados da lei, elas ainda serão leis válidas se, quando suscitadas perante órgãos primários no exercício adequado de seus poderes, estes as reconheçam e executem.” (RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. 1º ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 268-269.)

49 “Nesse último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre Direito e Moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o 'ser' e o 'dever ser' do Direito. E equivale à assunção, para os fins

indispensável se observar uma estrita legalidade, uma observância das Regras instituídas pelos agentes públicos competentes⁵⁰, ou seja, Regras institucionalizadas.

Ferrajoli, contudo, apresenta com sua teoria algo que denominou de ‘Positivismo crítico’, mas sem abandonar os alicerces positivistas, a crítica é feita de dentro para fora do arcabouço teórico que assumiu para a Teoria Garantista⁵¹.

Dentro dessa crítica ao Positivismo, mas sem se afastar de seus fundamentos, Ferrajoli concorda sobre a existência de valores sociais e éticos importantes para sociedade, que em alguns casos até denomina de princípios, todavia, afirma que estes valores/princípios, desde o momento em que foram devidamente positivados principalmente nas atuais constituições, devem ser tratados como verdadeiras ‘metarregras’, não merecendo qualquer diferenciação das demais Regras do ordenamento⁵².

da legitimação e da perda da legitimação ético-política do Direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 685.)

50 “Contra teses deste tipo é preciso afirmar que ‘fontes’ são somente aqueles atos ou aqueles fatos cujo ordenamento conecta como feito a produção de normas vigentes que inovam ou modificam o próprio ordenamento, de tal maneira que, nos sistemas da civil law, a produção legislativa é reservada às instituições políticas e representativas, sejam elas legislativas ou de governo, através de cujo exercício vem criando novo Direito, isto é, normas destinadas à aplicação judicial. “ (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 238-239.)

51 “Uma teoria do garantismo, além de fundar a crítica do Direito positivo referentes aos seus parâmetros de legitimação externa e interna é, por consequência, também uma crítica das ideologias: das ideologias políticas, sejam estas jusnaturalistas ou ético-formalistas, as quais confundem, sob o plano político externo, a justiça com o Direito, ou pior, vice-versa; e das ideologias jurídicas, sejam estas normativas ou realistas, que paralelamente confundem, sob o plano jurídico ou interno, a validade com o vigor, ou, ao contrário, a efetividade com a validade (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 686.)

52 “O pensamento jusnatural e contratual do Iluminismo formulou esta regra primária da relação entre Estado e Cidadão e da conveniência civil entre maioria e minoria, concebendo os Direitos vitais do homem como ‘naturais’ e sua garantia como condição de legitimidade daquele ‘homem artificial que é o Estado’ e do pacto social por ele assegurado. A grande inovação institucional da qual nasceu o Estado de Direito foi, contudo, a positivação e a constitucionalização destes Direitos por meio daquilo que no parágrafo 26.4 chamei de ‘incorporação limitativa’, no ordenamento jurídico, dos correspondentes deveres impostos ao exercício dos poderes públicos. É com a estipulação constitucional de tais deveres públicos que os Direitos naturais se tornam direitos positivos invioláveis, e muda, por isso, a estrutura do Estado, não mais absoluto mas limitado e condicionado.”

Quanto aos valores/princípios, Ferrajoli deixa clara a posição da inexistência de diferenciação com relação às Regras, principalmente no papel de submeter o conteúdo da legislação infraconstitucional aqueles valores sociais e éticos⁵³.

Apesar das divergências conceituais entre os positivistas citados, conclui-se algumas características comuns do que para esse paradigma sejam normas, a primeira é que elas são um conjunto de regra de comportamento, ordens que buscam reger o modo de agir de outrem, a segunda característica é a sanção como meio de obrigar o comportamento de acordo estas Regras, a terceira é a institucionalização das Regras, ou seja, essas normas, e com elas as sanções, não são deixadas ao sabor das partes, mas social e hierarquicamente organizadas por uma autoridade instituída, e por fim, como última característica, o distanciamento entre Direito e Moral.

Alessandro Giuliani, na obra *L'applicazione della Legge*, deixa clara a importância da positivação do Direito para edificar as normas de conduta, firmando a garantia de certeza de seu conteúdo e aplicação⁵⁴, foi através do Juspositivismo que o Direito, como sistema de normas, alcançou a racionalização e sua institucionalização⁵⁵.

(FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 690.)

53 “A segunda orientação, entretanto, caracteriza-se por uma normatividade forte, de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não de todos) princípios constitucionais, em especial os Direitos fundamentais, comporta-se como Regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de Regras consistentes em proibição de lesão ou obrigação de prestação que são suas respectivas garantias.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 18-19.)

54 “[...] Tale dottrina, che presuppone la riduzione del diritto alla legge, è riconducibile ad un fenomeno, che potrebbe essere definitivo Moralizzazione del diritto. La certezza, e la configurazione del diritto come un rigoroso sistema di regole di imputazione, è in funzione di un problema Morale: la responsabilità individuale presuppone una norma certa, che precede lá condotta umana [...]” (GIULIANI, Alessandro. **L'applicazione della Legge**. Maggioli Editore – Rimini, 1983, p. 13.)

55 “Nella dottrina del Positivismo giuridico la funzione razionalizzatrice del sistema è affidata unicamente alle fonti del diritto: la prevalenza di criteri autoritativi è destinata nella versione forte ad eliminare il problema stesso delle *leges legum*, e nella versione debole ad attrarlo nella propria logica. Criteri razionali non trovano una loro giustificazione dal punto di vista de una concezione imperativistica, in quanto la gerarchia delle fonti funge da norma di riconoscimento; tali norme possono essere ammesse come articolazioni di una fondamentale norma di riconoscimento: la volontà del legislatore. Vengono elusi i problemi legati alla dottrina delle *leges legum*, com una fuga

1.1.1 Normas na corrente Pós-Positivista

Passa-se agora o exame do conceito de norma com apoio em autores não-positivistas, que serão denominados para o restante do trabalho como pós-positivistas.

A questão central dos pós-positivistas quanto às normas é a incorporação de critérios morais no seu conteúdo. As normas deixam de ser analisadas sob o ponto de vistas de caracterizarem unicamente Regras de comportamento, institucionalizadas e sancionadas em caso de descumprimento, para serem examinadas também sob o aspecto de sua Moral (justiça).

Os pós-positivistas analisaram a incorporação dos aspectos morais como elemento das normas quando concluíram pela existência de padrões diferentes das Regras nas decisões judiciais, principalmente nos ‘casos difíceis’, como bem acentuou e difundiu em suas obras Ronald Dworkin.

Em ‘Levando os Direitos a Sério’, Dworkin tratou do tema, afirmando que os magistrados no exame das causas levadas para decisão muitas vezes se deparam com situações onde as Regras não apresentam solução para o conflito, e com isso buscam as respostas para o conflito nas crenças morais ou políticas da comunidade⁵⁶.

O autor responde aos seus próprios questionamentos sobre Regras e

nella dottrina del giudice come destinatario delle norme. Um ordenamento giudiziario burocrático – com lo strumento della responsabilità disciplinare del giudice – appare il principale strumento per garantire la certezza del diritto. Una volta che il fondamento della legge non é piú la ragione, ma la volontà del legislatore, le regole sull’applicazione della legge possono essere giustificate come norme organizzative, formali, burocratiche [...]” (GIULIANI, Alessandro. **L’applicazione della Legge**. Maggioli Editore – Rimini, 1983, pp.19-20.)

56 “Nesses casos dramáticos a Suprema Corte apresenta razões – ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública. Isso significa que, em última instância, a Corte está seguindo Regras, embora de natureza mais geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas Regras abstratas e o que as torna válidas? Ou isto significa que a corte está decidindo o caso de acordo com suas próprias crenças morais e políticas?” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 08.)

Princípios nos casos difíceis, afirmando que a Teoria do Direito não pode desprezar os aspectos relacionados com os princípios morais, pois são sobre questões morais que se fundem inúmeros problemas apresentados para solução⁵⁷.

Para Dworkin, enquanto o Positivismo jurídico se apresenta como uma teoria do Direito exclusivamente para o uso das Regras, ela não se presta para o uso de outros padrões de decisão que incorporam aspectos morais, tratando especificamente de Princípios e Políticas⁵⁸.

Quando o autor afirma que as decisões jurídicas podem ter por lastro além das Regras outros padrões estranhos a elas, como Princípios e Políticas, ele está também afirmando que o Estado deixa de ter o monopólio da criação das normas aplicáveis na solução dos conflitos, abandonando outro dos pilares do Positivismo.

O teórico Robert Alexy abraça as teses de Dworkin quanto à presença indispensável dos aspectos morais na elaboração das normas, apontando essa conexão como caracterizadora dos pós-positivistas⁵⁹.

57 “Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do Direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoram o fato crucial de que os problemas de teoria do Direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do Direito deve trazer à luz esses problemas e enfrenta-los como problemas de teoria Moral.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12.)

58 “Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de Direito e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como Regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o Positivismo é um modelo de e para um sistema de Regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o Direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são Regras.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.)

59 “Todas as teorias não-positivistas defendem, ao contrário, a tese da conexão. Ela afirma que o conceito de Direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais. Com isso, nenhum não-positivista que deve ser levado a sério exclui do conceito de Direito os elementos da legalidade autoritativa e da eficácia social. O que os distingue dos positivistas é antes a concepção de que o conceito de Direito deve ser definido de modo que ele contenha, além dessas características que se ajustam aos fatos, também elementos morais. Aqui, novamente, são possíveis as mais diversas interpretações e atribuições de peso.” (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 242.)

Alexy acompanha Dworkin também quando aceita que os aspectos morais são incorporados no sistema jurídico através dos princípios, ambos concordam com a divisão das normas em duas espécies, as Regras e os Princípios⁶⁰.

Mas Alexy segue outro caminho quando afirma que não basta a conexão entre Direito e Moral, mas sim entre Direito e a Moral correta, trazendo para solucionar essa questão o que denominou de ‘argumento de correção’ como critério de validade da norma⁶¹.

Portanto, para Alexy não basta que o Direito seja um conjunto de normas composto por Regras e Princípios, que sejam eficazes socialmente, é indispensável que estas normas tenham a pretensão da correção, ou seja, que não se apresentem como ‘extremamente injustas’, quando então devem ser excluídas do sistema jurídico como não-normas, ressaltando-se que para Alexy as normas somente injustas não perdem seu caráter jurídico ou sua validade, mas se apresentam como normas defeituosas⁶².

Uma outra visão pós-positivista do Direito encontra-se na teoria apresentada por Neil MacCormick, ele também aceita a divisão das normas em Regras e Princípios, tendo esse último o papel de conectar aspectos morais ao sistema

60 “Assim, vale a proposição: a partir de um estágio mínimo de desenvolvimento, todos os sistemas jurídicos contêm necessariamente princípios. Isso basta como base para fundamentação de uma conexão necessária entre Direito e Moral pelo argumento dos princípios.” (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 90.)

61 “O argumento da correção constitui a base para a fundamentação da minha tese. O argumento da correção afirma que tanto normas jurídicas isoladas e decisões jurídicas isoladas quanto sistemas jurídicos como um todo levantam uma pretensão de correção. [...] Normas isoladas de um sistema jurídico que não levantam uma pretensão de correção ou não a satisfazem são juridicamente defeituosas, mas não perdem por causa disso seu caráter jurídico ou sua validade jurídica. Para que isso ocorra, deve a injustiça satisfazer a fórmula de Radbruch, ou seja, ultrapassar o limiar da injustiça extrema.” (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 279.)

62 “O Direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do Direito para satisfazer a pretensão à correção.” (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 151.)

jurídico⁶³, todavia, sua ideia de Princípios se afasta daquelas expostas por Dworkin e Alexy.

Maccormick afirma serem os Princípios normas gerais com valor positivado, que encontram sua existência jurídica concreta mediante o exame em conjunto de um ordenamento jurídico positivo, portanto, elas não são encontradas, mas criadas dentro do sistema⁶⁴.

Para Maccormick os Princípios não se prestam como fundamento de Decisão Judicial, mesmo em casos difíceis, mas fornecem a orientação necessário ao Julgador para interpretar a norma e determinar o alcance das Regras que melhor solucione o caso concreto, nas situações onde não as encontramos especificamente para o caso ou duas ou mais delas podem ser aplicadas. A função dos Princípios Jurídicos seria claramente integradora e de dependência das Regras, para o autor deve-se fazer justiça de acordo com a lei (regra)⁶⁵.

MacCormick também deixou bastante claro que os Princípios estão

63 “Nesse sentido, e a partir desse ponto de vista, seria ilusório que alguém tivesse a pretensão de que o Direito possa ser abstraído da Moral – ou mesmo abstraído da política.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 202.)

64 “Permitam-se reafirmar o que acredito que queremos dizer quando falamos de ‘princípios do Direito’ em contraste com normas de Direito. A meu ver, pode-se conceber que normas jurídicas (permitam-me para este efeito chama-las de ‘normas jurídicas compulsórias’), individualmente ou, com frequência muito maior, em grupos afins, tendem a garantir ou têm o objetivo de garantir, algum fim que se considera valioso, ou algum modo de conduta geral que se repute desejável. Expressar a linha de ação para atingir esse objetivo ou a conveniência desse modo de conduta geral, num enunciado normativo geral é, portanto, enunciar ‘o princípio da lei’ subjacente à norma ou normas em questão.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 202.)

65 “Repitamos, mais uma vez, os juízes devem de fato fazer justiça, mas ‘justiça de acordo com a lei’. Isso não significa, na verdade não pode significar, que os juízes devam decidir casos exclusivamente de um modo justificável por simples dedução a partir de normas jurídicas de caráter compulsório. Por outro lado, porém, não pode significar que eles sejam deixados à vontade para seguir suas próprias intuições do senso comum e da utilidade da justiça, livres de todas as limitações. A área de alcance de sua liberdade, poder e, na realidade, dever de buscar soluções justificáveis por meio de uma avaliação em termos consequencialistas das necessidades do caso genérico, é limitada pela exigência de que demonstrem algum fundamento jurídico para o que fazem. Os ‘princípios gerais’ que fornecem essa orientação necessário, por um lado, mas limitação, pelo outro, expressam as razões subjacentes para as normas específicas que existem.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 215-216.)

incorporados no sistema jurídico, portanto, aceitou em sua teoria o caráter unicamente institucionalizado das Regras e dos Princípios, o que contraria outros aspectos do Pós-Positivismo⁶⁶.

Maccormick, contudo, é citado como um pós-positivista em razão de aceitar claramente a conexão entre Direito e Moral, a divisão das normas em Regras e Princípios, como também a presença dos Princípios Jurídicos fazendo parte do ordenamento, todavia, como se viu, sua teoria se diferencia daquelas apresentadas por Dworkin e Alexy pela incontestável dependência dos Princípios para com as Regras e a institucionalidade destes, pois admite serem criados unicamente através da análise do conjunto das Regras.

Manuel Atienza reforça a tese de que a característica principal do Pós-Positivismo e a relação entre Direito e Moral, alegando que a posituação de princípios morais, a inclusão deles aos ordenamentos jurídicos, torna impossível a separação pretendida pelos positivistas⁶⁷.

Expostas as características básicas das matrizes positivistas e pós-positivistas, pode-se rematar, preliminarmente, que este trabalho, por se voltar para o exame da Segurança Jurídica, da redução da Discricionariedade judicial no uso dos Princípios Jurídicos como critério de julgamento legítimo, aceita o conceito de norma pós-positivista, com a indispensável conexão entre Direito e Moral.

66 “No entanto, os conceitos de ‘lei’ e de ‘sistema jurídico’, como foi detalhadamente afirmado e reafirmado neste livro, não se esgotam pela referência a todo o conjunto de normas jurídicas. Os princípios também pertencem ao gênero ‘lei’, os sistemas jurídicos compreendem princípios e tudo o mais, assim como as leis. E de todas as maneiras examinadas neste livro, os princípios interagem com as normas, fornecem sustentação, protegem seu território, delimitam sua aplicação, justificam a enunciação de novas deliberações à medida que sejam testadas por argumentos consequencialistas e assim por diante.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 319.)

67 “Esto es una consecuencia de la ‘Moralización’ de nuestros Derechos, esto es, del hecho de que los sistemas jurídicos han positivizado (vía la Constitución) los principios de una Moral universal que no pretende ser simplemente la Moral social de un determinado grupo. La Moral ha emigrado, pues, al interior de los Derechos, de manera que, en general, los conflictos Morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre Derecho y la Moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios Morales incorporados por el derecho.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 1ª ed. 4ª Impresión. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2014, p. 125.)

1.1.2 Normas e Enunciados Normativos

Ponto substancial que se deve analisar por relacionar-se diretamente com conceito de norma, é sua diferenciação de enunciado normativo, expressão conhecida também pelos sinônimos ‘preceito normativo’ ou ‘proposição normativa’.

Para alcançar os conceitos de norma e enunciado normativo parte-se do que se encontra de similar entre os institutos, no caso, entende-os como um conjunto de palavras que possuem um significado próprio, isto é, uma expressão linguística organizada de forma consciente e com uma finalidade própria de ordenar ou regular, palavras ou gestos que mesmo em conjunto deve ter significado unitário.

Normas e enunciados normativos, portanto, são expressões linguísticas, geralmente apresentadas de forma gramatical, todavia, as normas estão expostas através de uma linguagem prescritiva, através da qual se darão comandos, conselho, ordens etc., com a finalidade de regular as condutas.

Bobbio tratou sobre o tema da linguagem dos comandos apontando a existência de três espécies, com as funções descritiva, expressiva ou prescritiva, afirmando que esta última é própria para formulação das normas⁶⁸.

Alf Ross tratou também do assunto enunciados normativos em seus estudos, todavia, distinguiu as expressões linguísticas em asserções, exclamações e diretivas, esta última com grande similaridade ao retratado por Bobbio na função prescritiva⁶⁹.

68 “[...] a função prescritiva, própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modifica-lo, em suma, no fazer.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1º ed., Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 78.)

69 “Agora, considerando tais antecedentes, formulamos a pergunta: à qual dessas categorias pertencem as orações encontradas nas Regras Jurídicas? Parece óbvio que devem ser diretivas, e não exclamações nem asserções. As leis não são promulgadas a fim de comunicar verdades teóricas, mas sim a fim de dirigir as pessoas – tanto juízes quanto cidadãos particulares – no sentido de agirem de uma certa maneira desejada.” (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru, SP: Edipro, 2000. p.

Portanto, as normas são apresentadas através de expressões prescritivas, elas não se prestam a informar ou ensinar sobre fatos, mas sim ordenar ou prescrever um comportamento que deve ser obedecido.

Por sua vez, enunciados normativos são expressos através de uma linguagem descritiva, tipicamente utilizada na locução científica, e em se tratando de Direito os enunciados normativos são o vocabulário da ciência do Direito.

Kelsen diferenciou Norma Jurídica e proposição jurídica, nomenclatura que usou para substituir o termo enunciado normativo. O autor não abandonou seu conceito positivista de norma, ou seja, ordens produzidas pelos órgãos estatais competentes e que devem ser obedecidas pelos destinatários, sob pena de sanção, enquanto as proposições jurídicas descreveriam as próprias normas ou seus efeitos no mundo do ser⁷⁰.

Joseph Raz, analisando Kelsen, tratou dos enunciados normativos, caracterizando-os pela linguagem descritiva, onde as línguas escrita ou falada se prestam a descrever um objeto ou fazer declarações sobre ele⁷¹.

31.)

70 “Na medida em que a ciência jurídica apenas apreende a conduta humana enquanto está constitui conteúdo de normas jurídica, isto é, enquanto é determinada por normas jurídicas, representa uma interpretação normativa destes fatos de conduta. Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que não-de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicos a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 80.)

71 “As normas jurídicas decretadas pelas autoridades que criam o Direito são prescritivas.’ A linguagem usada no ato de decretá-las é performativa. A ciência jurídica, por outro lado, é descritiva: ‘[...] o jurista, enquanto expoente teórico do Direito, apresenta as normas em proposições que têm sentido puramente descritivo.’ Estes comentários um tanto enigmáticos são explicados mais detalhadamente na nova edição do livro Teoria pura do Direito: ‘as normas jurídicas não são juízos, isto é, não são declarações sobre um objeto de cognição. De acordo com seu significado, são comandos, mas também podem ser permissões e autorizações.’ Uma vez que as normas não transmitem informações, mas são ordens, permissões ou autorizações, não podem ser qualificadas como verdadeiras ou falsas [...]

Os enunciados normativos transmitem informações e, conseqüentemente, podem ser verdadeiros ou falsos: ‘Os enunciados formulados pela ciência do Direito [...] não impõem obrigações

Alf Ross abordou o mesmo tema, afirmando o caráter descritivo dos enunciados normativos, onde a preocupação não é dizer o Direito, mas falar sobre o Direito⁷².

Tem-se assim que uma norma se apresenta como um conceito primário em relação a um enunciado normativo, ou seja, o enunciado normativo irá expor o significado da norma, ressaltando que ela poderá expressar-se através de inúmeros enunciados normativo, dada a maior liberdade linguística nas suas formulações.

Uma norma, como já visto, é expressa de forma diretiva, um comando imperativo, exemplo básico de norma é 'matar alguém, pena de reclusão de 20 anos', e esta norma poderia ser apresentar através de inúmeros enunciados normativos, regra geral descritivos, como 'é proibido matar alguém', ou 'nenhuma pessoa deve ser morta por outrem', e ainda 'pessoas não serão mortas por outrem', "se alguém matar outrem deverá ser punida" ou seja, a norma expressa o que 'deve ser', enquanto os enunciados normativos as várias formas do que 'é'.

Alexy também tratou do tema enunciando normativo, para tanto tratou do conceito de norma do ponto de vista 'semântico', partindo do antecedente de que norma não pode ser confundida com um enunciado normativo, sendo ela significado do enunciado⁷³.

O autor afirmou que os enunciados normativos acabam por identificar normas quando, por exemplo, contém expressões deônticas (do grego déontos, 'o que é

nem conferem Direitos a ninguém; podem ser verdadeiros ou falsos.” (RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. 1º ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. pp. 61-62.)

72 “[...] Não resta dúvida de que as proposições num livro, pelo menos num certo grau, pretendem descrever, não prescrever. Na medida em que a literatura jurídica pretender ser conhecimento do que é efetivamente o Direito vigente, tem que consistir em asserções, não em diretivas. Toda proposição de um livro precisa ser entendida sob a condição geral de que o autor está expondo o Direito vigorante dentro de um sistema legal específico, o Direito de Illinois, o Direito da Califórnia, a common law, etc.” (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru, SP: Edipro, 2000. p. 32.)

73 “[...] a norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo [...]” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015. p. 54.)

obrigatório') como 'dever', 'proibição' ou ainda 'permissão', confirmando para Alexy o caráter conceitual de norma vinculado ao 'dever ser', e não a algo que 'é', típico dos enunciados⁷⁴.

Ressumbra de primordial importância a diferença entre norma e enunciado normativo em razão do exame do critério de validade destes institutos, pois pode-se analisar uma norma sob o enfoque de ser válida ou inválida, mas nunca verdadeira ou falsa, sob o ponto de vista da veracidade somente os enunciados normativos podem ser sopesados⁷⁵.

O reconhecimento do que seja uma norma ou um enunciado normativo é relevante também para o exame dos critérios de julgamento a serem utilizados na Decisão Judicial, e nesse ponto ressalta-se que tanto as Regras quanto os Princípios possuem as características de normas, e deles se extraem enunciados.

1.1.3 Normas jurídicas como resposta ao caso concreto

Sob o panorama da Decisão Judicial, normas jurídicas podem ser redefinidas, diferenciando-as de texto normativo (lei) e outros enunciados com pretensão de fundamentar soluções jurídicas (políticas públicas, princípios, doutrinas etc.),

74 “É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível das normas, e não no nível do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deônticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades básicas do dever, da proibição e da permissão. [...]

Toda norma pode ser expressa por um enunciado normativo. Como já foi demonstrado, é possível expressar uma norma de diversas maneiras. Dentre essas diversas formas, é conveniente que uma delas seja distinguida. Essa forma ocorre, por exemplo, quando a norma segunda a qual é proibido extraditar um alemão é expressa por enunciados como (1) 'nenhum alemão pode ser extraditado', (1') 'é proibido extraditar alemães' ou (1'') 'alemães não podem ser extraditados'. Enunciados como estes são caracterizados pelo uso de expressões deônticas como 'permitido', 'proibido' e 'devem'. Por essa razão devem eles ser chamados de 'enunciados deônticos'." (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015. pp. 55-56.)

75 “O caráter distintivo que parece decisivo é o que se refere ao critério de valoração. Sobre as proposições descritivas, pode-se dizer que são verdadeiras ou falsas; sobre as prescritivas, não. As proposições prescritivas não são nem verdadeiras nem falsas, no sentido em que não estão sujeitas à valoração de verdade ou falsidade. [...] Então diremos que, enquanto não tem sentido perguntar-se se um preceito é verdadeiro ou falso, tem sentido perguntar-se se é justo ou injusto (oportuno ou inoportuno, conveniente ou inconveniente) ou válido ou inválido.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1º ed., Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 81.)

assumindo o conceito operacional do resultado da interpretação destes textos.

Orlando Luiz Zanon Júnior bem versou sobre o tema, e diferenciou o texto normativo das normas jurídicas no artigo ‘Não Existem Regras Jurídicas’, deixando claro que o texto normativo decorre do processo legislativo, é seu resultado, a legislação em sua forma escrita⁷⁶.

Para o doutrinador a Norma Jurídica passa a ter como conceito operacional o resultado da interpretação e da própria aplicação do texto legislativo ao caso concreto, é a decisão que soluciona a pretensão apresentada ao Poder Judiciário⁷⁷

Eros Roberto Grau segue o mesmo caminho, tratando a norma como resultado do esforço interpretativo no operador do Direito⁷⁸.

76 “O texto normativo nasce do processo de positivação, mediante o qual o legislador fixa uma forma escrita com a finalidade de delimitar a amplitude decisória das pessoas (principalmente das autoridades públicas, com especial enfoque nos juízes), de modo a estabelecer um parâmetro mais rígido e seguro das expectativas quanto às consequências de determinadas condutas, o que amplia a preservação do valor da Segurança Jurídica (certeza do Direito).

[...]

Portanto, a expressão texto normativo e outras que referem a uma redação escrita (como texto legal, legislação, diploma normativo, enunciado positivo, dispositivo, etc.) merecem ser empregadas exclusivamente para se referirem ao elemento de determinação principal das operações decisórias, mormente no padrão da codificação escrita (civil law, statutory law ou code based legal system), que é justamente a redação limitadora da amplitude decisória estabelecida pela autoridade competente.

Em síntese, texto normativo é uma construção gramatical que limita a amplitude decisória das pessoas em determinada sociedade, amarrando as expectativas quanto às consequências de ações dentro da respectiva tradição interpretativa.” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Prestação jurisdicional**. Revista do CEJUR/TJSC, v. 1, n. 02, p. 11 – 26, out. 2014. pp. 13-14.)

77 “Considerando o exposto, pode-se concluir que a Norma Jurídica é o resultado da produção normativa na modalidade aplicação com pretensão de correção, consistente na articulação das Fontes Jurídicas para formulação de um direcionamento de conduta diante de determinados fatos aferidos por aproximação, sem olvidar de eventuais influxos de outra áreas do conhecimento, a serem admitidos a depender da argumentação quanto à sua relevância na espécie.” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2º ed. rec. ampl., Curitiba-PR: Editora Prisma, 2014. p. 199.)

78 “As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo Intérprete.” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação dos Direitos e os princípios)**. 7º ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 40.)

Desse modo, evidencia-se também a importância de se conhecer e examinar as referências teóricas das normas jurídicas e dos Textos Legislativos sob o enfoque da Decisão Judicial, e nessa observação conclui-se que para estes autores as Regras e de certo modo Princípios não são caracterizados como normas jurídicas, mas como Textos Normativos, fontes hábeis para fundamentar uma Decisão Judicial, essa sim a Norma Jurídica.

1.2. Classificação das normas jurídicas em Regras e Princípios Jurídicos

As normas jurídicas, como acima já se examinou, são regulamentos de conduta, ordem para que alguém realize ou se esquite em realizar uma ação, portanto, normas se referem ao universo do 'dever ser', são formulações de que alguma conduta 'deve ser', 'permitir algo' ou 'proibir algo'.

As discussões relacionadas as teorias das normas, que envolvem as teses positivistas e pós-positivistas, versam sobre a questão 'Moral', os primeiros não aceitam que aspectos morais as integrem, em razão dessa posição normas são unicamente Regras, contudo, para os pós-positivistas o exame da Moral é intrínseco ao estudo das normas, não se nega a Moralidade das Regras, mas incluem também como normas os Princípios Jurídicos, *locus* de valores morais.

Não se desconhece a existência de doutrinadores que afastam a classificação binária (regra/princípios), porque entendem que os Princípios realmente não se caracterizam como normas⁷⁹, ou os classificam como Regras com aspecto de generalidade, os diferenciando (Princípios e Regras) unicamente pelo estilo gramatical⁸⁰.

79 “[...] Que eles são qualificados como princípios de ‘Direito’ não significa – como a palavra parece dizer – que eles são Direito, que têm o caráter jurídico. O fato de que eles influenciem a produção de normas jurídicas não significa – como Esser aceita – que eles estejam ‘positivados’, i.e., sejam parte integrantes do Direito positivo.” (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 148.)

80 “A diferença entre a maior parte dos princípios e as Regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas quase de estilo. [...] Compreende-se, assim, que não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as Regras: a violação de um princípio

De outro lado, outros doutrinadores incluem entre as normas outros critérios de julgamento além de Regras e Princípios, tratando o Direito como um conjunto aberto, onde são articulados também a política⁸¹, a Jurisprudência, a Ética, Costumes, entre outros⁸².

Nesse trabalho não se pretende aprofundar a análise de todo o vasto arcabouço de critérios de julgamento que o operador articula para elaborar sua decisão de solução do caso concreto, pois busca-se aqui restringir o estudo a Segurança Jurídica na aplicação dos Princípios como lastro para as decisões judiciais.

Apesar das Regras e dos Princípios Jurídicos serem normas jurídicas, elas exercem papéis diferentes dentro de um sistema normativo, as Regras por descreverem hipóteses de fatos típicos, possuem funções nitidamente regulatórias das relações que se enquadram nessas hipóteses previamente traçadas, ou seja, as Regras regulam as condutas previamente prescritas, sempre se referindo a fatos juridicamente relevantes.

Os Princípios Jurídicos, por sua vez, até em razão de sua generalidade, são multifuncionais, ora com papel programático, ora fundamentadores como Fonte de Direito, também assumem os papéis de integração do sistema, auxiliares na função interpretativa, limitando ou atuando supletivamente quando ausentes ou

sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes." (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 40-41.)

81 "[...], quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de Direito e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como Regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões." (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.)

82 "Então, a articulação das bases teóricas enseja a conclusão, para alguns surpreendente, de que não existem Regras Jurídicas, como um conceito operacional distinto de Textos Normativos ou de Normas Jurídicas, ou mesmo como espécie de Fontes Jurídicas diferente da legislação, dos Princípios Jurídicos, da Jurisprudência, da Doutrina, das Políticas Executivas, da Ética e dos Costumes, haja vista que não são factíveis razões definitivas de dever ser e nem postulados de completa densidade aplicativa." (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2º ed. rec. ampl., Curitiba-PR: Editora Prisma, 2014. p. 207.)

insuficientes para solucionar o caso concreto as demais Fontes do Direito.

1.3. Conceito de Princípios – critérios de distinção entre Regras e Princípios

A diferenciação e a demarcação entre Regras e Princípios apresentam-se de grande importância, seja do ponto de vista científico, que exige aprimoramento conceitual dos institutos do Direito, como também do ponto de vista prática, pois como se examinará, Regras e Princípios são elementos de determinação para elaboração de decisões judiciais que atuam de forma diferente no interior do sistema jurídico⁸³.

Para Zagrebelsky a diferenciação entre Regras e Princípios é importante também para distinguir Constituição e leis infraconstitucionais, explicando o autor que as normas infraconstitucionais se apresentam como Regras, enquanto as normas constitucionais, quanto tratam de Direitos e Justiça, se apresentam como Princípios⁸⁴.

Ana Paula de Barcelos também procurou apontar a importância da distinção

83 “Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a Direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, sem uma teoria suficiente sobre o papel dos Direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos Direitos de liberdade e igualdade, mas também dos Direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito. Com sua ajuda, problemas como os efeitos dos Direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidas. A distinção entre Regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos Direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos Direitos fundamentais [...]” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 85.)

84 “La literatura sobre el modo de entender la diferencia entre los principios y las reglas jurídicas es extensísima y constituye por sí misma una demostración elocuente no sólo del carácter problemático, sino también de la relevancia de esta distinción a la que ahora se presta una atención creciente. Aquí podemos limitarnos a las observaciones que tienen interés para el desarrollo de nuestro razonamiento, evitando entrar en complicaciones que sólo producirían dispersión. Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grande rasgos, distinguir la Constitución e la Ley.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 5 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. pp. 109-110.)

entre Princípios Jurídicos e Regras, quando deixou claro que não se trata de mera questão acadêmica, mas importante elemento definidor do modo como será aplicado cada instituto, voltando sua atenção para os aspectos práticos da diferenciação dos institutos⁸⁵.

Entre os inúmeros critérios doutrinários para o exame da distinção entre Regras e Princípios Jurídicos, adotou-se no trabalho a tese de que realmente são institutos diferentes, e para pontuar essa disparidade foram escolhidos os quatro critérios reconhecidos pela doutrina, que promovem uma singularização satisfatória, são eles os critérios da generalidade, do conteúdo, da estrutura normativa e das particularidades da aplicação.

a) Adota-se como primeiro critério para diferenciação de Regras e Princípios a generalidade, como oposto de especialidade e não como sinônimo de universalidade, ou seja, uma norma coberta de generalidade significa a ausência de qualquer fim especial na sua elaboração, e será mais geral quanto mais aberta for a possibilidade de sua aplicação, o que não se confunde com universalidade, que tem como antônimo a individualidade.

Sendo assim, os Princípios têm uma generalidade muito maior que as Regras, um maior teor de abstração, não se restringindo a situações específicas, enquanto as Regras se apresentam com relatos mais objetivos, incidindo e se dirigindo a situações pontuais e específicas.

Hermann Heller já tratou em sua clássica obra Teoria do Estado sobre a generalidade dos Princípios Jurídicos, que facilitam sua perpetuidade e que se

85 “[...] não se trata apenas de mais uma categoria acadêmica. Muito ao revés, a distinção entre princípios e Regras terá repercussões importantes em toda a vida da disposição normativa: em sua interpretação individual, em seu papel no sistema a que pertence e no ordenamento como um todo e em sua eficácia jurídica. Com efeito, a diferenciação estrutural que há entre princípios e Regras, e o fato de um enunciado ter a natureza de um ou de outra, é determinante para a compreensão de sua eficácia jurídica e, em consequência, da posição em que investe o particular. A razão jurídica pela qual um comando produz ou não efeitos independente da atuação legislativa decorre, em boa medida, dessa distinção.” (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2088. p. 49.)

sobrepõe a acomodação das Regras, fazendo com que estas alcancem novos sentidos a partir da evolução social da comunidade⁸⁶.

No mesmo sentido entendeu Walter Claudius Rothenburg, afirmando que a generalidade e vagueza da linguagem utilizada na elaboração dos Princípios favorecem o seu ajuste a novas situações, acompanhando o desenvolvimento social da comunidade onde deve ser aplicado⁸⁷.

O critério de generalidade não é imune as críticas, Humberto Ávila explicou que toda Norma Jurídica, seja Regra ou Princípio Jurídico, por sua característica básica de ser difundida através da linguagem, é passível de interpretação, todas intrinsecamente são em algum grau indeterminadas, o que enfraqueceria a diferenciação com lastro unicamente nesse critério⁸⁸, contudo, indubitável que, em geral, a linguagem nas regras é mais restritiva que a utilizada na elaboração dos Princípios.

Dworkin é outro crítico do critério da generalidade para diferenciar Regras e Princípios, não aceitando esse padrão, para o autor estas duas espécies normativas possuem estruturas diferentes⁸⁹, o que será melhor analisado no exame das

86 “É justamente essa falta de determinação do conteúdo que capacita esses Princípios Jurídicos a desempenharem uma função perpétua na Constituição. Um preceito jurídico positivo dirá, segundo o que hoje se reclama da segurança, o seguinte: em tais circunstâncias o homem deve comporta-se de tal modo. Com isso, o preceito jurídico válido garante uma previsibilidade maior da conduta social que o Princípio Jurídico que é menos preciso.” (HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968. pp. 304-305.)

87 “As características materiais mencionadas fazem-se acompanhar de uma diferenciação formal (ou distinta forma de apresentação): os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântica-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos, ao passo que as demais normas (Regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa.” (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª Tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, pp. 17-18.)

88 “A inconsistência semântica está na impropriedade da definição de princípio com base no elevado grau de abstração e generalidade. Esse critério de distinção entre as espécies normativas sofreu pesadas críticas. Uma delas – talvez a principal – é a de que toda norma, porque veiculada por meio da linguagem, é, em alguma medida, indeterminada, descabendo, por isso, fazer uma distinção entre as espécies normativas com base em algo que é comum a todas delas – a indeterminação.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. pp. 91-92.)

89 “Uma vez que tenhamos identificado os Princípios Jurídicos como tipos particulares de

particularidades de sua aplicação.

b) O segundo critério de diferenciação encontra-se no conteúdo das duas espécies normativas. Nos Princípios podemos identificar valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, ao passo que as Regras, geralmente, se limitam a indicar regulamentos de conduta, pois a questão dos valores e da justificativa de seus fins ficou a cargo do legislador, não transferindo esse exame ao Intérprete⁹⁰.

Importa trazer que o critério de conteúdo, sob o enfoque dos valores, também é passível de censura, mas por sua importância para o tema do trabalho, a análise relacionada com valores/princípios/regras será objeto de exame em momento específico próximo.

c) O terceiro critério tem relação com a estrutura das Regras e dos Princípios Jurídicos, aquela geralmente especifica os atos a serem praticados para o seu fiel cumprimento, ou seja, se ocorrer o fato previsto em abstrato na Regra, produz-se o efeito concreto já prescrito, os Princípios, por sua vez, indicam somente fins, ideais a serem alcançados, cabendo o Intérprete definir as ações para concretizar esse fim⁹¹.

padrões, diferentes das Regras Jurídicas, subitamente nos damos conta de que estão por toda parte, à nossa volta.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46.)

90 “[...] A diferença na programação seletiva de conteúdo valorativo parece ser a seguinte: os princípios, que se estruturam tipicamente mediante uma relação mais elástica entre ‘se’ e ‘então’, ou seja, entre antecedente e conseqüente, tendem a envolver uma postura mais flexível e aberta em face da incorporação de valores; as Regras, que se estruturam por uma conexão ‘se-então’ menos elástica, tendem a implicar uma atitude mais estreita e menos aberta para com a incorporação de valores.” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e Regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 41.)

91 “As Regras podem ser dissociadas dos princípios quando ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as Regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das Regras é a previsão do comportamento.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013. p.78.)

Na obra *El Derecho Dúctil*, Zagrebelsky segue a mesma trilha, afirmando ser o plano estrutural a distinção essencial entre Regras e Princípios, onde estas duas espécies normativas possuiriam a mesma forma condicional, determinando que algo seja realizado mediante alguma circunstância, todavia, em relação as Regras os critérios para realização estão indicados claramente, enquanto nos Princípios esses critérios são apresentados de forma aberta e se determinam nos casos concretos de aplicação⁹².

d) As particularidades da aplicação das Regras e Princípios é o último critério escolhido para discernimento dos institutos, para tanto seguindo as teorias de Dworkin e Alexy, definidos inicialmente por adotarem a diferenciação entre Regras e Princípios mas também em razão de ambos aceitarem que as Regras são normas aplicáveis sob a forma de 'tudo ou nada', ou seja, se os fatos narrados na Regra ocorrer, ela deve ser aplicada, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos.

Os autores, contudo, diferenciam-se sobre a aplicação dos Princípios, para Alexy eles possuem uma carga de valor, com fundamentos éticos e políticos relevantes, que indicam uma direção a seguir, são mandamentos de otimização, por isso não incidem como 'tudo ou nada', mas sempre na medida do possível e dentro das possibilidades jurídicas⁹³.

92 “Así pues – por lo que aqui interesa -, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de dissenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de ‘supuesto de hecho’, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino solo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos de puede entender su alcance.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 5 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 110.)

93 “O ponto decisivo na distinção entre Regras e princípios é que princípios 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, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e Regras colidentes.

Já as Regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra

Dworkin, como já explorou-se acima, diferenciou Regras e Princípios Jurídicos igualmente sob o critério de validade, de ‘tudo ou nada’ para as Regras, ou seja, sendo válida a regra ela deve ser aplicável, mas por sua vez, quanto aos Princípios, o autor acrescentou a característica de ‘peso’ quando de sua aplicação, preponderando sempre aquele de ‘maior peso’, densidade encontrada na tradição⁹⁴, com isso se distanciou da teoria da dimensão de valor e otimização tratada por Alexy⁹⁵.

Reafirma-se, a característica de ‘tudo ou nada’ para Dworkin tem como decorrência a dimensão de ‘peso’ dos Princípios (não de valor), perfil que deve ser examinado no momento de sua aplicação⁹⁶.

Pela sua relevância, analisar-se-á a questão da aplicação dos Princípios Jurídicos em momento próprio nessa obra, quando serão aprofundadas as questões envolvendo Conflito de Regras e Colisão de Princípios.

vale, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinação no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre Regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não distinção de grau.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2012, pp. 90-91.)

94 “[...] ao contrário, com apoio em Dworkin, princípio deve ser entendido como a unidade de uma prática social, compartilhada pela comunidade política. Dizendo de outro modo, não é o sujeito que formará um princípio que, a partir de então, será aplicado às mais diversas situações e passará a influir na prática social. Ocorre, na verdade, o inverso: os princípios – já enraizados na comunidade, na tradição – é que moldarão as práticas do sujeito.” (LUIZ, FERNANDO VIEIRA. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada a constituição de Lenio Streck**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle, Locais do Kindle 4651-4654.)

95 “As Regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

[...]

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles eu mais se assemelham as Regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39-40.)

96 “Essa primeira diferença entre Regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as Regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (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. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 42-43.)

1.4. Identificação dos princípios e sua diferenciação das Regras

Como primeiro ponto sobre o reconhecimento dos Princípios Jurídicos, pode-se analisar o *locus* onde eles podem ser encontrados, e nessa situação, normalmente nos ordenamentos contemporâneos, eles estão positivados nas constituições, todavia, tal regra não é definitiva, ou seja, na realidade os Princípios não se encontram em pontos específicos do ordenamento, e para alguns autores, como Alexy e Dworkin, eles podem ser vistos e derivados do conjunto das regras, de enunciados normativos e da própria tradição e história da comunidade onde são aplicados⁹⁷.

Não se pode esquecer que, especificamente no Brasil, como resultado do desenvolvimento do novo Direito Constitucional após a Segunda Grande Guerra e com a redemocratização que resultou na Constituição de 1988, temos hoje uma constituição exemplarmente com bases principiológicas⁹⁸.

No mesmo sentido encontra-se a situação na Itália, onde o processo de evolução da interpretação constitucional principiológica teve início ainda nos anos 60⁹⁹.

97 “Não há, portanto, um local específico, uma sede reservada, para os princípios na constituição. Eles costumam apresentar-se desde o preâmbulo e podem ser encontrados em qualquer ponto da constituição ou mesmo dos demais atos normativos infraconstitucionais que compõem o sistema jurídico.” (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª Tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 76.)

98 “No Brasil, o ambiente de reconstitucionalização que o processo de redemocratização instalou nos anos 1980, e que, com a eleição da Assembleia Constituinte – embora não exclusiva – e como os trabalhos constituintes que deram origem à Constituição de 1988 instaurou, foi-se capaz de promover a travessia de duas décadas de autoritarismo para um regime democrático e, mais que isso, a vivência do mais longo período de estabilidade institucional da história republicana, com a inscrição de um novo constitucionalismo alicerçado em um amplo catálogo de Direitos fundamentais, com uma base principiológica própria das democracias constitucionais contemporâneas.” (MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e cidadania - Por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 62-63.)

99 “Il problema è esploso intorno agli anni '60 – piuttosto che al livello di una discussione dottrinale – come uno stato d'animo della magistratura, quando il valore della costituzionalità è apparso più importante di quello della certezza della legge. È emersa una visione sovversiva della analogia iuris, che nelle versioni radicali giustificava – sulla base dei principi della costituzione – un sindacato costituzionale del giudice ordinario sulla legge.” (GIULIANI, Alessandro. **L'applicazione della Legge**. Maggioli Editore – Rimini, 1983, p. 73.)

Atianza trouxe o exemplo da Constituição Espanhola, que positivou os antigos Direitos naturais do homem na forma de Princípios Jurídicos Constitucionais¹⁰⁰.

O operador do Direito, portanto, pode encontrar os Princípios de forma expressa no interior da Constituição, incluindo seu preâmbulo, ou eles podem derivar de uma interpretação sistémica do texto constitucional, contudo e importante ressaltar, o ato de investigar e explorar no ordenamento os Princípios não significa em momento algum 'criá-los', mas sim de reconhece-los.

Encontram-se Princípios Jurídicos Constitucionais quando eles se apresentam, dentro de uma Constituição, como mandamentos que algo seja realizado ('dever ser'), todavia, estas ordens devem se referir aos objetivos e valores da Constituição, ou seja, organizar o exercício do poder político, fixar Direitos Fundamentais dos indivíduos ou traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado¹⁰¹.

Ora, traçando um paralelo entre Princípios Jurídicos com aqueles caracterizados como constitucionais, podemos concluir que aqueles, então, devem descrever, com certo grau de generalidade, um estado ideal de coisas a ser promovido, vinculado aos objetos defendidos pela tradição do sistema jurídico da comunidade onde devem ser aplicados, podendo ser satisfeitos em grau variados, não dependendo unicamente das possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas.

100 "En el plano der Derecho interno hemos assistido, en efecto, en las llamadas democracias avanzadas, a una progressiva constitucionalización de los Derechos, como consecuencia de que a las constituciones (la española de 1978 es buen ejemplo de ello) no se les reconoce ya un valor simplemente programático, como en otros tempos, sino que se las considera normas jurídicamente obligatorias que ocupan, además, la máxima jerarquía en el sistema.

[...]

Esto es una consecuencia de lá 'Moralización' de nuestros Derechos, esto es, del hecho de que los sistemas jurídicos han positivizado (vía la Constitución) los principios de una Moral universal que no pretende ser simplemente la Moral social de un determinado grupo. La Moral há emigrado, pues, al interior de los Derechos, de manera que, en general, los conflictos Morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el Derecho y la Moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios Morales incorporados por el Derecho." (ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 1ª ed. 4ª Impresión. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2014, pp. 119 e 125.)

101 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.90

Princípios Jurídicos são encontrados quando o texto normativo não exige que algo sempre seja cumprido ou não, reconhecida a presença da margem de proporcionalidade da sua aplicação está-se diante de um Princípio, pois a característica de proporcionalidade é da natureza dos Princípios Jurídicos, segundo Alexy¹⁰².

Não se pode esquecer que a característica de proporcionalidade dos Princípios encontra resistência para sua aceitação, principalmente entre os positivistas, que não os reconhecem como normas jurídicas ou ainda que não os diferenciam das Regras no momento de sua aplicação, entre estes encontra-se a voz crítica de Ferrajoli.

Ferrajoli deixou bastante clara sua objeção à alegação de que a ponderação é o método de aplicação primordial de Princípios, levantando ser indubitável que a ponderação legislativa entre Princípios positivados na Constituição, que resulta na escolha de um detrimento de outro, é um ataque ao caráter vinculante da própria Constituição, e quanto à ponderação judicial, ele a coloca em paridade com a 'interpretação sistemática'¹⁰³.

102 “A base do argumento dos princípios é constituída pela distinção entre Regras e princípios. Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designados de forma simplificada como ‘mandamentos definitivos’. Sua forma característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente as possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por Regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios.” (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p.85.)

103 “[...] A ponderação, em outras palavras, não pode se estender à escolha de quais princípios constitucionais devem atuar e quais não devem atuar, sem resultar num descumprimento da Constituição e, portanto, na admissão de um poder do legislador, em contraste com a hierarquia das fontes, de tornar inútil ou, de qualquer modo, de derrogar o preceito constitucional...

[...]

Quanto à ponderação judicial, ela se parece mais a um neologismo para denominar a velha ‘interpretação sistemática’, desde sempre conhecida e praticada pelos juristas, consistente na interpretação do sentido de uma norma à luz de todas as outras normas do sistema.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp.

Também crítico da ponderação, Lenio Streck aponta a técnica exortada por Alexy como um canal de legitimação/institucionalização da Discricionariedade do Intérprete¹⁰⁴, resultando em incontestável insegurança jurídica, todavia, importante elaborar que para esse autor os Princípios possuem realização limitada, pois somente podem ser aplicados com o atravessamento de Regras, ou seja, eles fecham o sistema, desnudando a capa de sentido imposta pela regra¹⁰⁵.

1.5. Princípios e valores

Atualmente não é possível negar a tendência de íntima ligação entre Princípios Jurídicos, primordialmente quando positivados nas constituições, e valores sociais. O novo constitucionalismo principiológico não se satisfaz em ser singela norma descritiva ou programática do Estado, mas se encontra inundado de valores morais e políticos que se organizam em um sistema de Direitos Fundamentais autoaplicáveis e que se exteriorizam nos Princípios Jurídicos¹⁰⁶.

A relação entre Princípios Jurídicos e valores democráticos é de grande importância para dar base ao estudo das funções que eles exercem no ordenamento

48 e 49.)

104 “Já os ‘efeitos colaterais’ do voluntarismo da Jurisprudência dos valores podem ser vistos nas teses conhecidas como ‘neoconstitucionalistas’, onde a ponderação de valores se transformou no canal de legitimação/institucionalização de uma ampla Discricionariedade.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 145.)

105 “A regra não subsiste sem o princípio. Do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado sem o ‘atravessamento’ de uma regra. A regra não explica; a regra esconde. O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo autossuficiente).” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 145.)

106 “Pare inarrestabile la linea di evoluzione che porta a trovare il fondamento positivo, anche se non esclusivo, dei principi generali dell’ordinamento giuridico nella Costituzione. Nel nuovo contesto il punto di vista dogmatico, secondo cui la positivizzazione di un principio consiste nella sua incorporazione nel testo, pare superata. Non va trascurata l’incidenza su questo fenomeno del progressivo collegamento del diritto interno con il diritto sovranazionale, che pone a vari livelli (trattati internazionali, diritto comunitario) il ricorso a principi del diritto, in un senso non ammesso dal Positivismo. Basti pensare all’articolo 215, 2° comma, del Trattato di Roma, istitutivo della Comunità Europea: nelle applicazione del collegamento dei nuovi principi con la tutela di diritti fondamentali. Non é casuale che nella piú recente giurisprudenza si sia potuto affermare, in un nuovo clima, il ricorso esplicito a principi sans texte formel (logici, economici, scientifici ecc), che permettono in taluni casi lá tutela di diritti costituzionalmente garantiti...” (GIULIANI, Alessandro. **L’applicazione della legge**. Maggioli Editore – Rimini, 1983, p. 75.)

jurídico, dando-lhes força e importância, apresentam-se como postulados normativos, com força vinculante e objeto de aplicação direta pelos magistrados.

Robert Alexy confirma a estreita relação entre Princípios e valores, ambos encerram desejos morais e éticos, todavia, eles são diferenciados claramente quando compreendemos que Princípios estão abarcados dentro das particularidades do ‘dever ser’, ou seja, uma norma, enquanto os valores possuem traços do conceito ‘de algo bom’¹⁰⁷.

A tese de que os valores se caracterizam por seguirem um modelo do ‘que é bom’ não significa que não possam ser transfigurados em um enunciado sobre Princípios, e assim figurar como modelo de ‘dever ser’, ou seja, o que ‘é bom’ através de um enunciado pode ser transformado, *prima facie*, naquilo que ‘é devido’, até mesmo pode-se concluir que Princípios seriam enunciados que descrevem valores¹⁰⁸.

André Fellet, na conclusão de sua obra Regras e Princípios, Valores e Normas, explica que não são todos os valores que podem ser manipulados pelo juiz, mas somente aqueles positivados¹⁰⁹.

Partindo então da premissa de que Princípios Jurídicos positivados nas constituições exteriorizam também valores, e indubitável sua normatividade decorrente da própria posituação no ordenamento jurídico, mais que isso,

107 “A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* ‘o melhor é’, no modelo de princípios, *prima facie* ‘devido’; e aquilo que ‘é’, no modelo de valores, definitivamente ‘o melhor é’; e aquilo que ‘é’, no modelo de valores, definitivamente ‘o melhor é’, no modelo de princípios, definitivamente ‘devido’. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 153.)

108 “Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, com isso, haja perda de conteúdo.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 144.)

109 “[...] imperioso que os valores só sejam submetidos a juízos de ponderação ou informem a aplicação do Direito positivo na medida em que encontrem correspondência no respectivo sistema jurídico, como princípios expressos ou implícitos.” (FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 225.)

positividade no mais alto grau em razão da posição hierárquica no sistema.

Passa-se, à vista disso, a expor algumas funções dos Princípios Jurídicos, especificamente as funções: a) programática; b) integratória; c) fundamentadora; d) interpretativa; e) limitadora; e f) função supletiva.

1.5.1 Função programática

Considera-se essa a função primeira dos Princípios, aquela que desde sempre a doutrina impõe especialmente aos Princípios Constitucionais quando se começou o estudo de sua importância dentro do ordenamento jurídico, mesmo antes de se ponderar sobre sua normatividade.

Na função programática os Princípios direcionam todo o sistema normativo para se atingir um objetivo específico tratado e indicado pelo legislador como importantes para o Estado.

Nessa função os Princípios expressam os objetivos que devem ser alcançados pelo Estado e traça os caminhos pelo qual o Estado deve seguir para atingi-los¹¹⁰.

No mesmo sentido José Afonso da Silva, citando Pontes de Miranda, “admite que elas procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico.”¹¹¹

110 “As normas constitucionais programáticas são as em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou Direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) como programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado.” (DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3ª ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 144.)

111 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.155.

1.5.2 Função integradora

Uma das características básicas das Constituições é ser a lei superior do Estado, com valor supremo e função integradora do sistema normativo, ou seja, confirmando as normas inferiores que lhe sigam o sentido e revogando aquelas que lhe são contrárias, e os Princípios expressos na constituição possuem como característica essa mesma função.

Assim, apresentam-se os Princípios Constitucionais, bem como os Princípios Jurídicos, como fundamentos da unidade do ordenamento jurídico, balizador da produção normativa inferior, dando um propósito único e integrado, e nesse caso sua função é claramente integradora.

1.5.3 Função fundamentadora

Os Princípios na sua função fundamentadora apresentam-se como fontes básicas e primárias na formulação das normas infraconstitucionais, e também das decisões judiciais, inspirando as políticas públicas e a organização do Estado na busca dos fins sociais traçados na Constituição.

O Supremo Tribunal Federal tratou do tema no voto do Ministro Celso de Mello, proferido na PET – 1458/CE, publicado no DJ 04/03/98, julgamento em 26/02/1998, como segue no trecho abaixo: “[...] o respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores – que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos Direitos individuais ou coletivos – introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder”¹¹².

112 Ministro Celso de Mello, voto proferido na PET – 1458/CE, publicado no DJ 04/03/98, julgamento em 26/02/1998.

1.5.4 Função Interpretativa

Na função interpretativa os Princípios auxiliam os juristas e doutrinadores na tarefa de interpretar as Regras, buscando o clareamento das incertezas e ambiguidades no sistema de normas.

Essa função interpretativa decorre logicamente da função fundamentadora, ou seja, se as Regras podem ser fundamentadas nos Princípios ou deles não se distanciarem no que tange a seus desígnios, claro que os Princípios servem de lastro no completo entendimento das Regras, que devem seguir de acordo com o que foi por eles traçado¹¹³.

1.5.5 Função limitativa

No papel da função limitativa, os Princípios, especialmente os constitucionais, acabam por exigir que a Regra ou os atos administrativos praticados pelo Estado, através de seus representantes, respeitem os limites que foram traçados por ele, não podendo ir além ou em sentido diferente do que neles foi determinado. A função limitadora é decorrência lógica da função fundamentadora.

1.5.6 Função supletiva

Na função supletiva os Princípios serviriam unicamente para corrigir ou suprimir as lacunas do sistema normativo, mas só no caso da inexistência de Regras para tratar do tema objeto de exame pelo jurista, seria singela fonte subsidiária do

113 “[...] 'a) É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio.’ Agora, quanto à integração jurídica, diz: 'Na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios’” (LIMA, George Marmelstein. **As funções dos princípios constitucionais**. Artigo encontrado na rede mundial de computadores, endereço: <http://jus.com.br/imprimir/2624/as-funcoes-dos-principios-constitucionais>, 16/04/2015.)

Direito.

A visão dos princípios unicamente como fonte supletiva está ultrapassada, não se podendo interpretá-los numa função supletiva após se descortinar a sua indubitável normatividade, normatividade essa que passou a exigir sua aplicação obrigatória.

Paulo Bonavides afirma a normatividade dos Princípios Constitucionais, afastando o pensamento dos princípios meramente com uma função supletiva¹¹⁴, servindo também no caso dos Princípios Jurídicos.

Bobbio cuidou do tema em sua obra clássica *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*, quanto analisou a analogia *juris*, concluindo pela possibilidade de extrair de um conjunto de Regras uma norma geral, que caracterizou como princípio do ordenamento jurídico, e com ela suprir eventual lacuna jurídica do ordenamento¹¹⁵.

Pode-se concluir do exame das funções dos Princípios, inicialmente, que eles desempenham papel diferenciado das Regras e por serem normas generalíssimas melhor se adaptam às rápidas mudanças sociais, fazendo com que o jurista tenha a ferramenta certa para aplicar às novas situações jurídicas que se mostram a cada dia, e mais que isso, eles se tornam válidos e eficazes para serem interpretados e

114 “A esta altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra. Consagração observada de perto na positividade dos textos constitucionais, donde passam à esfera decisória dos arestos, até constituírem com estes aquela Jurisprudência principal, a que se reporta, com toda a argúcia, Garcia de Enterría.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p.260.)

115 “A analogia *juris* (a saber, o recurso aos princípios gerais do ordenamento jurídico), por sua vez) é uma forma de interpretação diferente da analogia *legis*, pois não se baseia no raciocínio por analogia, mas num procedimento duplo de abstração e de subsunção de uma *species* num *genus*. O processo de abstração consiste em extrair os princípios gerais do ordenamento jurídico: de um conjunto de Regras que disciplinam uma certa matéria, o jurista abstrai indutivamente uma norma geral não formulada pelo legislador, mas da qual as normas singulares expressamente estabelecidas são apenas aplicações particulares: tal norma geral é precisamente aquilo que chamamos de um princípio do ordenamento jurídico. Uma vez formulada esta norma geral, o jurista a aplica àqueles casos que, não sendo disciplinados nas normas singulares expressas, são no entanto abrangidos no âmbito dos casos previstos pela mesma norma geral.” (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. pp. 219-220.)

diretamente aplicados ao caso concreto.

1.6 Efetividade e aplicação dos Princípios Jurídicos

1.6.1. Efetividade

Para chegar-se a efetividade dos Princípios Jurídicos é indispensável investigar a evolução de sua juridicidade, Bonavides elencou três fases distintas, são elas a fase jusnaturalista, positivista e a pós-positivista.

Na fase jusnaturalista os Princípios encontravam-se ainda sem *status* jurídico, tratados unicamente como normas programáticas, de caráter político e não vinculativo, exporiam o ideal de justiça universal, lastreado diretamente na natureza, através de leis divinas ou humanas, mas sempre verdades pretensamente universais e de bem agir.

A fase positivista se caracteriza pela inclusão destes princípios universais, dessas normas programáticas e de caráter político dentro das codificações, e no caso dos Princípios Constitucionais, no bojo da Constituição, iniciando então a sua juridicização, entretanto, eles ainda não se exteriorizam de modo direto, mas subsidiariamente, como fonte da inteireza do ordenamento.

Nessa fase, os Princípios são extraídos das próprias Regras e de sua interpretação sistemática, para lhe servir de fundamento, sendo uma 'válvula de segurança' no afã de impedir as lacunas legais, suprimindo vazios e promovendo a integração do ordenamento jurídico, mas sem força normativa direta.

Chega-se então à terceira fase da evolução normativa dos Princípios, denominada por Bonavides de pós-positivista, que se inicia com as novas Constituições promulgadas nas últimas décadas do século passado, onde então os Princípios foram apresentados como fundamentos de todo o ordenamento jurídico,

adquirindo força normativa para impor obrigações e não somente promover a integração do sistema¹¹⁶.

Norberto Bobbio segue na mesma seara, quando afirma que não se pode reconhecer nos Princípios Jurídicos seu caráter meramente programático, ou ainda restringir sua eficácia unicamente aos casos de complementação das Regras, apontando, contudo, que como positivista expressa essa possibilidade nos casos de lacuna do ordenamento¹¹⁷.

O José Afonso da Silva, clássico autor brasileiro sobre o tema, também acompanha Bobbio na juridicidade dos princípios, especificamente os constitucionais, apontando que possuem indubitável efetividade para regular condutas, com claro aspecto vinculante, todavia, ainda resguardado no Positivismo, o autor afirma que a efetividade ampla deve ser aplicada na invalidação das normas que conflitem com os princípios¹¹⁸.

116 “[...] dali parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como Direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto a constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 238.)

117 “Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999, p. 158-159.)

118 “Sua juridicidade, contudo, deve ser afirmada só pelo ‘fato de constarem de um texto de lei’, sendo de repelir a pretensa injuridicidade de Regras pertencentes a uma constituição, e especialmente a uma constituição rígida...”

[...]

Crisafulli, que dissecou sucessivamente a temática das normas programáticas, sustentou-lhes a juridicidade (e a eficácia, ainda que reduzida), argumentando que enunciam verdadeiras normas jurídicas e, por isso, são tão preceptivas como as outras; regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre as matérias que lhe são objetos, sendo, nesse limite, vinculantes, como consequência da eficácia formal prevalecente da fonte (a constituição), no que respeita às leis ordinária, pelo quê estas, se anteriores e contrárias, ficam invalidadas; se posteriores e conflitantes, são inconstitucionais.” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas**

Não se pode mais duvidar da posituação dos Princípios, desde o momento em que foram incluídos expressamente no ordenamento jurídico, no bojo das constituições contemporâneas, tornando a normatividade uma característica inerente a eles, ou seja, são os Princípios nesse caso também normas constitucionais.

Ora, a normatividade é atributo próprio de formulações que pertencem ao mundo jurídico, mundo do 'dever-ser', e, como tal, devem ser respeitados pelos entes sociais e reconhecidos como normas que fazem parte do sistema jurídico¹¹⁹.

As normas sob o aspecto de Princípios Jurídicos, portanto, são promulgadas para guiar, dirigir as relações sociais, as condutas dos entes públicos e privados, das pessoas físicas e jurídicas, e como corolário lógico, foram criadas para serem aplicadas¹²⁰.

Para melhor analisar-se a aplicabilidade das normas sob o aspecto de princípios, especialmente os constitucionais, devem-se examiná-las em três planos: o da validade, o da vigência e o da eficácia.

1.6.1.1 Da validade e da vigência

De uma maneira bastante singela, o plano de validade da Norma Jurídica

constitucionais, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 153-154.)

119 “Se as normas constitucionais são normas jurídicas – e o são, este é um axioma a respeito do qual não se transige – compartilham elas ao menos do elemento mais essencial da normatividade; também elas pretendem produzir efeitos que deverão ser levados a cabo coativamente, se necessário. A grande questão está precisamente em procurar identificar o efeito pretendido pelas normas constitucionais e a eficácia jurídica associada a cada uma delas, para, em seguida, fazer uso de algum meio de tutela capaz de impor seu cumprimento.” (BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, 2ª ed., amplamente revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 44.)

120 “Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Lastreando-se na lição de Ruy Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor Moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de Regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Deliberadamente, ao estudar-lhes a capacidade de produzir efeitos, deixou de lado a cogitação de saber se estes efeitos efetivamente se produzem.” (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.)

equivale ao preenchimento por ela de todos os requisitos materiais e formais para sua produção, requisitos estes que estão descritos no próprio ordenamento jurídico, sendo então integrada ao sistema de normas, neste trabalho utiliza-se o conceito de validade como sinônimo de existência¹²¹.

Validade não se confunde com a vigência, essa possui restrita ligação com o tempo, ou seja, a vigência é tempo de validade da norma, que tem início quando ela entra em vigor e se encerra com sua revogação ou com o *dies ad quem* de sua duração¹²².

Tratou-se o tema validade na teoria de Dworkin, tendo esse autor afirmado que o instituto da validade é incompatível com o exame dos Princípios, sendo aplicável somente quando relacionada com as Regras, pois elas, como entende, é estruturada na forma de ‘tudo ou nada’ e podem ser reconhecidas através do que denominou de ‘teste de pedigree’ (criticando a regra de reconhecimento de Hart), enquanto os Princípios não podem ser analisados pelo critério de validade, mas sim no enfoque de ‘peso’, de importância para decidir o caso concreto, não são alcançados pelo ‘teste de pedigree’¹²³.

121 “Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida. Por exemplo, terminada a fase constitutiva do processo produtivo de normas legais (cf. Ferreira Filho, 1984:75-264), que ocorre com sua sanção, temos uma lei válida [...] Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada.” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, pp. 197-198.)

122 “Vigência (do verbo vigor, do latim vigere) é, no sentido indicado, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois, é o modo específico da existência da Norma Jurídica.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 52.)

123 “A origem desses princípios enquanto Princípios Jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. [...] (Na verdade, não tem sentido falar em ‘anulação’ ou ‘revogação’ de princípios como estes. Quanto entram em declínio, eles sofrem uma erosão, eles não são torpedeados.)

[...]

[...] (Parece estranho falar de um princípio como sendo válido, talvez porque validade seja um conceito do tipo tudo ou nada, apropriado para Regras, mas incompatível com a dimensão de peso, própria de um princípio.)” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo:

A validade dos Princípios Jurídicos está intimamente ligada a tradição da sociedade que o reconhece, pois sendo ele expressão de valor ético/Moral da comunidade, enquanto estes valores foram ainda admitidos como meritórios, sua validade se conserva.

1.6.1.2 Da eficácia

Quando se fala em eficácia de uma Norma Jurídica temos que pensar na sua possibilidade de gerar efeitos, trata-se do seu potencial para produzir os resultados que lhe são próprios, seja de forma espontânea ou através da coação estatal, por conseguinte, eficácia ocorre quando a norma é efetivamente aplicada e obedecida¹²⁴.

A eficácia apresenta-se de duas formas, a eficácia técnica ou jurídica e a eficácia social, esta última também conhecida por efetividade.

A eficácia técnica ou jurídica é encontrada quando a norma preencher todos os aspectos técnicos para sua aplicabilidade, tendo potencial para produzir seus efeitos jurídicos, seria a aptidão da norma para produzir os efeitos desejados pelo legislador¹²⁵.

Já do ponto de vista da eficácia social ou efetividade, por exemplo, em se tratando de norma constitucional que possui as condições fáticas de ser aplicada, e sendo adequada à realidade e aos valores sociais do meio para qual foi produzida,

Martins Fontes, 2002, p. 64 e 65-66.)

124 “A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ao ‘regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados, nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.” (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.)

125 “Terá eficácia jurídica a norma constitucional que, tecnicamente, tiver condições de aplicabilidade, podendo, então, produzir seus próprios efeitos de Direito. Eficácia jurídica indica, tão-somente, a mera possibilidade da aplicação da norma.” (DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3ª ed., atualizada, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 38.)

na generalidade, deve ser obedecida, possuindo assim ampla eficácia social¹²⁶.

1.6.1.3 Classificação das normas constitucionais

Encerra-se o subcapítulo que versa sobre a eficácia das normas constitucionais, cuidando de sua classificação, levando em consideração para tanto a sua eficácia jurídica.

Nesse ponto é importante esclarecer que são inúmeros os autores que tratam da classificação das normas constitucionais por outros vieses, entre eles pode-se citar Maria Helena Diniz¹²⁷, Luís Roberto Barroso¹²⁸, Paulo Bonavides¹²⁹, J.J. Gomes Canotilho¹³⁰, todavia, nesse trabalho apresentar-se-á ilustrativamente a classificação clássica de José Afonso da Silva¹³¹, que leva em consideração sua eficácia.

José Afonso da Silva acabou por classificar as normas constitucionais de acordo com sua eficácia, dividindo-as em três grupos: as normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida.

a) Normas Constitucionais de Eficácia Jurídica Plena: são aquelas de aplicabilidade imediata, direta, integral, que independem de qualquer legislação

126 “A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo ‘o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.)

127 DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3ª ed., atualizada, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 101-115.

128 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89-113.

129 BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 212-227.

130 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1132-1137.

131 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 88-166.

posterior constitucional ou infraconstitucional para sua inteira operatividade, para produzir os efeitos que desejou o constituinte, enfim, são autoaplicáveis, dotadas de todos os meios necessários para sua execução.

b) Normas Constitucionais de Eficácia Jurídica Contida: são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, direta, todavia, por ter um conteúdo muito amplo, podem ter o seu alcance reduzido pela atividade do legislador infraconstitucional, restringindo seu alcance, todavia, a legislação infraconstitucional não é necessária para a autoaplicabilidade da norma constitucional de eficácia contida, que nesse caso continua produzindo seus efeitos de forma ampla.

c) Normas Constitucionais de Eficácia Limitada: são aquelas que dependem da emissão de uma normatividade futura, que apresentam uma aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois somente passam a incidir de forma ampla após uma norma infraconstitucional lhe proporcionar aplicabilidade.

Nesta espécie de norma o legislador tem a função de integrar sua eficácia mediante a produção de leis ordinárias, onde dará a ela capacidade de execução, regulando sua aplicação e alcance, pois elas não são autoexecutáveis.

As normas constitucionais de eficácia limitada se subdividem em outras duas classes:

c1) Normas de Princípio Institutivo: As normas de princípio institutivo têm caráter organizativo e regulativo de órgãos, entidades e respectivas atribuições e relações. Sua função primordial é de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos, o que será posto em prática através da legislação infraconstitucional.

c2) Normas de Princípio Programático: são aquelas em que o legislador constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinando interesses,

limitou-se a traçar princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado.

As normas constitucionais de eficácia limitada, principalmente as denominadas programáticas, são as que trazem maiores problemas para sua compreensão, pois tendo eficácia limitada pela ausência de legislação infraconstitucional, poderiam elas ser interpretadas como meros desejos ou ideais da administração, contudo, esta visão deve ser totalmente rejeitada.

Em que pese a classificação exposta, deixa-se bastante claro a indubitável validade da Constituição e de todos os seus preceitos enquanto normas jurídicas que são, e mesmo nos casos de sua eficácia depender de outras legislações infraconstitucionais, essa omissão não possui força jurídica para impedir a sua eficácia constitucional, pois mesmo nesse caso a Constituição impede a existência de legislação violadora de seus preceitos. Isso somente ratifica a sua disposição normativa, que de forma alguma pode ser 'fatiada', ou seja, inaceitável que a norma constitucional, seja ela Regra ou Princípio, tenha uma eficácia em alguns casos e não em outros, a efetividade técnica e social da Constituição é plena.

A discussão sobre a imediata aplicação e produção de efeitos pelas normas constitucionais de eficácia limitada é recente, e se confunde com a efetividade dos Princípios, pois assim normalmente se exteriorizam no mundo do 'dever ser'¹³².

132 "Toda norma que se arvora funcionalmente como norma-princípio ou norma básica, servindo de fundamento a uma ou mais normas particulares subordinadas – escreve Crisafulli -, é sem dúvida desse ponto de vista, e nessa acepção também programática. Faz ele entrar assim em tal categoria os chamados princípios gerais.

Da forma que funciona como princípio geral, decorre uma série bastante numerosa de normas particulares, ressaltando o sobredito constitucionalista que 'a adoção de um princípio geral implica e significa, com efeito, a adoção de uma determinada linha de desenvolvimento da respectiva ordenação jurídica no que tange àquela ordem de relações a que o princípio mesmo se refere'

Sem embargo do alto grau de generalidade, a norma-princípio ou princípio geral é norma programática, na acepção lata já referida, sendo portanto dotada de eficácia jurídica. Em consequência, o vínculo programático do princípio geral contido porventura em lei constitucional não somente obriga como prevalece sobre a norma da lei ordinária, reconhecendo-se-lhe também eficácia interpretativa sobre a norma cativa, que não deve contradizer o princípio donde emana."

Não se admite negar a existência e a eficácia dos Direitos garantidos na Constituição com base na afirmação de que é indispensável a elaboração de norma infraconstitucional, tal situação de inexigibilidade de um Direito não é crível, sob pena de retornar-se ao tempo em que as constituições não possuíam caráter de normatividade, mas sim uma carta de intenções.

Barroso firmou esse entendimento, quando disse que o Poder Judiciário não pode se negar a prestar a tutela sob o fundamento do Direito Constitucional ser inexigível em alguns casos¹³³.

Alerta-se, se determinado Direito garantido na Constituição não puder ser efetivado através de requerimento ajuizado perante o Poder Judiciário, tendo como motivo não ser ele efetivo ou exigível, ou seja, estar divorciado da realidade social, é o caso de se rever a própria constituição¹³⁴.

Hesse definiu muito bem que a Constituição deve ser revista quando os Direitos nela explicitados não podem ser garantidos: “[...] Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio Direito.”¹³⁵

(BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 221.)

133 “O entendimento aqui sustentado parece bem claro: Direito é Direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um Direito não exigível. Juridicamente, isso não existe. Tampouco poderá invocar a não-imperatividade ou ausência de caráter jurídico da norma que o confere. [...] Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável, pela utilização de uma interpretação sistemática permeada por princípios e conceitos da teoria da Constituição e do Direito.” (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 111.)

134 “[...] Se o Direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-se com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 22.)

135 HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 23.

Pode-se concluir, portanto, que as normas constitucionais (Regras e Princípios) produzem efeitos, não são opiniões ou diretivas a serem seguidas de forma discricionária, elas obrigam e devem ser cumpridas, gerando efeitos desde a sua entrada em vigor.

1.6.2. Colisão de Princípios Jurídicos e a ponderação

Superada a questão da efetividade dos Princípios Jurídicos, examina-se a técnica da ponderação como método difundido de solução da Colisão de Princípios, iniciando-se com os necessários esclarecimentos da diferença que surge quando se depara com uma Colisão de Princípios e um Conflito de Regras.

Pode-se encontrar Colisão de Princípios e Conflito de Regras quando duas normas isoladamente aplicadas convergem para resultados diferentes ou até mesmo conflitantes, e quando ocorrem estas situações desenlaces diferentes são apresentados se estas normas são Regras ou Princípios.

Inicia-se a explicação com o exame de um conflito entre Regras, lembrando que elas, de forma geral, são aplicadas sob a forma de 'tudo ou nada', e bem por isso a solução encontrada para o problema, se entre as Regras não existe cláusula de exclusão que elimine o conflito, é a declaração de uma das Regras como inválida, pois não é possível que dois juízos concretos de “dever-ser” sob a forma de Regras, contraditórios entre si, sejam válidos dentro de um mesmo sistema jurídico¹³⁶.

Quando a mesma situação ocorre entre Princípios a solução é diversa, não se trata de aplicar a invalidade de um deles, até porque incabível empregar o critério de

136 “A constatação de que pelo menos uma das Regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre Regras nada diz sobre qual das Regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de Regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é, a decisão é uma decisão sobre validade.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 94.)

validade para analisá-los, mas no caso concreto um dos Princípios colidentes deverá ceder, pois sempre um deles terá precedência em face de determinadas condições do caso concreto analisado, visto que os Princípios possuem pesos diferentes, ou seja, não se procura a solução através de uma decisão de validade, mas de valor¹³⁷.

Leila Eliane Hoffmann Ritt, citando Ruy Samuel Espíndola, trabalhou em artigo científico o instituto da ponderação, onde apontou-se a ponderação como método de balanceamento e harmonização da colisão entre princípios¹³⁸, e com isso alcançar a solução para o caso concreto, tema que será revisitado no último capítulo desse trabalho, em conjunto com outros métodos de aplicação das normas jurídicas.

Enfim, no encerramento desse primeiro capítulo, conclui-se que as normas compreendem um gênero, e deste são espécies as Regras e os Princípios Jurídicos, onde:

a) Regras normalmente são apresentadas através de relatos objetivos, descrevendo condutas aplicáveis a um conjunto limitado de situações e produzindo uma conclusão também já exposta e conhecida, aplicáveis sob a forma de tudo ou

137 “A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 96.)

138 “Em síntese, as diferenças são as seguintes, segundo Espíndola: a) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização; as Regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem); a convivência dos princípios é conflitual; já entre as Regras é antinômica; os princípios coexistem; as Regras antinômicas excluem-se; b) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem balanceamento de valores e interesses, consoante seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as Regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menor; c) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências standards devem ser realizadas; as Regras contêm fixação normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de Regras contraditórias; d) os princípios suscitam problemas de validade e peso; as Regras colocam apenas questões de validade.” (HOFFMANN RITT, Leila Eliane. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos Direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acessado em 29/01/2014. pp. 10-11.)

nada, com suas eventuais divergências sendo resolvidas através de cláusulas de exceção ou invalidação de uma das Regras;

b) Princípios, por sua vez, são relatos com maior grau de abstração, não especificam condutas, mas traçam planos a serem seguidos, são 'mandamentos de otimização' que ordenam que algo seja realizado na medida do possível e dentro de possibilidades jurídicas e fáticas existentes, contudo, grau de abstração mais elevado não significa dizer que o seu sentido se inventa, cada princípio protege e proíbe algo, cada um deles tem âmbito de proteção definido, que se descobre e não se inventa.

Importante deixar-se, também, bastante clara a evolução do caráter normativo dos Princípios, decorrente principalmente de sua posituação entre as normas constitucionais, primordialmente nas constituições contemporâneas da segunda metade do século XX, com isso eles deixaram de ser meramente normas fundamentais ou gerais do sistema legal, com força meramente programática, passando outrossim a fundamentar toda a ordem jurídica, instância valorativa máxima, conferindo unidade normativa ao sistema jurídico, impondo-se como diretriz tanto para interpretação das Regras como para a atuação do Estado, cabendo ao Poder Judiciário garantir da melhor forma os Direitos por eles explicitados.

CAPÍTULO 2

2. OS PARADIGMAS DA CIÊNCIA JURÍDICA E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.

No primeiro capítulo evidenciou-se o conceito de Princípio Jurídico, inclusive situando-o como espécie de norma, diferenciando-o das Regras e tornando indubitável sua juridicidade e efetividade.

O capítulo que se inicia tratará dos paradigmas da ciência jurídica, levando em consideração abrangentes escolas teóricas do pensamento científico do Direito, especificamente o Jusnaturalismo, o Positivismo Jurídico e o Pós-Positivismo, apesar deste último ainda ser tratado por alguns autores como um conjunto de proposições diferentes do Positivismo Jurídico mas ainda sem uma densidade uniforme, abarcando inúmeras correntes, algumas conflitantes. Este segundo capítulo também discorrerá sobre o papel dos Princípios Jurídicos em cada uma dessas linhas de pensamento.

Preliminarmente, indispensável examinar-se o conceito de ciência, e em seguida o sentido da Ciência Jurídica, também denominada como Ciência do Direito.

Para Max Weber, a ciência traz em seu bojo o sentido de conhecimento, de conhecer determinado objeto, seja ele fenômeno natural ou social, saber que se adquire através de um trabalho metodológico, que segue as regras da lógica que orienta o homem no mundo

Continua Weber afirmando ser indispensável que esse conhecimento tenha um resultado importante para si mesmo, ou seja, que mereça ser transmitido¹³⁹, acrescentando que esse conhecimento é “capaz de extirpar, até as raízes, a crença

139 “A ciência pressupõe, ainda, que o resultado a que o trabalho científico leva é importante em si, inso é, merece ser conhecido.” (WEBER, Max. **Ciência e Política – duas vocações**. Ed. 20. Ed. São Paulo: Ed. Cultrix. 2013. p. 36.)

na existência de seja lá o que for que se pareça a uma 'significação' do mundo, esses conhecimentos são exatamente o que se traduzem pela ciência"¹⁴⁰.

Portanto, ciência é conhecer uma significação do mundo utilizando-se de um método lógico e em determinando momento histórico, pois não é possível distanciar o conhecimento da época onde ele está sendo produzido, servindo o resultado dessa ciência como fundamento de novas práticas¹⁴¹.

Mas o próprio conceito de ciência, do que se pode considerar ciência e até mesmo de como se produz, está afeito ao movimento de evolução. Certamente não se desconhece o conceito mecanicista de ciência, empirismo inglês, lastreado no experimentalismo, na observação das repetições dos resultados, analisados binariamente como acertos ou erros, resultando na certeza da validade universal de seus cânones, contudo, este método matemático não se presta de forma satisfatória para se analisar o objeto 'ação humana', não se mostra suficiente para examinar o agir do homem em sociedade.

A ciência, na lição de Osvaldo Ferreira de Melo, como "um conhecimento que garanta sua própria validade, pela demonstração ou por outras características de verificabilidade e corrigibilidade"¹⁴², já não é eficiente para se analisar as ciências sociais, que nasceram com a necessidade de se estudar a ação humana, dando como exemplos a Sociologia, a Psicologia, Economia, Política e também o Direito.

Alessandro Giuliani escreve sobre o tema Ciência do Direito na obra *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*¹⁴³, deixando clara a dificuldade de se

140 WEBER, Max. **Ciência e Política – duas vocações**. Ed. 20. Ed. São Paulo: Ed. Cultrix. 2013. p. 35.

141 "Neste ensaio, 'ciência normal' significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior." (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Ed. 5ª. São Paulo: Ed. Perspectiva S.A. 1998. p. 29.)

142 MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC Ed., 2000. p. 20.

143 "Riteniamo di dover rispondere negativamente al problema di costruire una assiomatica nel diritto perchè qui manca la possibilità di tradurne il linguaggio in uno formalizzato. Da un punto di vista

analisar o fenômeno humano através da ciência clássica, sendo indispensável se buscar um novo modo de se pensar e fazer ciência para os casos das ciências sociais¹⁴⁴.

Não se promove a ciência para se buscar as verdades imutáveis ou as certezas perenes, mas sim para se buscar as verdades e as certezas para determinando lugar e momento da história, ciência é um caminhar buscando o conhecimento sobre algo, transpondo crises e reconstruindo paradigmas¹⁴⁵.

A ausência de certezas imutáveis é a mola propulsora da evolução científica, o descontentamento com o padrão atual do saber sobre determinado objeto promove novos estudos sobre ele, que podem resultar na quebra do paradigma anterior, com a criação de um novo modelo de conhecimento sobre aquele mesmo objeto, paradigma esse que, por sua vez, também será objeto de novas impugnações, as revoluções paradigmáticas são momentos de evolução das teses científicas¹⁴⁶.

metodologico, possiamo dire che i termini del diritto hanno una vasta area di significazioni: lo sterro diritto non è concetto, ma una classe di concetti. I 'fati' trattati dal diritto non sono simboli, ma significati sempre mutevoli: se il mutamento di una sola norma di diritto sostanziale influisce su tutto il sistema di quel diritto, il mutamento di una norma processuale può spostare il centro gravitazione di tutto il diritto sostanziale. Il mondo del diritto è un mondo di simboli in cui le parole non sono in una esatta connessione con le cose e i fatti simbolizzati; anzi i 'fatti' della scienza giuridica sono per l'appunto interpretazioni, significati, valori. Finzioni e metafore nel diritto possono Darci soltanto connotazioni, non denotazioni; si è detto che il diritto stesso è una metáfora al servizio della giustizia. Il che ci rivela una cosa strana, e cioè che è più facile dimostrare che $2 + 2 = 4$, e non che 'law' è sinônimo di 'droit'." (GIULIANI, Alessandro. **Contributi ad una nuova teoria pura del diritto**. Università Degli Studi di Pavia, Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1954. p. 95.)

144 "Potremmo riassumere i precedenti rilievi affermando che i dati della scienza giuridica non sono oggettivamente verificabili, in quanto conosciuti attraverso l'introspezione e non attraverso i sensi: non conoscendo quindi le proprietà generiche e specifiche dei dati non è possibile fissare relazioni e il método scientifico é inapplicabile." (GIULIANI, Alessandro. **Contributi ad una nuova teoria pura del diritto**. Università Degli Studi di Pavia, Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1954. p. 96.)

145 "A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações." (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Ed. 5ª. São Paulo: Ed. Perspectiva S.A. 1998. p. 116.)

146 "A evolução do conhecimento científico não é unicamente de crescimento e de extensão do saber, mas também de transformações, de rupturas, de passagem de uma teoria para outra. As teorias científicas são mortais e são mortais por serem científicas. A visão que Popper registra com relação à evolução da ciência vem a ser a de uma seleção natural em que as teorias resistem durante

Reis Friede dissertou sobre a inexistência de verdades permanentes na produção de ciência, bem como afirmou a impossibilidade de se alcançar verdades universais, a ciência traz em seu bojo a busca constantes de novas verdades para substituir as antigas¹⁴⁷.

Transposto o conceito de ciência, analisa-se o conceito de Ciência Jurídica ou Ciência do Direito, que se apresentam como sinônimos para os fins deste trabalho.

A Ciência Jurídica, assim como ciência em geral, deve ser explorada inicialmente sob a perspectiva do seu objeto, que tanto pode ser o agir humano como fenômeno jurídico, ou então exclusivamente a Norma Jurídica.

A questão de se apontar o agir humano como objeto de estudo pode levar a conclusões apressadas de que não se está promovendo Ciência Jurídica, mas sim Sociologia Jurídica ou História do Direito, outros ramos dos estudos do Direito, todavia, discorda-se de tal assertiva.

Em que pese a Sociologia e a História do Direito também possuem como objeto de estudos o agir do homem em sociedade, atuação até mesmo com relevância jurídica, na Ciência do Direito esse exame é feito sob o enfoque da normatividade, o agir é analisado segundo modelos de regulamento¹⁴⁸.

algum tempo não por serem verdadeiras, mas por serem as mais bem adaptadas ao estado contemporâneo dos conhecimentos.

Kuhn traz outra ideia, não menos importante: é que se produzem transformações revolucionárias na evolução científica, em que um paradigma, princípio maior que controla as visões do mundo, desaba para dar lugar a um novo paradigma. Julgava-se que o princípio de organização das teorias científicas era pura e simplesmente lógico. Deve ver-se, com Kuhn, que existem, no interior e acima das teorias, inconscientes e invisíveis, alguns princípios fundamentais que controlam e comandam, de forma oculta, a organização do conhecimento científico e a própria utilização da lógica.” (MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 22.)

147 “De qualquer sorte, o que caracteriza a ciência, na acepção atual, não pode ser, em nenhuma hipótese, como deseja Paulino Jacques, uma pretensa e utópica validade universal de seus princípios, independente de meridianos e paralelos, uma vez que, de forma absolutamente diversa, a noção contemporânea de ciência reside no escopo próprio de sua atuação, ou seja, na busca, constante e permanente, pela verdade (ou, ainda, em outras palavras, na perenes explicação evolutiva dos diversos fenômenos naturais e sociais)” (FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma e interpretação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 02.)

148 “A Jurisprudência ou Ciência do Direito tem por objeto o mesmo fenômeno histórico-social

A Ciência Jurídica como estudo exclusivo da norma encontrou em Hans Kelsen seu expoente, através do que se denominou 'Teoria Pura do Direito'. Kelsen estatuiu que a Ciência do Direito tem como único objeto de saber a Norma Jurídica, cabendo ao cientista unicamente e de forma neutra conhece-la e descreve-la, sem ponderar aspectos morais ou valorativos, expurgando qualquer aspecto ideológico no exame da norma¹⁴⁹.

Portanto, a Ciência do Direito trataria de normas, regulamentos e diretrizes de conduta, enfim, todos os atos disciplinadores da atividade humana, esse seria o objeto primordial da Ciência do Direito do ponto de vista positivo, entretanto, em que pese a tentativa de pureza promovida pelo positivismo kelsiano, não se pode esquecer que imbricado ao exame do 'dever ser' é indispensável análise do 'ser', da *práxis*, sendo inseparáveis o exame da norma e também de sua formulação e dos seus efeitos, assim se estará promovendo uma Ciência do Direito sob o enfoque do agir humano.

que chamamos fenômeno jurídico. A nossa preocupação é diversa, no entanto; não se confunde com a do historiador do Direito, nem tampouco com a do sociólogo. O jurista estuda a mesma realidade sob aspecto normativo ou regulativo. O sociólogo descreve e compreende o fato social, mas o jurista tem a função de ver o fenômeno associativo sob o prisma de um dever jurídico, na busca de seu sentido como conduta, pois a Jurisprudência é um dos estudos normativos ou regulativos da convivência humana, uma disciplina de atos futuros, por ser uma ordenação de comportamentos sociais segundo esquemas típicos exemplares, isto é, segundo modelos normativos.

Nenhum sociólogo, ao voltar sua atenção para o fenômeno do Direito, tem a preocupação de pôr normas ou de interpretar as que vigoram em uma coletividade, tendo por fim a sua aplicação. O jurista, ao contrário, somente encontra plenitude, em sua visão da realidade social, na medida e enquanto ela alberga Regras, normas, preceitos, imperativos, o que tudo demonstra quanto deve andar informado o jurista das investigações da História e da Sociologia, muito embora sem se subordinar aos seus "campos de pesquisa." (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 75-76.)

149 "Segundo o Mestre de Viena: a Jurisprudência 'concentra sua visualização sobre a Norma Jurídica', procurando estudá-la e descrevê-la com absoluta neutralidade, rejeitando considerações de ordem valorativa como ideal de justiça, a finalidade da norma, os motivos para modificar ou revogar uma disposição legal. Daí a função teórica e não política do jurista. Procurou excluir também a teoria pura do Direito do âmbito da Jurisprudência o 'estado empírico de fatos casualmente considerados que ocorrem ao lado do aspecto normativo do Direito', ou seja, de todos os elementos que pertencem ao mundo do ser que, por sua vez, devem ser analisados pelas ciências causais – como, por exemplo, pela Sociologia jurídica – que estudam e explicam os fenômenos pela via metódica da causalidade. Nítida é, portanto, a contraposição feita por Kelsen entre ciência causal e ciência normativa, que interpreta a conduta recíproca dos homens, segundo o princípio epistemológico da impunção 'não descrevendo como se processo a conduta humana determinada por lei causais no domínio da realidade natural, mas, como ela, determinada por normas positivadas, se deve processar' (FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma e interpretação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. P. 35.)

Alessandro Giuliani tratou na importância de se humanizar a Ciência do Direito, pois, sendo uma ciência da ação humana é inseparável de um exame também sob o ângulo Moral¹⁵⁰.

Eugene Ripepe, citando Santi Romano, segue o mesmo caminho de Alessandro Giugiani, apontando o Direito como algo vivo, e por isso em constante modificação e renovação¹⁵¹.

Deixado claro o conceito de ciência e a certeza de que o Direito é uma ciência da regulamentação (dever ser), mas também do agir humano (ser), cabe examinar as escolas paradigmáticas escolhidas pela sua importância e abrangência para estruturar o presente trabalho, no caso o Jusnaturalismo, o Positivismo Jurídico e o Pós-Positivismo, que, apesar de similaridades em alguns pontos, partilham de suas próprias bases teóricas¹⁵².

150 “Al pari della scienza del diritto anche il linguaggio giuridico sofre oggi a causa del razionalismo e dello scientismo imperante. È opinione diffusa che il diritto ‘è un ordenamento del comportamento umano’ e che l’enorme giuridiche hanno per scopo la ‘regulation of human conduct’: non è però adeguatamente avvertita la necessità de una migliore comprensione dei problemi che il linguaggio di una scienza dell’azione umana ci pone. Ad una concezione razionalistica del diritto si è accompagnata una terminologia razionalistica; é necessário che questa si umanizzi e diverti piú ‘familiare’, se desideriamo che lá giuridica consegua il posto che le spetta fra le scienze dell’azione umana.

La scienza dell’azione umana è scienza del futuro ed i problemi che involge il linguaggio di una scienza del futuro sono cosí importanti, che, é stato detto, lo studio degli imperativi è l’introduzione migliore allo studio delle scienza Morali.” (GIULIANI, Alessandro. **Contributi ad una nuova teoria pura del diritto**. Università Degli Studi di Pavia, Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1954. p. 185.)

151 “Ecco allora la via che porta alla soluzione del problema della natura dell’ordinamento giuridico, per usare un’espressione adoperata dallo stesso Romano. Come si legge nei Frammenti, se per ordinamento giuridico si intende un’istituzione, un ente sociale, un’organizzazione, un sistema non di sole norme e di altri elementi piú o meno inerti, ma anche di uomini, di persone, che lo reggono e lo governano [...] si comprende facilmente che esso è, per definizione, qualcosa di vivo, che, appunto perché vivo, continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole (Frammenti di un dizionario giuridico, 1947, p. 124).” (RIPEPE, Eugenio. **La teoria dell’ordinamento giuridico: Santi Romano**. [http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/). Acessado em 25/06/2017.)

152 “[...] as ciências em geral estão lastradas em modelos de pensamento (paradigmas), que informam os cientistas quanto aos mecanismos para descrição da realidade e, também para prescrição de soluções, em seus respectivos campos de análise. Igualmente ocorre com a Ciência Jurídica que, como já se disse, foca a sistematização, disseminação, controle, revisão e segurança quanto à produção dos conhecimentos Moral, ético e jurídico (Moralidade política), os quais se referem aos estudos sobre a tomada de decisões em Sociedade, mormente as limitações ao uso da força e do arbítrio, de modo a favorecer a previsibilidade.” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de**

Importante esclarecer que os modelos de pensamento elencados para exame são tratados como uma evolução sistemática da Ciência Jurídica, todavia, lembra-se que as mudanças paradigmáticas não se dão de forma imediata e universal, e durante algum tempo dois modelos podem conviver dentro do pensamento jurídico, até que ao final ocorra a sobreposição doutrinária de um destes.

Ademais, a função dos Princípios Jurídicos nesse trabalho é examinada precipuamente pelo viés de sua normatividade, ou seja, da sua força como instrumento de regulamentação das condutas humanas em cada uma das correntes de pensamento da Ciência Jurídica limitadas acima, ou seja, no Jusnaturalismo, no Juspositivismo e no Pós-Positivismo.

2.1 Jusnaturalismo

A principal característica do Jusnaturalismo é a crença entre seus seguidores da existência de um Direito Universal, estabelecido pela própria natureza, por um ser celestial (Deus) ou pela razão, mas sempre superior as Regras ou qualquer outra espécie normativa produzida pelo homem.

Os jusnaturalistas não negam a existência das normas produzidas pelo homem, mesmo que devidamente positivadas, mas indicam a indubitável anterioridade e superioridade da lei da natureza, divina ou da razão, considerando essa a única verdadeira, universal e imutável, sempre prevalente em caso de conflito com a lei positivada. A lei positivada que for contrária a lei natural passa a ser considerada injusta, como resultado dessa incorreção perde validade e deixa de ser aplicada.¹⁵³

filosofia jurídica. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 119.)

153 “[...] A totalidade de tais obrigações jurídicas válidas antes e acima do positivo chama-se, entre os gregos, o ‘justo por natureza’ (physei/physikon dikaion) em oposição ao ‘Direito posto’ (nomo/nomikon dikaion). No latim, fala-se de um ‘Direito natural’ (ius naturae) e diante do estreitamento moderno do conceito de lei, até tornar-se um respeitável termo de ciência natural, fala-se também de ‘lei da natureza’ (lex naturae). Ao lado disto, até bem dentro da modernidade, fala-se de um ‘Direito divino’ (ius divinum) e de uma ‘lei eterna’ (lex aeterna) e, desde o iluminismo europeu também se fala de um ‘Direito de razão’.

John M. Finnis afirmou que as normas naturais convalidam o Direito legislado, deixando claro que para os jusnaturalistas existe uma indubitável superioridade das normas naturais sobre o Direito escrito¹⁵⁴.

Otfried em sua obra 'Justiça Política, fundamentação de uma justiça crítica do Direito e do Estado', expõe tema necessário para ser analisado, as três fases do pensamento Jusnaturalista, a primeira conhecida como clássica, a segunda medieval e a terceira a fase moderna do Jusnaturalismo.

A fase clássica do Jusnaturalismo encontra-se no exame do pensamento grego sobre a natureza das coisas, concluindo que a natureza possui leis próprias e imutáveis que regem e ordenam o mundo e o cosmos, bem por isso são superiores a qualquer lei criada pelo homem e sua imperfeição. Pode-se observar que novamente se reconhece a existência da norma produzida pelo homem, mas se indica a superioridade da lei da natureza¹⁵⁵.

A segunda fase no Jusnaturalismo é denominada como medieval ou

Eventualmente o 'Direito natural' é entendido num sentido amplo, como conceito abrangente de todos os engajamentos suprapositivos da práxis humana. No sentido específico aqui tratado, trata-se de instituições, particularmente de Direito e de estado, enquanto a práxis é entregue a uma Ética. Mas, sem dúvida, o específico pensamento de Direito natural é, muitas vezes, influenciado pela discussão geral da Ética." (HÖFFE, Otfried. **Justiça política, fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do estado**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1991. pp. 75-76.)

154 "Più particolarmente, i princìpi di legge naturale spiegano la forza obbligatoria (nel senso più pieno di 'obbligo') delle leggi positive, anche quando tali leggi non possano essere dedotte da quei princìpi. E l'attenzione ai princìpi, nel contesto di questa spiegazioni del diritto e dell'obbligo giuridico, giustifica il considerare certe leggi positive come radicalmente difettose, proprio in quanto leggi, per mancanza di conformità a quei princìpi." (FINNIS, John M. **Legge naturale e diritti naturali**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996. p. 26.)

155 "A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início poder ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido (por exemplo, que o resgate de um prisioneiro seja de uma mina, ou que deve ser sacrificado um bode e não duas ovelhas), e também todas as leis promulgadas para casos particulares (como a que mandava oferecer sacrifícios em honra de Brásidas), e as prescrições dos decretos.

Algumas pessoas pensam que toda justiça é desta espécie, porque as coisas que existem por natureza são imutáveis e em toda parte têm a mesma força (como o fogo que arde aqui e na Pérsia), ao passo que essas pessoas observam alterações nas coisas reconhecidas como justas. Isso, porém, não é verdadeiro de modo absoluto mas apenas em certo sentido: para os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum, mas para nós existe algo que é justo mesmo por natureza embora seja mutável. De qualquer modo, existe uma justiça por natureza e outra por convenção." (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013, p. 108.)

teológica, partindo de um conceito divino da natureza, e por ter origem em uma vontade religiosa, superior e transcendental, indubitavelmente se apresentaria como justa.

O principal teórico da lei natural sob o ponto de vista divino foi Tomás de Aquino, sustentando que a lei natural contém em primeiro lugar a lei eterna e, em segundo lugar, a razão humana, que também é promulgada por Deus e reconhecida pelo homem¹⁵⁶.

A fase moderna do Jusnaturalismo o aspecto divino ou teológico é abandonado, e a lei natural se abraça unicamente a pura razão humana universal, de base antropocêntrica¹⁵⁷.

Bobbio reafirma a fase antropocentrista do Direito Natural, onde a força da razão humana atua como fundamento absoluto da lei natural, substituiu-se o Deus

156 “A S. Tomás se deve a sistematização mais orgânica do pensamento cristão. Só assinalaremos aqui os passos de maior interesse para a nossa disciplina. O fundamento da Doutrina Jurídica e política tomista é a admissão de três categorias de leis: *lex aeterna*, *lex naturalis* e *lex humana*. A primeira é a própria razão divina, governadora do mundo – *ratio divinae sapientiae* - de ninguém conhecida inteiramente em si, mas da qual o homem pode obter conhecimento parcial através das suas manifestações (*legem aeternam nullus potest cognoscere, secundum quod in se ipsa est, nisi Deus, et beati, qui Deum per essentiam vident.* – S. T. 1. 2ae. q. 93, art. 2º). A *lex naturalis*, porém já é diretamente cognoscível pelos homens por meio da razão, pois consiste em uma participação da criatura racional na lei eterna, de harmonia com a própria capacidade: *lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali criatura, secundum proportionem capacitatis humanae nature* (ib. q. 91, arts. 2º e 4º). A *lex humana* é, por último, invenção do homem, mediante a qual, utilizando-se os princípios da lei natural, se efectuam aplicações particulares dela (ib. q. 91, art. 3º; q. 95, art. 2º).” (VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do Direito**. 5ª edição correcta e actualizada segundo a 10ª edição italiana. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, pp. 65-66.)

157 “No século XVI ocorre a ruptura do “Direito Natural” construído historicamente a partir de fundamentos ontológico-teológicos alicerçados no ser e na vontade de Deus para um jusnaturalismo baseado num modelo de racionalidade caracterizado pela excessiva confiança no poder da razão. Surge a Escola do Direito Natural com uma nova concepção do Direito que vai favorecer a laicização e a unificação do Direito. Por tais razões, Gilissen (1988) vai dizer que “esse Direito natural laico é um Direito racionalista (alemão: *Vernunftrecht*) que domina todas as relações entre os homens, seja qual for a sua raça e qualquer que seja a sua posição social”. Nos séculos XVII e XVIII, a ciência do Direito é dominada pela Escola de Direito Natural.” (HUPFFER, Haide Maria. **O legado do jusnaturalismo moderno-iluminista para à positivação do Direito**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9694>. Acesso em out 2016.)

(teologia) pela razão (ciência)¹⁵⁸.

Nesta última fase do Jusnaturalismo, como afirmou-se, o Direito encontra sua origem unicamente na razão humana, e desse arcabouço de Regras pretensamente universais surgem as condições ideais para as codificações, o que, ironicamente, caracterizou o apogeu e também o termo do Jusnaturalismo¹⁵⁹.

Na fase jusnaturalista a função dos Princípios Jurídicos era informativa e também de regular condutas, com a importante finalidade de impor os valores às normas escritas, que deveriam se conformar com os ditames principiológicos do certo ou errado, justo ou injusto, do que seria ético ou Moral, e se com eles conflitassem a validade da norma seria prejudicada.

Os Princípios Jurídicos estavam situados em uma esfera metafísica e abstrata do Direito (não positivados/não escritos), eram a expressão, o desejo da justiça ideal do Jusnaturalismo¹⁶⁰.

158 “Da finalidade visada pela busca do fundamento, nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que – de tanto acumular e elaborar razões e argumentos – terminaremos por encontrar a razão e argumentos irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão. O fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que se pense em Hobbes) no mundo de nossas ações. Diante do fundamento irresistível, a mente se dobra necessariamente, tal como o faz a vontade diante do poder irresistível. O fundamento último não pode mais ser questionado, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamentos. Quem resiste ao primeiro se põe fora da comunidade das pessoas racionais, assim como quem se rebela contra o segundo se põe fora da comunidade das pessoas justas e boas.” (BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 19ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 16.)

159 “Em quais pontos podem-se resumir os princípios filosóficos jusnaturais dos modernos? Na ideia de um Direito saído da razão, e não da fé nem do costume ou da natureza das coisas – rejeitando com isso desde a tradição aristotélica até o tomismo -, na ideia de uma base individual que é origem e fim desse Direito natural – pois esta é a característica marcante da filosofia política da época, que atendia a dinâmica política e econômica burguesa -, na ideia de que o Direito natural tem caráter universal e eterno, na imperiosidade de sua ordenação posterior pelos Estados racionais. Estes princípios – muito embora as nuances entre cada pensador – geram um corpo comum de pensamento que, em seguida, será base a partir da qual a burguesia, ao ascender ao poder por meio das revoluções liberais, criará as condições de Direito privado.” (MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2000. pp. 42-43.)

160 “O Direito natural é, pois, o critério que permite valorar o Direito positivo e medir a sua intrínseca Justiça. Se o Direito positivo contrasta com o natural, este mantém todavia a sua peculiar maneira de ser, e portanto, a sua específica validade de critério ideal ou deontológico.” (VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do Direito**. 5ª edição correcta e actualizada segundo a 10ª edição

A abstração dos princípios, e do próprio Direito Natural, a ausência de uma fonte reconhecida e autorizada pelo poder estatal e a sua generalidade acabaram por desacreditá-los como força normativa, resultando então na sua substituição pela legislação decorrente da atividade parlamentar.

Bonavides deixou claro que as normas estabelecidas somente pela razão, sem a formulação estatal, motivaram o descrédito da força das normas consuetudinárias, e por consequência, dos Princípios Jurídicos como fonte normativa¹⁶¹.

Bobbio também tratou do tema da codificação dos ordenamentos, o que, para o autor, acabou por dar fim a fase justanturalista, bem como resultou na hegemonia da lei como fonte primordial de Direito¹⁶².

A ausência de um Direito Natural codificado tem como uma de suas consequências a discricionariedade do julgados e insegurança jurídica na sua aplicação, o que resultou em sua natural superação pelo Positivismo Jurídico e sua determinação de produzir a Ciência do Direito.

2.2 Positivismo jurídico

A vertente do pensamento jurídico nominada Positivismo Jurídico ou Juspositivismo surge como antagonista e prega a superação do Jusnaturalismo,

italiana. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 582.)

161 “Enfim, a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Flórez-Valdez, em forma de ‘axiomas jurídicos’, ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, ‘um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.

O ideal de justiça, no entendimento dos autores jusnaturalistas, impregna a essência dos princípios gerais de Direito. Todavia, a ‘formulação axiomática’ de tais princípios, conforme observa Enterría, os arrastou ao descrédito.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 234.)

162 “La spinta verso la legislazione non è un fatto limitato e contingente, ma un movimento storico universale e irreversibile, indissolubilmente legato alla formazione dello Stato moderno: non in tutti i paesi si è giunti alla codificazione (risultato ultimo e conclusivo della legislazione), ma in tutti i paesi si è realizzata la supremazia della legge sulle altre fonti del diritto.” (BOBBIO, Norberto. **Il Positivismo giuridico – Lezioni di Filosofia del diritto**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996. p. 118.)

tendo como ponto de convergência de seus seguidores a negação da existência de um Direito Natural, imutável e originado por uma força divina/cósmica (metafísica).

Os juspositivistas deixam de lado a questão sobre a transcendência da lei teológica/razão, para aceitar como norma unicamente as ordens ou regras de conduta provenientes de uma autoridade política competente para sua elaboração, no caso o Estado, que tem monopólio do poder político, e que estas normas sejam cercadas de sua determinada sanção no caso de descumprimento¹⁶³.

A força do Direito positivado não encontra lastro na natureza, no divino ou na razão humana, provem do Estado, garantidor do cumprimento do ordenamento, através do monopólio da sanção¹⁶⁴.

O surgimento do Juspositivismo está relacionado, também, com o fato do Direito tornar-se escrito, as grandes codificações deram rumo e segurança ao Positivismo jurídico, além de limites para aplicação das normas, visto que elas descrevem antecipadamente e de forma abstrata, as ações tuteladas pelo Estado e as suas soluções, aplicadas que devem ser através da subsunção.

A norma, no Positivismo Jurídico, deixa de estar vinculada unicamente a legitimidade, mas passa a ter importância primordial também sua validade, ou seja, importa o modo como a norma é estabelecida, se foram seguidas e respeitadas as

163 “Entendemos por Direito positivo um sistema de normas jurídicas que, em determinado momento histórico, enforma e regula efectivamente a vida de um povo. O Direito positivo é, assim, constituído pelas normas que são efectivamente impostas, que se fazem efectivamente valer. Ante está característica ou seja: a noção da positividade - é indiferente o valor intrínseco do sistema.” (VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do Direito**. 5ª edição correcta e actualizada segundo a 10ª edição italiana. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 404.)

164 “Como se vê, é pelo Estado que a obrigatoriedade do Direito alcança a sua maior garantia, que o Direito vale acima dos contrastes das opiniões. Daí dizermos que o Estado representa o lugar geométrico da positividade do Direito. Daí dizermos que, embora não sendo momento lógico do Direito, a estatalidade exprime uma tendência do desenvolvimento histórico, notável especialmente no Estado que se convencionou chamar Estado Moderno, o qual se caracteriza pela afirmação do primado do próprio ordenamento jurídico pela supremacia do Direito nele e por ele objetivado, que é o Direito estatal.” (REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª edição, rev. São Paulo: Saraiva, 2.000. pp. 318-319.)

determinações de criação impostas no próprio ordenamento jurídico¹⁶⁵.

Dois doutrinadores trabalharam as bases do Positivismo jurídico, e por sua importância e força de seus argumentos merecem citação, o austríaco Hans Kelsen e o inglês Herbert Hart¹⁶⁶.

Hans Kelsen concebeu, em singelo resumo, as teses de que (a) a norma produzida pelo Estado é única fonte do Direito, desprovida de valores e questões morais, (b) e que ela encontra validade sempre em uma norma superior, alcançada no ápice do sistema uma norma fundamental, preexistente e pressuposta ao próprio

165 “Il Positivismo giuridico, definendo il diritto come un insieme di comandi emanati dal sovrano, introduce nella definizione il solo elemento della validità, considerando pertanto come norme giuridiche tutte l enorme emanate in un determinato modo stabilito dallo stesso ordenamento giuridico, a prescindere dal fatto che esse siano o no effettivamente applicate nella società: nella definizione del diritto no si introduce il requisito dell’efficacia.” (BOBBIO, Norberto. **Il Positivismo giuridico – Lezioni di Filosofia del diritto**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996. p. 141.)

166 “Hans Kelsen (1994), mais tarde, coroa o Positivismo iniciado por Comte com sua Teoria Pura, estabelecendo o Positivismo jurídico ou Juspositivismo (LACERDA, 2009). Para ele, o Direito deveria ser considerado como tal, independente de outras ciências ou da Moral. As Fontes do Direito “têm que ser buscadas apenas no próprio Direito, excluindo-se as fontes extrajurídicas, como hábitos e Costumes compartilhados, além de valores disseminados socialmente” (Idem). O estudo do Direito deveria ser desprovido de valores; a Moral seria extrínseca ao ordenamento jurídico [...]

[...] Então, o fundamento de validade de todo o sistema se baseia na norma fundamental, que se mostra como o fato produtor de normas, cuja essência é dinâmica, pressuposta, na qual todo conteúdo pode ser inserido no Direito; não se confunde com a Constituição, que é o conteúdo estático desta norma (Idem, p. 217-221). A norma fundamental, pressuposta e dinâmica, insere-se no sentido lógico-jurídico de Constituição, enquanto a Constituição vigente, em sentido jurídico-positivo (Ibidem, p. 222).

Assim, a justiça estaria na própria lei, cabendo ao aplicador do Direito aferir tão somente a validade formal da norma e não a justiça ou correção de sua aplicação, uma vez que a norma fundamental que valida todo sistema é condição lógico-transcendente, desprovida de conteúdo valorativo (KELSEN, 1994, p. 225-228). A positivação de uma norma que fosse identificada como válida seria a forma de aferição do conteúdo material do Direito – a verificação da validez da norma ocorre por meio de sua compatibilidade com a Constituição. Se determinado conteúdo foi positivado, deve ser entendido como reto e justo (KELSEN, 2000).

[...]

Hebert Hart (1996) contribui com o Positivismo jurídico no que se refere à análise do critério de verificação da validade da norma – ponto central do Positivismo. Em seu pensamento, que ganhou a análise e crítica de Dworkin (2002), informa que a validade da norma passa por sua aceitação como obrigatória pelo grupo por ela regido. Outra inovação do autor é considerar duas espécies de Regras: as primárias, de obrigação, dizem respeito ao que as pessoas devem ou não fazer, como formas de controle social; e as secundárias, em que se inclui a regra de reconhecimento, asseguram que as Regras primárias possam ser criadas – se uma norma é válida, significa que ela satisfaz aos critérios da regra de reconhecimento; categorias complexas não previstas por seus antecessores. Mas continua a entender o Direito distante das questões valorativas ou morais[...]” (CARVALHO FERNANDES, Ricardo Vieira de. DOLABELLA BICALHO, Guilherme Pereira. **Do Positivismo ao Pós-Positivismo jurídico – O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 48. nº 189, jan/mar. 2011, pp. 108-109.)

Direito.

Hart trouxe para o Positivismo jurídico a concepção da existência de dois tipos de normas, primárias e secundárias, as primeiras impõem as obrigações, regulando as condutas, enquanto as secundárias atuam como uma 'regra de reconhecimento', assegurando a correção da criação das Regras primárias e sua validade.

As teorias de Kelsen e Hart, por sua incontestável importância, serão objeto de aprofundamento no decorrer do trabalho, principalmente no terceiro capítulo.

Portanto, com o que até o momento se desenvolveu, pode-se apresentar como características do Juspositivismo (a) a incontestável separação entre o Direito e a Moral, (b) a positivação das Regras para formação de seu ordenamento, (c) a sistematização deste ordenamento de forma escalonada e hierárquica de importância segundo critério de validade, (d) a subsunção como modo de aplicação do Direito imposto e (e) a Discricionariedade para solução dos casos difíceis, considerados aqueles que não encontram respostas no ordenamento positivado¹⁶⁷.

Como analisou-se, o Juspositivismo tinha a pretensão de transformar o Direito em ciência da norma, aproximando-o quanto possível das ciências mecanicistas, dando-lhe o máximo de Segurança Jurídica, para isso foi indispensável a separação entre Direito e Moral, o que acabou por se tornar a característica significativa para escola de pensamento Juspositivista.

Afastado o caráter Moral do Direito Positivo, os Princípios Jurídicos, que são

167 “Entre os seus aspectos mais marcantes, cabe mencionar a separação entre Direito e Moral, a formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou, ao menos, prevalecentemente) por Regras positivadas, a construção de um sistema escalonado só pelo critério de validade formal, a aplicação do Direito posto mediante subsunção e a Discricionariedade judicial para resolução dos chamados casos difíceis (hard cases). Tais peculiaridades foram cunhadas pelos cientistas do Direito justamente para superar as deficiências do modelo anterior do Jusnaturalismo e, assim, assegurar uma vinculação dedutiva (subsunção) da autoridade à lei (Direito posto), num esforço para afastar as incertezas e inseguranças decorrentes do uso ilimitado de uma suposta razão superior, lastreada em alegados valores morais absolutos e inquestionáveis, ficticiamente válidos e eficazes em todo tempo e lugar.” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 125.)

expressões dessa moral social, deixam de ter importância na aplicação do Direito ao caso concreto, não interessava ao aplicador analisar ou concordar com a justiça da norma, que no Juspositivismo possui caráter imperativo e desideologizado, Kelsen, por exemplo, recusava qualquer importância normativa dos Princípios Jurídicos¹⁶⁸.

Zagrebelsky também analisou a questão da função dos Princípios no Positivismo Jurídico, indicando que eles foram tratados somente como afirmações políticas, boas intenções que deveriam ser realizados a tempo e modo, dependendo da produção legislativa (lei), não tendo força normativa¹⁶⁹.

Até mesmo os Princípios Jurídicos que acabaram incorporados aos ordenamentos, devidamente positivados, por serem expressões de valor ou de política, para os positivistas sua aplicação estava restrita unicamente a indicar eventuais desejos e caminhos a serem seguidos pelo Estado, sendo indispensável a elaboração de Regras para sua concretização¹⁷⁰.

168 “Kelsen [1996:151 e ss] dedica um capítulo da Teoria Geral das Normas à crítica da exposição de Esser sobre os princípios, recusando qualquer importância jurídica a eles. A norma individual que expressa a Decisão Judicial de um caso concreto – diz Kelsen – pode ser influenciada por princípios morais, políticos ou dos Costumes. Seu fundamento de validade, no entanto, encontra-se no Direito positivo, na força da coisa julgada, e não em qualquer daqueles princípios. Nenhum deles pode fundamentar a validade da Decisão Judicial. Somente uma norma geral positiva poderá fazê-lo.” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)**. 7ª ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 105.)

169 “Según la mentalidade del Positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones éticos-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una ‘contaminación de las verdaderas normas jurídicas com afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc. Estas normas no podrían ser alegadas ante um juez por parte de los interesados, serían causa de aspiraciones frustradas y, de este modo, alimentarían la desconfianza en el derecho; si alguien pretendiese extraer de ellas consecuencias jurídicas concretas aumentaría la confusión y la inseguridad’. Dichas normas tendrían ‘una importancia exclusivamente política y virtual. Ante los electores serían una ocasión de propaganda electoral y más tarde, em lá lucha parlamentaria, pretextos para acusarse reciprocamente’. Em todo caso, su operatividad como auténtico derecho estaria condicionada a las sucesivas opciones políticas de la ley que las desarrollara. Por tanto, em contra de la naturaliza del derecho constitucional, existirían así normas de la Cosntitución que ‘están por debajo y después’ y no ‘por encima y antes’ de las decisiones legislativas. Especialmente, todo lo relacionado con las grandes orientaciones, con las grandes posiciones de conjunto sobre los problemas de los derechos y la justicia – por cuanto imposible de ser codificado en reglas jurídicas en sentido próprio -, estaria fuera de la Constitución, sería ‘no constitucionalizable’” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 112-113.)

170 “A consolidação das premissas do Positivismo jurídico se deu em paralelo à monopolização do poder político pelos aparelhos estatais nas sociedades capitalistas, relacionando-se com as idéias

Apesar da negação dos Princípios do Jurídicos como norma, os mesmos ainda exerciam uma função subsidiária no Juspositivismo, necessária para garantir a característica falaciosa de completude do ordenamento positivo, sendo autorizado seu eventual uso para sanar as lacunas e antinomias no ordenamento, todavia, mesmo neste caso a normatividade dos Princípios continuava inaceitável, pois sua a força normativa provinha unicamente da norma que autorizava a sua aplicação¹⁷¹.

Susanna Pozzolo bem resumiu a questão sobre os Princípios Jurídicos na teoria positivista, colocando sua importância *a latere* no Direito positivo, atuando como acessório das Regras e ausente de juridicidade¹⁷².

Dessa forma, é viável concluir que para o Positivismo Jurídico os Princípios não são aceitos e analisados como normas, todavia, não se nega a eles força ou função dentro do sistema, nega-se unicamente a juridicidade, os positivistas deixam claro sua aplicação tão somente subsidiária para garantir a completude do ordenamento positivo.

racionalistas sobre a criação e a aplicação do Direito. Isso se verificou no século XIX sob o impulso das 'grandes codificações' em muitos países europeus e em suas colônias ou ex-colônias. Nos países sem Direito codificado, como acontecia no século XIX na Inglaterra e, em certa medida, na Alemanha, a visão juspositivista se consolidou graças à forte presença do Estado que conseguiu monopolizar a produção jurídica fazendo com que os Costumes fossem consolidados e parcialmente reformulados pelos tribunais estatais." (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico, introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.2), p. 70.)

171 "I giuristi parlano di lacune della legge anche in altro senso, per indicare norme giuridiche in cui si verifica una sfasatura fra la lettera e lo spirito della legge (la mens legis), o, in altri termini, fra la volontà expressa e la volontà presunta del legislatore, nel senso che lá formulazione della norma non ricomprende tutti i casi che il legislatore intendeva disciplinare (lex minus dixit quam voluit). Il Positivismo giuridico ammette l'esistenza di questi casi, ma osserva che essi non rappresentano vere e proprie lacune, in quando le norme si possono completare dall'interno del sistema (autointegrazione del diritto) mediante il ricorso all'analogia e ai principi generali del diritto, ricorso che non é un atto creativo, ma puramente interpretativo, e più precisamente integrativo del diritto." (BOBBIO, Norberto. **Il Positivismo giuridico – Lezioni di Filosofia del diritto**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996. p. 218.)

172 "Si può ricordare che in campo giuspositivista si evidenziano almeno le due seguenti posizioni. La prima nega che i principi abbiano natura giuridica e può essere divisa in due gruppi: a) i principi non hanno natura giuridica; sono valori extra-giuridici; b) i principi sono nozioni ricavabili indutivamente o dedutivamente dalla conoscenza del diritto positivo (dal quale si distinguono per il carattere non immediatamente precettivo). La seconda considera i principi generali come precetti giuridici positivi." (POZZOLO, Susanna. **Neocostituzionalismo e Positivismo giuridico**. Torino: G.Giappichelli Editore, 2001. p. 64.)

2.3 Pós-positivistas

O Pós-Positivismo se apresenta como uma nova ordem no pensamento jurídico, um novo paradigma afastado do Juspositivismo, e encontra essa diferenciação, em grande parte, na busca pelo restabelecimento da ligação entre Direito e Moral, negada pela Escola Juspositiva. Os pós-positivistas vão analisar a existência da relação entre Direito e os institutos do valor e da ética, nos Princípios e nas Regras¹⁷³.

O Pós-Positivismo surge como a escola de pensamento capaz de dar sustentação teórica as constituições contemporâneas que emergiram no pós-guerra e de características principiológicas, processo de constitucionalização que vem recebendo as vezes a denominação de Neo-constitucionalismo, estes conceitos não se confundem, apesar de próximos.

O denominado Neo-constitucionalismo se caracteriza pela incorporação ao ordenamento constitucional de questões políticas e morais, desejos sociais e fundamentais da sociedade e do 'novo mundo' que nasceu após o grande conflito bélico de 1945, esses novos Direitos, recheados de aspectos morais e éticos, foram positivados nas constituições principalmente através de Princípios Jurídicos, portanto, era indispensável que surgisse também um novo modelo jurídico para sustentar a aplicação e a eficiência destes Direitos Fundamentais éticos e morais que passaram a serem constitucionais¹⁷⁴, brota assim a semente do Pós-

173 “O Pós-Positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não concebe desconectado de uma filosofia Moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, Moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao Positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 270.)

174 “Lo stato (di diritto) legislativo dell'Ottocento, oggetto del giusPositivismo ottocentesco, attribuiva un ruolo dominante, se non esclusivo, alla legislazione; di fatto, le costituzioni erano spesso flessibili, ossia modificabili da parte della lege ordinária, e non c'era modo de impedirne la violazione a opera del legislatore: ciò che induceva a considerarle come documenti più filosofici e politici che

Positivismo, que prega a força normativa e a efetividade ampla das constituições¹⁷⁵,
176.

Nesse ponto, ressalte-se que apesar do Pós-Positivismo estar intimamente ligado aos Princípios Constitucionais não se resume a eles, sendo possível encontrar Princípios Jurídicos positivados em ordenamentos infraconstitucionais, contudo, impossível deixar de apontar que é nas constituições que, regra geral, se encontram o elenco de Direitos fundamentais positivados em Princípios.

Os pós-positivistas, seguindo a lição de Orlando Luiz Zanon Júnior¹⁷⁷, podem ser divididos em três linhas de pensamento filosófico, a primeira é fundamentada nas teorias da argumentação, e por isso seus seguidores são denominada de procedimentalistas, seu expoente é Robert Alexy, a segunda linha de pensamento tem lastro nas teorias hermenêuticas e na importância aos Direitos Fundamentais, sendo classificada como substancialistas, ensinada por Ronald Dworkin, a terceira linha segue a influência das teorias pragmáticas norte-americanas, e por isso mesmo são chamados de pragmatistas, e seu principal teórico é Richard Allen

strettamente giuridici. Lo Stato (di diritto) costituzionale del (la seconda metà del) Novecento, oggetto del neo-costituzionalismo odierno, si distacca dallo Stato legislativo ottocentesco soprattutto per due aspetti: la rigidità della costituzione, non più modificabile dalla legge ordinaria ma solo da leggi costituzionali, approvate con maggioranze rafforzate; il controllo di legittimità costituzionale delle leggi, con il quale i Corti costituzionali annullano le leggi ordinarie che violano la costituzione.” (BARBERIS, Mauro. **Filosofia del diritto – un’introduzione teorica**. 3ª ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 2008. p. 30.)

175 “Dall’analisi delle argomentazioni neocostituzioniste lentamente emerge il favore per una nozione di costituzione che s’identifica con il ‘modello precettivo della costituzione come norma’. Ciò che fa la differenza nell’adottare questo modello è l’uso di una nozione di costituzione fortemente sostanzializzata: in definitiva, non più una costituzione come limite, ma una costituzione come scopo, non più una costituzione-garanzia, ma una costituzione-indirizzo.” (POZZOLO, Susanna. **Neocostituzionalismo e Positivismo giuridico**. Torino: G.Giappichelli Editore, 2001. p. 38.)

176 “A essa crise do Direito respondeu a doutrina com um movimento que passou a ser designado de Pós-Positivismo: reata-se com as possibilidades transformadoras do Direito sobre a realidade, sem, contudo, compactuar com um rumo vazio: os valores voltam à cena para preencher de conteúdo as normas jurídicas. Pretendeu-se, com isso, a reaproximação entre Direito e Ética, rejeitando-se, ao mesmo tempo, o jusnaturalismo. Em suma: alteraram-se radicalmente a ideia que se fazia do Direito e a própria posição deste no universo das Ciências. Diante disso, não poderia a metodologia jurídica permanecer a mesma.” (BARCELLOS, Ana Paula de. Anotações preliminares sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SCARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 97.)

177 ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 191-192.

Posner.

Não restam dúvidas na existência de divergências entre as três linhas de pensamento - procedimentalista, substancialistas e pragmáticos -, vide a discordância em relação ao entendimento sobre a existência ou não da norma fundamental no ordenamento jurídico e também sobre a aceitação de somente uma resposta correta para solução dos casos complexos/difíceis, todavia, encontram-se características que unem e identificam estas linhas como uma escola Pós-positivistas, que são, em suma: a) o sistema jurídico também analisado do ponto de vista do valor; b) tanto Princípios Jurídicos quanto Regras são considerados Normas Jurídicas; c) os Princípios são positivados, tendo como local usual dessa normatividade as constituições; e d) preponderância do papel do magistrado como responsável pela interpretação da Norma Jurídica e sua aplicação na solução dos casos.

O Pós-Positivismo, como analisado, apresenta-se como uma resposta ao distanciamento entre Direito e Moral pregado pelo Positivismo Jurídico, mas não como retorno ao passado Jusnaturalista, o aplicador do Direito percebeu que o Juspositivismo já não trazia solução para todos os conflitos apresentados, bem como observou que, mesmo quando a lei é legítima/válida pode lhe faltar requisitos morais e éticos de validade, sendo importante que a norma corresponda também à vontade social, lembrando que os pós-positivistas não abandonam a indubitável evolução decorrente das codificações e a Segurança Jurídica advinda do Positivismo¹⁷⁸, mas anseiam pelos critérios de correção na aplicação das normas.

178 “tutto ciò, tuttavia, non significa affatto rifitarsi di riconoscere il principio autoritativo del diritto, il suo carattere normativo, il monopolio da parte dell'autorità legittima dell'uso della forza. Il necessario superamento di un cocetto di positività, sottratto al confronto com l'effettiva realtà vitale, non può significare renuncia al principio di positività del diritto, né suo abbandono.

Pur acquisito il fatto che la positività giuridica più non si identifica com quella dei testi delle norme, il texto letterale dell'enunciato normativo conserva, al fine di configurare um diritto certo e positivizzato, un'irrinunciabile funzione di limite, definibile soprattutto in negativo: lo spazio di concretizzazione della norma, e le possibilità di sviluppo che in esso si danno, non posono mai andare oltre i confini tracciati dalla lettera del texto.” (ZACCARIA, Giuseppe. **Sul concetto di positività del diritto**. In ZACCARIA, Giuseppe (org). *Diritto Positivo e Positività Del Diritto*. Vol. 14, G.Giappichelli Editore: Torino, 1991. p. 346.)

Como analisou-se no primeiro capítulo, na fase Pós-positivista a norma foi identificada através de duas espécies, as Regras e os Princípios Jurídicos, com igual importância entre eles dentro do sistema.

No Pós-Positivismo, os Princípios Jurídicos deixam de possuir apenas a função integratória e programática do Direito, sem juridicidade (visão positivista), conquistando o status de normas jurídicas vinculantes, principalmente depois que incorporadas às Constituições¹⁷⁹.

Inúmeros Princípios atualmente encontram-se devidamente positivados, possuem força normativa e são inundados de valores morais e políticos, que se organizam em um sistema de Direitos Fundamentais autoaplicáveis, diante essa situação irrefutável exsurge a importância de se compreender com profundidade o Pós-Positivismo, e as ferramentas dessa escola paradigmática que o aplicador do Direito utiliza-se para manipular essa novel normatividade.

2.4 Norma Jurídica e valor

As escolas teóricas do Juspositivismo e do Pós-Positivismo também se distinguem de forma importante no exame da Norma Jurídica sob o enfoque do valor, a primeira indica que o juízo de valor de uma norma é matéria afeita aos filósofos do Direito, porque ao cientista do Direito interessa a norma como fato, enquanto a segunda indica o indispensável exame da norma como valor, para se lastrear sua validade e alcançar seu sentido de justiça.

179 “Sebbene l’uso del termine ‘principio’ sai ormai diffuso tra i giuristi, indipendente dalle loro credenze, il richiamo che il neocostituzionalismo fa ai principi si di un modello teórico anti-giuspositivista, dove questi standard normativi svolgono almeno quattro funzioni:

a) Configurano il diritto come un sistema che offre sì ragione per agire, ma ragioni per agire ultime;

b) Configurano il diritto come un sistema la cui legittimità deriva dall’interno grazie alla sua connessione con la giustizia;

c) Configurano il diritto come un sistema diretto allo sviluppo del bene comune, ove la coercizione ne è solo un elemento, e non fondamentale;

d) Configurano il diritto come un sistema di norme obbligatorie in senso Morale;

e) Configurarono il diritto come un insieme naturalmente ordinato.” (POZZOLO, Susanna. **Neocostituzionalismo e Positivismo giuridico**. Torino: G.Giappichelli Editore, 2001. p. 70.)

Os positivistas apontam que o critério valorativo da Norma Jurídica é pretérito a sua elaboração, o exame do juízo de valor da norma é realizado por aquele que tem o poder de elaborá-la (legislador), não cabendo ao Intérprete positivo analisar os seus critérios valorativos, o Direito deveria ser avaliado e estudado como fato e não como valor¹⁸⁰.

Portanto, *a contrario sensu*, tratar de Norma Jurídica numa visão pós-positivista é analisá-la também sobre a ótica do valor, partindo-se da premissa básica que elas existem para tutelar o que o homem tem como importante, o que tem valor para sua vida e para a sociedade onde está inserido.

Preliminarmente, tem-se que alcançar um conceito satisfatório de valor, e desse ponto partir até o entendimento do que seja juízo de valor, que está impregnado no exame pós-positivista da Norma Jurídica.

O ser humano caracteriza-se por realizar escolhas, por compreender o que se passa ao seu redor e, com alicerce nesse entendimento, promover opções que melhor satisfaçam seus desejos, estas preferencias estão ligadas a valorização de tudo que é compreendido.

O valor, portanto, não é intrínseco as coisas, não faz parte do 'ser', mas é convenção do homem, fazendo parte do 'dever ser', ele escolhe o que é importante em preciso momento da história, em determinado território e em estabelecida

180 “Ebbene, il positivista giuridico assume un atteggiamento scientifico di fronte al diritto, in quanto, come diceva Austin, egli studia il diritto qual è, non quale dovrebbe essere. Il Positivismo giuridico rappresenta quindi lo studio del diritto, come fatto, non come valore: nella definizione del diritto deve essere esclusa ogni porti la distinzione del diritto stesso in buono e cattivo, giusto e ingiusto. Il diritto oggetto della scienza giuridica è quello che effettivamente si manifesta nella realtà storico-sociale: il giuspositivista studia tale diritto reale senza chiedersi se oltre ad esso esista anche un diritto ideale (come quello naturale), senza esaminare se il primo corrisponda o no al secondo, e soprattutto senza far dipendere la validità del diritto reale dalla sua corrispondenza col diritto ideale; il romanista, ad esempio, considererà diritto romano tutto ciò che la società romana considerava tale, senza far intervenire un giudizio di valore che distingua fra diritto 'giusto' o 'vero' e diritto 'ingiusto' o 'apparente': così la schiavitù sarà considerata un istituto giuridico al pari degli altri, anche se di essa si può dare una valutazione negativa.” (BOBBIO, Norberto. **Il Positivismo giuridico – Lezioni di filosofia del diritto**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996. pp. 134-135.)

sociedade¹⁸¹.

Oswaldo Ferreira de Melo também versou sobre o tema valor, mas sob o enfoque da Política Jurídica, tendo deixado claro que estes valores se caracterizam como impulsos humanos de necessidade e interesse¹⁸².

O homem impõe valor as coisas (materiais e imateriais) que o cerca, para depois fazer as escolhas daquelas que mais lhe importam, sendo esta uma característica essencial dos valores, no caso, sua ordenação hierárquica¹⁸³.

Feitas as escolhas, aquelas mais valorizadas acabam sendo tuteladas através de normas jurídicas, recebendo assim a devida proteção e a sanção estatal no caso

181 “Quando, em suma, o homem toma uma atitude perante o fato e o insere no processo de sua existência, surge o problema do valor, como critério de compreensão. Renova-se, a esta altura, a distinção já apontada entre explicar e compreender, entre a explicação daquilo que já é dado e que apenas se procura captar e descrever tal como e, e a compreensão de algo na medida em que se integra em uma totalidade de significados, tal como deve ser (cf. págs. 243 e segs.).

O problema dos valores, portanto, é problema de compreensão e não de explicação. Só o homem tem esta possibilidade de integrar as coisas e os fenômenos no significado de sua própria existência, dando-lhes assim uma dimensão ou qualidade que em si mesmos não possuem, senão de maneira virtual.” (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pp 210-211.)

182 “Como ser histórico-cultural, o homem é portador de valores que se vão exprimir como predicados dos seres reais. Tal entendimento é necessário não para que compreendamos os impulsos humanos mas também para justificarmos as normas que existem em razão deles. O mundo não é neutro aos olhos do homem que para tudo emite um juízo de valor. Se o faz como atitude de racionalidade ou não, isso é problema a ser considerado aparte.

O grau de necessidades e interesses que possa estar presente na emissão do juízo de valor deve ser preocupação da Política do Direito, para que se possa entender a ligação entre o desejo da coisa e o valor a ela atribuído. Se é verdade que nem só o desejo explica o valor atribuído, é também verdade que muitas vezes a deseabilidade produz uma valoração.” (MELO, Oswaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994. p. 107.)

183 “Hierarquia: O conjunto de valores é oferecido numa tabela geral ordenada hierarquicamente. Esta caracterização dos valores corresponde à axiologia final, que se limita a declarar as notas determinantes da realidade estimativa. A axiologia material, em compensação, estuda os problemas concretos do valor e dos valores e em particular as questões que afectam a relação entre os valores e a vida humana, assim como a efectiva hierarquia dos valores. Cada um destes problemas recebe soluções diferentes segundo a concepção subjetiva e objectivista dos valores, segundo os valores sejam concebidos como produtos da valoração ou como realidades absolutas. A investigação das relações entre o valor e a concepção do mundo representa um dos problemas mais espinhosos da axiologia material, pois a sua solução depende, por sua vez, em parte, da concepção do mundo vigente ou sustentada pelo investigador.” (MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Publicações Dom Quixote: Lisboa, 1978)

de lesão^{184 185} .

Concluiu-se até esse ponto, então, que as normas jurídicas estão impregnadas de valores do que é caro à sociedade, e seguindo ainda mais fundo nesse exame, analisando as constituições contemporâneas, pode-se ver que questões de valores morais foram também positivadas, principalmente através de Princípios Jurídicos incorporados às elas, como igualdade, justiça, segurança, vida, saúde entre outros.

O intérprete da Norma Jurídica não pode ser indiferente ao exame das normas e de seus aspectos morais, ainda mais quando devidamente positivados, não cabe a ele escolher deixar de analisar o juízo de valor da Norma Jurídica, ao contrário, é sua obrigação examiná-las sob este viés, dando a elas a mais ampla eficácia, garantindo a efetividade destes valores escolhidos pela sociedade para serem tutelados¹⁸⁶.

184 “[...] Quando os autores acima lembrados dizem que a norma é a valoração de certos fatos, querem dizer que a Norma Jurídica qualifica certos fatos como jurídicos, isto é, coliga a certos fatos certas consequências, chamadas de consequências jurídicas. Mas quais são essas consequências jurídicas, diversas, por exemplo, das consequências naturais? A mais importante e mais frequente destas consequências jurídicas é o surgimento de uma obrigação, ou no indivíduo da sociedade, quando se trata de uma norma primária, ou na pessoa dos juízes, quando se trata de uma norma secundária. Em outras palavras, quando se diz que um fato é valorado por uma norma, nada se diz além disso: o fato é a condição para o surgimento de uma obrigação. Mas a obrigação reenvia a uma prescrição. Por isso, dizer que certos fatos têm certas consequências jurídicas significa reconhecer que certos comportamentos, mais do que outros, são obrigatórios enquanto são prescritos; que por exemplo, certos comportamentos que sem a norma seriam lícitos, são ao contrário proibidos, ou outros determinados comportamentos que sem aquela norma seriam proibidos, se tornam lícitos; quer dizer, em suma, refere-se a uma modificação de comportamentos; àquela modificação de comportamentos que é o objetivo a que tende uma prescrição qualquer [...]” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Edipro: Bauro (SP), 2001. pp. 141-142.)

185 “Cosí il giudizio, da cui nasce il diritto, é essenzialmente giudizio di valore.” (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli (It): Morano Editore, 1.958, p. 04.)

186 “No seu admirável tratado sobre Justiça Política, Otfried Höffe nos fala sobre os princípios de justiça como padrões de avaliação crítica para uma faculdade ético-política de julgar, os quais teriam sido, no passado, temas importantes, mas agora descuidados pela filosofia moderna. Höffe esclarece que 'não se trata de, por falta de clareza conceitual, misturar os fenômenos Direito e Moral, mas sim de verificar de onde vem sua real conexão. Comentando a celebre frase de Agostinho (Estados sem justiça - que outra coisa são eles senão grandes bandos de ladrões?), diz Höffe: ‘Se a suposição agostiniana é exata, então a justiça teria uma dupla função em face da esfera do político. De um lado ela seria critério para distinguir entidades de Direito e Estado em eticamente legítimas (justas) e eticamente ilegítimas (injustas) e, de outro lado, o princípio com cujo auxílio se distingue uma coerção jurídica de simples força’” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994. pp. 113-114.)

O já exposto deixa bastante claro que não é cabível perscrutar a Norma Jurídica sem observar os valores importantes à sociedade, que motivaram sua produção, dissociando Direito e Moral, muito pelo contrário, esses valores, devidamente positivados através de Princípios Jurídicos expressos ou implícitos¹⁸⁷, possuem indubitável caráter axiológico, que sujeita o intérprete à sua aplicação.

Sobre a integração necessária entre valor e norma, Miguel Reale afirmou ser indispensável essa reunião para a construção do que se denomina Direito, deixando claro que os modelos normativos surgem quando sobre determinadas situações de fato incidem valores importantes para a sociedade¹⁸⁸.

Até mesmo para alguns positivistas a questão do valor deve ser justificada quando do exame da norma, é o que Bobbio denominou como ‘Positivismo Ético’, que se mostra em duas versões, a extremista, onde o Estado é tratado como a manifestação de Deus e por isso as normas produzidas por ele sempre são cobertas de valores éticos e morais, portanto, seriam sempre válidas e justas, e temos a versão moderada, que afirma ser função do Estado promover a ordem, portanto, a norma produzida deve ser vista por seu valor instrumental de promover a ordem social¹⁸⁹.

187 “[...] imperioso que os valores só sejam submetidos a juízos de ponderação ou informem a aplicação do Direito positivo na medida em que encontrem correspondência no respectivo sistema jurídico, como princípios expressos ou implícitos.” (FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 225.)

188 “No meu entender, tal como tenho exposto em minhas obras, o Direito só se constitui quando determinadas valorações dos fatos sociais culminam numa integração de natureza normativa. Ao contrário do que sustentam os partidários do irracionalismo jurídico, o Direito é impensável sem um momento de racionalização, coincidente com seu momento de caráter normativo. A admissão, porém, da forma racional, como elemento essencial ao Direito, não significa que possam ser esquecidos todos os fatores irracionais ou alógicos que estão presentes tanto na gênese das Regras Jurídicas como no processo final e decisivo de sua aplicação aos casos concretos, assim como em sua ‘recepção’ pela *Lebenswelt*...” (REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. 4ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986. pp. 103-104.)

189 “Também a versão moderada do Positivismo ético afirma que o Direito tem um valor enquanto tal, independentemente do seu conteúdo, mas não porque (como sustenta a versão extremista) ser sempre por si mesmo justo (ou com certeza o supremo valor ético) pelo simples fato de ser válido, mas porque é o meio necessário para realizar um certo valor, o da ordem (e a lei é a forma mais perfeita de Direito, a que melhor realiza a ordem). Para o Positivismo ético o Direito, portanto, tem sempre um valor, mas, enquanto para sua versão extremista trata-se de um valor final, para o moderada trata-se de um valor instrumental.” (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 230.)

Abandonar-se o exame da norma sob o viés do seu valor é deixar de buscar seu sentido humano e social, é, principalmente na solução de casos difíceis, deixar de dar a norma seu real alcance e eficácia.

2.4.1 Valor como critério de validade e eficácia

Intimamente vinculado ao valor da Norma Jurídica, encontram-se as questões de sua validade e sua eficácia, também pontos de indubitável divergência entre positivistas jurídicos e pós-positivistas, retornando por sua importância matéria já debatida no primeiro capítulo.

Inicialmente, precisa-se retomar e trazer uma ideia fundamental e resumida de validade e eficácia de uma norma.

Por validade da Norma Jurídica analisa-se sua existência formal, se ela existe ou não, para tanto examina-se se foi emanada pelas autoridades legítimas e competentes para essa fundação institucional, se é harmônica e coerente com as demais normas do sistema onde está inserida, e, por fim, se não foi revogada por normas posteriores desse mesmo sistema, em suma, esses são os critérios de validade formal da Norma Jurídica¹⁹⁰.

Eficácia, por sua vez, está relacionada com o respeito as normas pelos membros da sociedade para a qual elas foram produzidas, a obediência aos ditames tratados na ordem emanada.

Ferrajoli conceitua efetividade como a característica da norma que verdadeiramente produz o efeito de determinar o comportamento dos sujeitos a

190 “O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. EDIPRO: Bauru (SP), 2001. p. 46.)

quem ela é dirigida¹⁹¹.

Para os positivistas a eficácia da Norma Jurídica é conclusão lógica de sua validade, não se discutindo a questão de seu valor, ou seja, as questões de ser a norma justa ou injusta¹⁹².

Na visão positivistas, portanto, a validade da norma sucede unicamente de sua formalidade, se ela emanou da autoridade legítima e competente, decorrendo sua força de aplicação de uma outra norma que lhe é superior, na visão de Kelsen, ou de uma 'norma de reconhecimento', seguindo o entendimento de Hart, mas em ambos os casos, essa validade independe de critérios de valor (ou seja, ser a norma justa ou injusta, moral ou imoral).

Kelsen fez referência a 'norma fundamental', como aquela pressuposta e anterior a última mais elevada, sendo esta a que, enfim, proporciona a validade de todas as normas que fazem parte do sistema normativo, sendo a coerência técnica hierárquica a única garantia de validade de todas as normas do sistema¹⁹³.

191 “La efectividad y la ineffectividad de las normas pueden ser ahora identificadas con la efectividad y la ineffectividad de la dimensión pragmática de los significados normativos prescritos con ellas. Decir que una norma es efectiva (o ineffectiva) equivale a decir que es pragmáticamente efectivo (o ineffectivo) el significado normativo expresado con ella (T8.85, T8.86). Retomando la equivalencia formulada en el §5.7 entre efectos jurídicos y razones jurídicas para la acción, entre eficacia y normatividad, diremos que una norma es efectiva si los efectos predispuestos por ella sirven para determinar los comportamientos de los sujetos como razones de su actuar (o de su no actuar).” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris - Teoria del derecho y de la democracia. 1. Teoria del Derecho**. Editorial Trotta: Madri, 2011. p. 426.)

192 “Notiamo come sai inesatto considerare incompleta la definizione giuspositivistica basata sul solo requisito della validità: essa infatti si adegua e riflette fedelmente l’atteggiamento operativo che efetivamente il giurista assume. Il giurista infatti nello svolgere la própria attività si pone di fronte al diritto da un punto di vista normativo, considera l enorme giuridiche sul piano del dover essere: egli, prima di studiare il contenuto di una norma o di un istituto giuridico, si chiede se essi siano validi, ma non si chiede anche se siano efficaci, cioè se o in quale misura siano stati, siano o saranno applicati.” (BOBBIO, Norberto. **Il Positivismo giuridico – Lezioni di Filosofia del diritto**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996. p. 142.)

193 “Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face, desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser porta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto a questão. Uma tal norma,

Por sua vez, Hart trouxe a tese da 'norma de reconhecimento', conceituada como uma norma secundária que especificaria os aspectos de existência das normas primárias de obrigação, dando a estas últimas a certeza de fazer parte do ordenamento e a possibilidade de coerção no caso de seu descumprimento¹⁹⁴.

Ferrajoli, mesmo tendo um enfoque positivista, tem uma visão diferente, pois aceita a inclusão de valores no exame das normas, mas cabível unicamente nos níveis mais altos (Constituição), como instrumento de validade das normas de níveis mais baixos (normas infraconstitucionais), a essa teoria denominou garantismo jurídico¹⁹⁵.

Os pós-positivistas, por sua vez, não tratam a eficácia como resultado normal da validade, posto que o exame pretérito do seu valor é imprescindível para se concluir sobre sua validade e, com isso, também da sua eficácia.

Stefano Colloca, da *Universidade degli Studi di Pavia*, resumiu muito bem a questão, afirmando a importância do exame do valor da justiça como condição de

pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm). Já para ela tivemos de remeter outro propósito." (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217.)

194 "A forma mais simples de remédio para a incerteza do regime das Regras primárias é a introdução daquela a que chamaremos uma 'regra de reconhecimento'. Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência uma dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. A existência de tal regra de reconhecimento pode tomar uma qualquer de entre uma vasta variedade de formar, simples ou complexas. Pode, como no Direito primitivo de muitas sociedades, não ser mais do que o facto de se encontrar numa lista ou texto das Regras, dotadas de autoridade, num documento escrito, ou gravados em qualquer monumento público. Sem dúvida e enquanto questões de natureza histórica, esta passagem do pré-jurídico para o jurídico pode ser executada por estágios distintos, dos quais o primeiro é a pura e simples redução a escrito das Regras até então não escritas. Este não é em si o passo crucial, embora seja muito importante: o que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição enquanto dotados de autoridade, isto é, como o modo adequado à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra. Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para identificação concludente das Regras primárias de obrigação." (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**, 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2001. p. 104.)

195 "Sabemos mesmo que a técnica garantista consiste na inclusão de valores, sob a forma de limites ou deveres, nos níveis mais altos do ordenamento, donde excluí-los na forma de poderes nos níveis mais baixos. Mas, uma vez incorporados nos níveis mais altos, os valores tornam valoráveis os juízos de validade sobre as normas de níveis mais baixos, que são afetas aos órgãos judiciais de nível, por sua vez, mais baixo, respectivamente às normas que são chamados a aplicar." (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 703.)

validade e eficácia da Norma Jurídica, ou seja, deve-se examinar o valor justiça para se ponderar sobre ser ou não válida a norma¹⁹⁶.

Atienza reforça o entendimento da importância do intérprete analisar o aspecto Moral da norma, a justiça do que determina e obriga, como critérios para determinar sua validade¹⁹⁷.

Importante reprisar aqui o exame promovido por Alexy para demonstrar a importância do exame Moral das normas para elaborar sua validade e eficácia. O autor alemão, seguindo a fórmula de Radbruch¹⁹⁸, deixa claro que norma extremamente injusta não é Direito, e mesmo que ela possua eficácia social, seja em razão do costume de obediência ou o uso da força para sua imposição, por se apresentarem extremamente injustas não podem ser caracterizadas como jurídicas, perdendo sua validade¹⁹⁹.

Em suma, Princípios permeiam os sistemas jurídicos desde sempre, com

196 “Infine, intendo proporre (pur senza dividerla) una terza declinazione del principio di effettività, che vediamo tavola operante nel diritto. Essa è una declinazione axiológica. Secondo il principio axiológico di effettività, l’efficacia di un ordenamento (o di una norma) é condizione necessaria della sua giustizia. Questo principio opera una indebita transustanziazione del fatto in valore. Come si nota, anche questo principio, come il principio ontologico di effettività, è paradossale. Infatti, la tesi secondo la quale l’efficacia è condizione necessaria di giustizia implica logicamente la tesi, assai contro intuitiva, che la giustizia sia condizione sufficiente di efficacia.” (COLLOCA, Stefano. **Il rapporto tra validità ed eficácia nel principio di effettività**. Rivista Internazionale di Filosofia Online, maggio de 2011, anno VI, nº 11, pp. 13, disponível em http://www.metabasis.it/articoli/11/11_Colloc.pdf, acesso em 19/07/2017.)

197 “El reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido, no puede hacerse sin recurrir a la Moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema (a diferencia de lo que opinaba Hart) implica necesariamente um juicio Moral. Y los juicios Morales son también necesarios para llevar a cabo las operaciones de producir, aplicar e interpretar el Derecho.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 1ª ed. 4ª Impresión. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2014, p. 125.)

198 “O conflito entre a justiça e a Segurança Jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o Direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como ‘Direito incorreto’, deve ceder lugar à justiça” (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 34.)

199 “Seguindo a fórmula de Radbruch, o não-Positivismo inclusivo sustenta que defeitos morais minam a validade do Direito se e somente se o limiar da injustiça extrema é ultrapassado. A injustiça abaixo desse limiar está incluída no conceito de Direito como Direito defeituoso, mas válido. Deste modo, a ambos os lados da dupla natureza do Direito são dados os pesos devidos.” (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 316.)

importância pendular, ora atuando como esteio das normas, ora subalternos a elas, mas sempre presentes e, bem por isso, indispensável objeto de estudo.

Apresenta-se urgente o exame das questões que envolvem os Princípios Jurídicos, sua eficácia e a Segurança Jurídica na aplicação, aspectos morais e éticos hoje permeiam as questões postas para decisão dos magistrados, as Regras, com sua característica desideologizada, não são suficientes e já não respondem a todas as exigências da sociedade nas soluções de seus problemas, já não basta apresentar uma resposta, é substancial que ela seja correta, que seja justa.

CAPÍTULO 3

3. PROCESSO

No primeiro capítulo abordou-se a Norma Jurídica, sob os aspectos das escolas positivista e pós-positivista, bem como a diferenciação de enunciado normativo e texto legal, em seguida expôs-se a classificação em Regras e Princípios, com a identificação destes institutos, funções, efetividade e aplicabilidade.

Explanou-se no segundo capítulo sobre as escolas paradigmáticas da Ciência do Direito, especificamente o Jusnaturalismo, o Positivismo Jurídico e o Pós-Positivismo, e a relação dos Princípios Jurídicos em cada uma delas, além da vinculação entre Princípios e valores.

Neste terceiro capítulo tratar-se-á do processo como *locus* onde se exerce a função pacificadora dos litígios, constroem-se a solução da lide no caso concreto²⁰⁰, seguindo procedimentos e métodos para conhecer do litígio, produzir a resposta adequada para os fatos e apresentar a Decisão Judicial²⁰¹.

A atividade do magistrado tem sua razão de ser na pacificação dos conflitos, que podem ser alcançados por métodos não adversariais, como a mediação, transação e conciliação, ou através da Decisão Judicial, quando se aplicam os elementos legítimos de Decisão Judicial ao caso concreto.

200 “S’è detto, in ultima analisi, che il diritto serve a salvare l’individuo. L’individuo corre dunque dei pericoli anche nel processo? S’è anche detto che il pericolo per l’individuo nasce dal conflitto tra il suo interesse e l’altrui; un conflitto determinato dalla limitazione dei beni, che non bastano mai a soddisfare i bisogni. S’è detto infine che il conflitto di interessi, se l’individuo non é frenato, mette capo as disordine, ch’è il falimento del diritto.” (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli (It): Morano Editore, 1.958, p. 33.)

201 “Senza il processo, dunque, il diritto no potrebbe raggiungere i suoi scopi; ma neanche il processo senza il diritto. Il rapporto tra i due termini è circolare. Perciò si costituisce quel ramo del diritto, che si chiama diritto processuale.” (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli (It): Morano Editore, 1.958, p. 33.)

A Decisão Judicial é a resposta do Estado, representado pelo magistrado, ao desejo das partes de solução de um conflito ou de satisfação de uma pretensão, esta resposta é promovida no e através do processo, *locus* apropriado para tutela dos Direitos, é o instrumento de exercício do poder do Estado para solução do litígio²⁰².

Encontrar-se-á no processo, como *locus* onde o caso concreto é apresentado para julgado, os fundamentos e os motivos da Decisão Judicial confeccionada para solução do litígio, e ao final a resposta que o Estado apresenta para pacificação das partes²⁰³.

3.1 Natureza jurídica do processo

A evolução da sociedade subtraiu das partes o poder de resolver os litígios sociais pela força dos contendores, eliminando a autotutela e entregando ao Estado este poder de pacificação das lides, com a aplicação das normas ao caso concreto, contudo, para tanto foi necessário buscar um meio de promover a aplicação do ordenamento jurídico, encontrando-se como solução o processo, instrumento o local de atuação do Estado.

A natureza jurídica do processo encontra sua construção teórica em duas correntes, a primeira que o trata como contrato, de viés privatista, e a segunda que o

202 “O processo jurisdicional, nesse contexto, pode ser vislumbrado por uma ótica diversa daquela usualmente manejada pela doutrina, a partir de uma dimensão que lhe permite conferir nova significação. Sob esse prisma, Marinoni visualiza o processo, antes de tudo, como ‘um instrumento através do qual o poder é exercido’. A partir dessa ideia, que será desenvolvida racionalmente, conjugando-se o pensamento de Dinamarco e de Fazzallari, tem-se a compreensão de que todo poder se exerce mediante um procedimento. Procedimento que se caracteriza como processo, desde que seja produzido em contraditório. Nesse passo, para Fazzallari, apenas existe processo quando, em uma ou mais fases do iter de formação de um ato, há participação das partes (autor e réu) em contraditório.” (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de Direito – Vol. 3**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 370.)

203 “Nel suo significato pieno e vero, l’azione non compete infatti a chiunque e non ha contenuto generico. Al contrario, essa si riferisce ad una fattispecie determinata ed esattamente individuata, ed é il diritto ad otteenerne che il giudice provveda a sua resguardo, formulando (od attuando) la regola giuridica speciale che la governa.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile**. Milano (It): Morano Editore, 1.962, p. 46.)

entende como uma relação jurídica, de tendência publicista, hoje a teoria mais aceita.

3.1.1 Processo como contrato.

O processo como contrato tem origem no Direito Romano e se fundamentou com Jean-Jacques Rousseau, estabelecendo-se praticamente como instituto privado, um contrato firmado pelas partes litigiosas, onde deliberavam sobre a fórmula que seria seguida para discussão e solução do conflito, regra geral realizado por um árbitro escolhido pelas próprias partes, sem intervenção do Estado²⁰⁴.

Com a evolução da teoria contratual, as partes observaram que o processo não surge da vontade exclusiva delas, não se coaduna com a ideia de um contrato privado, sendo necessária e até mesmo indispensável a participação do Estado, para obrigar a sua tramitação e para impor a vontade do árbitro às partes, e em razão dessa intervenção estatal *a latere*, o processo passou a ter características de um quase-contrato²⁰⁵.

Ora, sendo o Estado o único legitimado ao uso da força para garantir o respeito as normas e a própria Decisão Judicial, e também atuando como garantidor de que no processo serão respeitadas garantias mínimas aos contendores, resta em muito excluída a vontade livre das partes, com isso praticamente caiu-se por terra o acolhimento da teoria contratual do processo, com as devidas exceções de casos de

204 “É ligado à ideia romana sobre o processo. Tal teoria predominou nos séculos XVIII e XIX, sob a influência de Jean-Jacques Rousseau: Essa ideia cavalgava sobre duas grandes inclinações do espírito do século XVIII. A primeira delas, consequência do neoclassicismo, consistia em relacionar os fenômenos modernos aos da antiguidade. A ideia do processo como contrato, que Pothier não desenvolveu em seu primoroso Taité de la procédure, mas sim no Taité des obligations ao examinar a coisa julgada, era uma ideia rigorosamente romana. Como se sabe, o processo romano primitivo foi uma espécie de arbitragem privada, condição que perdeu com o andar do tempo [...]” (SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível, fundamentos e técnica**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 165.)

205 “Não era, certamente, um contrato porque sua criação não se dava por exclusiva ação da vontade das partes, que eram necessariamente conduzidas a esta solução por força da lei, tampouco se haveria de falar em delito, embora pudesse existir na origem da controvérsia, mas uma coisa é haver um delito como objeto do processo, outra é ser o próprio processo o delito.” (CICCO, Alceu. **Evolução do Direito processual** (<http://jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-Direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil#ixzz3aWMmiEm0>), acessado em 06/06/2018.)

arbitragem e transações, afeitas exclusivamente ao Direito Privado.

3.1.2 Processo como relação jurídica

Para Nagib Slaibi Filho, Luiz Guilherme Marinoni, Ovídio A. Baptista da Silva, entre outros, a natureza do processo é de uma relação jurídica, mais precisamente um conjunto de relações legalmente instituídas e previstas em ordenamento jurídico, que cotejam todos aqueles que participam do processo, desde o magistrado, representante do Estado, bem como também as partes e auxiliares, mediante condutas vinculativas.

A teoria do processo como relação jurídica foi exposta inicialmente na obra de Oscar von Bülow, 'Teoria das exceções e os pressupostos processuais', publicada em 1868, onde o autor observou que o processo funciona como uma verdadeira relação jurídica, onde se estabelecem vínculos jurídicos entre o juiz e as partes, sujeitando ambos a direitos e obrigações²⁰⁶.

Especificamente ao magistrado, como representante do Estado, caberia a principal obrigação, no caso a prestação jurisdicional final, a solução da lide através da Decisão Judicial. O mais importante nessa definição de relação jurídica processual é que ela seria uma realidade apartada da relação de Direito material²⁰⁷.

206 “O estudo do processo como uma relação jurídica de Direito público que se estabelece entre o Estado (juiz) e aquele que busca este tipo de tutela jurídica deu origem, sem dúvida, ao nascimento do Direito Processual Civil como uma ciência particular, com objeto próprio e com suas leis e princípios especiais, distintos dos princípios e leis que regem os ramos do Direito material. Deve-se ao jurista alemão OSKAR VON BÜLLOW o mérito de haver, em 1868, numa obra que se tornou clássica e universalmente conhecida, mostrar a importância do estudo da relação processual como relação de Direito público que se forma entre o particular e o Estado, determinando as condições e pressupostos de sua existência e validade, assim como os princípios e Regras que a presidem. Como afirma BÜLLOW, até então os estudiosos do processo civil, ao invés de considerar o processo como uma relação de Direito público, que se desenvolve progressivamente entre o Estado (tribunais) e as partes, limitam-se a ver no processo apenas uma série de atos e formalidades a serem cumpridos pelos sujeitos que dele participavam, como uma mera consequência da relação de Direito privado litigiosa (Excepciones procesales y presupuestos procesales, edição alemã de 1868, tradução argentina de 1964, pág. 3).” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento, vol. 1.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 1998, pp. 16-17.)

207 “Ao argumentar que o processo é uma unidade jurídica ou uma relação jurídica, diz Chiovenda: ‘Antes que se possa julgar um pedido de atuação da lei, já que examiná-lo; isso produz

O processo é relação jurídica que envolve as partes e o Estado representado pelo magistrado, abarcamento que se caracteriza por uma relação triangular, com cada um destes interessados se postando em um dos ângulos, com interações mútuas de direitos e deveres e tendo a Decisão Jurídica como fim²⁰⁸.

3.1.3 Processo como instrumento

O processo tem natureza de relação jurídica, mas é também instrumento para pacificação de conflitos, meio onde interessados apresentam pretensões, desejos, lides para serem analisadas e em seguida objeto de uma resposta do Estado, materializada através de uma decisão proferida pelo magistrado, representante do poder estatal nessa relação^{209 210}.

Esse caráter do processo como instrumento de solução de conflitos teve sua

um estado de dependência, no qual se ignora se o pedido é fundado ou não, mas se envia o necessário para sabê-lo. Durante esse estado de pendência, portanto, as partes (autor e réu) devem ser colocados em situação de fazer valer suas possíveis razões: competem-lhes deveres e Direitos. Daí a ideia singelíssima e, não obstante, fundamental, vislumbrada por Hegel, positivada por Bethmann-Holweg, e explanada especialmente por Oskar Büllow, e depois por Kohler e muitos outros, inclusive na Itália: o processo civil contém uma relação jurídica. É a ideia já inerente ao iudicium romano, assim como à definição que do juízo emitiam os nossos processualistas medievais: iudicium est actus trim personarum, actoris, rei, iudicis (Búlgaro, De iudiciis, § 8)” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora RT, 2014, pp. 400-401.)

208 “Predomina, no entanto, a posição de Büllow, seguida por Wach, de que a relação processual deve ser encarada com recíproca troca entre cada um dos sujeitos processuais – é a teoria triangular” (SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível, fundamentos e técnica**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 166.)

209 “Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material, O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem; e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno de pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.” (CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1991, pp. 42-43.)

210 “Secondo tale criterio, il processo è il método, mediante il quale se ottiene la pronuncia ufficiale di comandi giuridici (concreti), sai che preesistano sai che non preesistano leggi (giuridiche), dele quali i comandi concreti costituiscono applicazione. Col metodo legislativo si ottiene una lex generalis; col metodo giurisdizionale o processuale si ottiene una lex specialis (dove lex è usata col significato specifico di comando).” (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli (It): Morano Editore, 1.958, p. 19.)

evolução promovida em três fases, a primeira denominada sincretista, a segunda autonomista, e finalmente a terceira fase, denominada instrumentalista.

No Sincretismo o processo foi tratado como modo de exercício do Direito Material, sendo dependente e a ele vinculado, não tendo qualquer autonomia, cada procedimento era adotada de acordo com o Direito Material violado, e sem esse não haveria processo²¹¹.

A fase autonomista trouxe ao processo sua independência do Direito Material, abandonando as características privatistas da fase sincrética e ganhando os contornos do Direito Público, a relação jurídica do processo se estabelece entre as partes e o juiz de forma triangular, trazendo direitos e deveres mútuos não para se exercitar o Direito Material, mas para formular um caminho com o fim de obter a proteção do Estado durante o procedimento, e também regular o eventual uso da força para garantir o respeito à solução construída, nesta fase com o processo busca-se unicamente a tutela jurisdicional^{212, 213}.

211 “Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos Direitos (daí, Direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do Direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio Direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio Direito processual como ramo autônomo do Direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.” (CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1991, pp. 43-44.)

212 “Posteriormente, o sistema processual passou por uma fase de formulação de conceitos e estruturas bem ordenadas, chegando ao ponto de se imaginar um fim em si mesmo – período conhecido como autonomia do processo. Essa segunda fase teve origem com Oskar Von Bülow (1868), que demonstrou a existência de uma relação jurídica especial entre os sujeitos principais do processo (juiz, autor e réu), a qual não se confunde com a relação material litigiosa – por seus sujeitos (inclusão do juiz), seu objeto (provimentos jurisdicionais) e seus pressupostos (pressupostos processuais). A sistematização dessas idéias conduziu às primeiras colocações do Direito processual como ciência, tendo em vista seus próprios métodos (distintos do Direito privado) e objetos materiais (categorias jurídico-processuais: jurisdição, ação, defesa e processo). Alemães, austríacos e italianos construíram teorias ricas e variadas sobre o tema, lançando idéias fundamentais que geraram valiosas reflexões e obras científicas processuais – todas convergindo para a afirmação da autonomia da ciência processual em relação ao Direito subjetivo substancial (DINAMARCO).” (DONIZETTI, Elpidio. **Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo**. <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940209/evolucao-fases-do>

O processo avança à fase instrumental, quando deixa de ser observado unicamente como meio para realização do Direito Material através de regras e procedimentos, começando a ser compreendido como instrumento a serviço da paz social, ganhando contornos sociais, políticos e jurídicos, fins que também devem ser alcançados e tutelados quando da solução do caso concreto²¹⁴.

O processo passa a ser um caminho para a efetiva realização dos Direitos, onde se busca promover a paz social e uma decisão justa, servindo de instrumento para o Estado cumprir a função de pacificação, mas também de *locus* onde se pode buscar a justiça²¹⁵.

processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo, acesso em 07/06/2018.)

213 “[...] l’azione à appunto un diritto a sè, che si há ogni qual volta la attuazione della lege nel processo é condizionata alla domanda di qualcuno: questo qualcuno ha allora un potere giuridico, che non tende ad uma presazione per parte di altri, che presuppone ma non há per suo contenuto l’obbligo dello Stato di amministrare la giustizia; é un potere giuridico, come ve n’há tanti altri, corrente tra singolo e singolo, e consistente in ciò che altri, mediante uma semplice dichiarazione di volontà, cioè la domanda giudiziale, fatta mantenuta e giustificata nel processo, può produrre un affetto giuridico a carico dell’avversario, cioè l’attuazione della legge [...]” (CHIOVENDA, Giuseppe. Nuovi saggi di diritto processuale civile. Napoli (it): Casa Editrici Ca. N. Jovene. 1912, p.09 .)

214 “Em suma, instrumentalidade do processo representa a terceira fase de evolução deste ramo do Direito. Primeiro tivemos o sincretismo imanetista, fase de fusão do Direito material e de inexistência de uma separação rigorosa dos planos processual e material. Posteriormente ocorreu o advento de outra fase denominada autonomista, onde se clamava por independência, fase esta em que a ciência processual procurava afirmar sua autonomia frente ao Direito processual e às demais ciências por intermédio de uma visão introspectiva, distanciando-se da realidade. A instrumentalidade é a terceira fase. Aqui se busca uma visão epistemológica do Direito Processual, contrapondo-o à realidade e buscando a ótica dos “consumidores” para a consecução de uma efetividade da tutela jurisdicional e produção de uma ‘ordem jurídica justa’” (CICCO, Alceu. **Evolução do Direito processual**. <http://jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-Direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil#ixzz3aWMMiEm0>, acessado em 06/06/2018.)

215 “Com tudo isso, chegou o terceiro momento metodológico do Direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólo de irradiações de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do Direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Nem se justifica, nessa quadra da ciência processual, pôr ao centro das investigações a polêmica em torno da natureza privada, concreta ou abstrata da ação; ou as sutis diferenças entre a jurisdição e as demais funções estatais, ou ainda a precisa configuração conceitual do jus excepcionis e sua suposta assimilação à idéia de ação. O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais deste ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir resultados práticos desejados. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 22-23.)

Os envolvidos na relação jurídica denominada processo passam a se conscientizar que a solução do conflito, a resposta a pretensão exposta move-se também pela promoção de uma ordem jurídica justa, que se alcança através do exame e aplicação dos valores presentes nas Normas Jurídicas e primordialmente nos Princípios²¹⁶.

A ideia Pós-Positivistas de reconexão entre Direito e Moral claramente se coaduna com a visão instrumental “substancial”²¹⁷ do processo, onde a Decisão Judicial busca a *práxis* constitucional.

3.2 Processo e efetivação dos princípios

O processo perde a característica ser tão somente técnica de resolução de conflitos, transmuda-se também em instrumento de realização de valores, especialmente de valores consubstanciados através dos Princípios Jurídicos positivados, portanto, o processo também é instrumento para aplicação e efetivação dos anseios e desejos morais presentes no ordenamento jurídico através dos Princípios.

216 “Tudo que já se fez e se pretende fazer nesse sentido visa, como se compreende, à efetividade do processo como meio de acesso à justiça. E a concretização desse desiderato é algo que depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça). É indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir a sociedade e ao Estado.” (CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 46.)

217 “O conceito do processualista de instrumentalismo também é de ser conferida, tendo em vista que vai um pouco além daquele instrumentalismo meramente formal, ao expor: “Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos Direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal” (grifo nosso) (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000, pp. 20-21.)

Seguindo por essa seara, o processo é meio insubstituível de afirmação de Direitos reconhecidos também através dos Princípios, que agora devem ser materialmente concretizados, atuando como instrumento dessa assertiva, e a Decisão Judicial como sua materialização no mundo do ser.

Aos vértices do triângulo que caracteriza a relação jurídica/processo, mas principalmente ao Estado, representado pelo magistrado, cabe a obrigação de garantir a efetividade dos valores internalizados no sistema normativo, inclusive aqueles de caráter Moral, no exercício de sua jurisdição e se utilizando do processo como local dessa atuação, para materializa-los na Decisão Judicial²¹⁸

Os atos do magistrado dentro da relação jurídica/processo vão além da conjugação do Direito (Fontes do Direito) ao fato concreto, se sobrepõe a unicamente pacificação do conflito, a Decisão Judicial deve também promover a justiça, através do reconhecimento dos aspectos morais contidos no ordenamento, enfim, como explanou Antônio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, “todo processo deve dar a quem tem um Direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o Direito de obter”²¹⁹.

Luiz Roberto Barroso deixou claro que a atuação do magistrado é prestar a jurisdição, promovendo a tutela das pretensões apresentadas, restaurando a ordem²²⁰, e acrescentou Marinoni, evidenciando a atuação do magistrado, quando

218 “O juiz, nesse contexto, tem o dever de localizar na legislação processual o procedimento e a técnica adequada a efetiva tutela do Direito material, para tanto, deve aplicar a regra processual de forma apropriada, ‘tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução do texto e suprir a omissão legal’ sempre que possa inviabilizar a tutela das necessidades concretas’ e impedir ‘a realização do Direito fundamental à tutela jurisdicional’.

Pondera Marinoni, entretanto, que não sendo possível aplicar uma teoria capaz de estear uma decisão exata para cada caso concreto, deve o juiz demonstrar argumentativamente, por critérios racionais, que sua decisão é a mais razoável. Essa imposição se deve justamente à maior subjetividade outorgada ao juiz para a realização e a proteção dos Direitos, consectário natural da lógica da preponderância das normas constitucionais sobre a legislação.” (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de Direito – Vol. 3.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 433.)

219 CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1991, p 37.

220 “As garantias jurídicas, ao ângulo subjetivo, correspondem aos meios processuais de

da prestação jurisdicional, de entregar o Direito aos interessados²²¹.

O processo foi tratado por Pedro Manoel Abreu como o *locus* da cidadania, onde as partes se envolvem e participam dos assuntos do Estado e buscam concretizar seus Direitos Fundamentais, e concretizando-os se estará concretizando a própria constituição²²².

Enfim, o processo é o instrumento onde magistrado e partes, integrantes dessa relação jurídica, participam na elaboração do Direito, onde os conflitos são solucionados e os desejos concretizados através da tutela jurisdicional, materializada na Decisão Judicial, e especialmente ao magistrado incumbe a obrigação de promover essa pacificação, efetivando o Direito também sob seu aspecto Moral, garantindo que sua decisão seja também justa.

proteção dos Direitos, vale dizer, às ações – e respectivos procedimentos – dedutíveis perante o Poder Judiciário. A ele cabe prestar a jurisdição que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o Direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados. A função jurisdicional é, tipicamente, de restauração da ordem jurídica, quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação prática da norma concreta que deve disciplinar determinada situação. O seu exercício pressupõe, assim, um conflito, uma controvérsia em torno da realização do Direito e visa a removê-lo pela definitiva e obrigatória interpretação da lei.” (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.121).

221 “Essa definição de processo coerentemente não se desliga do próprio conceito de Chiovenda atribuiu à jurisdição (a atuação da vontade da lei). Aconteceu que, no Estado constitucional, o conceito de jurisdição é bem diverso. Agora o juiz deve compreender a lei a partir dos Direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça. Por identidade de razões, as Regras processuais devem ser aplicadas conforme as tutelas prometidas pelo Direito material e segundo as necessidades do caso concreto. Lembre-se que a jurisdição, no Estado constitucional, é marcada pelo próprio dever estatal de proteção aos Direitos e pela imprescindibilidade de o juiz atribuir sentido ao caso concreto.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora RT, 2014, p. 427.)

222 “O processo, nesse contexto, assume a condição de via ou canal de participação e não somente de tutela jurisdicional; atua como instrumento de jurisdição e habilita-se como *modus* de participação do cidadão na busca da concretização e proteção dos Direitos fundamentais e do patrimônio público. Mais do que um instrumento do poder, é instrumento de participação no poder. É um contributo para democratizar a democracia por meio da participação. Enfim, um microcosmos da democracia, porque concretiza os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como *locus* da cidadania.” (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de Direito – Vol. 3**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 456.)

3.3 Da Decisão Judicial

Encerram-se os apontamentos sobre o processo, ficando clara sua natureza de relação jurídica e sua característica de instrumentalidade, passa-se a tratar do instituto da Decisão Judicial, conceito e teorias, fundamentos e justificação, discricionariedade e ativismo, mas sempre partindo do ponto de vista de que se trata de meio de realização do Direito, de sua concretização.

De um modo aparentemente bastante singelo, Decisão Judicial é a interpretação das Fontes do Direito, buscando nelas a solução do caso concreto litigioso ou da pretensão de Direitos, apresentados para solução através do Estado, representado pelo magistrado.

A irreal simplicidade esvai-se quando se descobrem as enormes divergências entre o que se aceita como Fontes do Direito, quais as técnicas que devem ser utilizadas para interpretação dos textos, e ainda encontram-se questões que dizem respeito as justificações das soluções, exigência de serem além de técnica também justa, e por fim se é aceitável o uso da Discricionariedade do julgador²²³.

A Decisão Judicial possui uma estrutura básica lacônica, tratada pela maioria dos doutrinadores como um silogismo lógico-dedutivo²²⁴, onde a premissa maior é a

223 “Bisogna decidere, ho detto. La decisione si impone al giudice con la necessità dell’azione. Il che significa che la decisione evade, a un certo punto, dal campo del pensiero per invadere quello dell’azione. È azione perché è di là dal giudizio; e di là dal giudizio non c’è che l’azione. Per questo si parla di decisione, anziché di giudizio. Decidere, da de caedere, alude precisamente a un tagliare. Dice Alessandro Manzoni che ‘le ragioni e il torto non si dividono mai con un taglio così netto, che ogni parte abbia soltanto dell’uno o dell’altro’; ma il giudice codesto taglio lo deve fare. Viene in mente il taglio del nodo gordiano. Se il blasone della giustizia è composto con la bilancia e con spada, il secondo di codesti simboli non alude soltanto al processo di esecuzione. Insomma, alla fine, per decidere bisogna decidersi.” (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Morano Editore: Napoli (it), 1958, p. 220.) obs. 440 pp

224 “Ora, sotto um profilo logico, si pone il quesito se l’attività decisória sai assimilabile ad um processo di natura logico-deduttiva. In altri termini, si pone il quesito se sia possibile assimilare una decisione giudiziale ad un processo inferenciale di tipo silogístico in cui:

- a) la premissa maggiore (o premissa giuridica) è data dall’enunciato che é formulazione dela norma generale ala cui fattispecie sono riconducibili i fatti oggetto dela controversia;
- b) la premissa minore (o premissa fattuale) è data dall’enunciato che è formulazione dei fatti oggetto dela controversia;
- c) la conclusione è data dal dispositivo (dalla norma com cui l’organo decisionale pone fine

norma geral, a premissa menor são os fatos, e através da subsunção dos fatos à norma geral, teríamos o resultado, a solução da controvérsia exteriorizada através da Decisão Judicial²²⁵.

No exame do silogismo lógico-dedutivo acima simplificado ao extremo, observa-se a eventual desnecessidade da justificação da decisão tomada através da subsunção descrita, pois o trabalho do Intérprete seria meramente de deixar claro que os fatos estão detalhados na norma geral, e assim aplicar a conclusão determinada pelo próprio sistema.

O silogismo jurídico-dedutivo radical acima apresentado, até por sua ingenuidade, serve unicamente como ideia do procedimento, pois já não se presta para servir de modelo de uma Decisão Judicial, sendo possível encontrar impasses tanto na formulação da premissa maior (jurídica), quando da premissa menor (fatos).

A formulação da premissa maior, a norma geral para aplicar ao caso concreto, não é resultado de um processo mecânico, de fácil elucidação, muito pelo contrário, depende primordialmente da atividade interpretativa do agente, e algumas vezes não é encontrada dentro das fontes tradicionais do direito²²⁶.

A questão da premissa menor do silogismo aqui tratado apresenta as mesmas adversidades da premissa maior, pois também os fatos devem ser objeto de

alla controvérsia)." (MAZZARESE, Tecla. **Forme di razionalità delle decisioni giudiziali**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 29.)

225 "Por consequência, a aplicação da lei – por presunção, conjunto de normas gerais – seria um caso de exercício da faculdade de julgar, em que o caso particular seria o dado a ser subsumido ao geral (regra legal): tendo-se a aplicação como a busca da regra geral adequada para um dado particular." (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. Editora Manole. Edição do Kindle, locais do Kindle 309-312.)

226 "Em grande número de casos, a Decisão Jurídica que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõe vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados.

Para tanto, há no mínimo quatro motivos: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma." (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19-20.)

interpretação e valoração por parte do Intérprete²²⁷.

Até mesmo a solução advinda do ato de subsumir a premissa menor à premissa maior é objeto de correta impugnação, pois é inadmissível que a Decisão Judicial deixa de ser justificada sob o argumento de se tratar de um resultado lógico-dedutivo.

Diante das questões elaboradas, o silogismo lógico-dedutivo e a sua realização através da subsunção da premissa menor (fatos) aos limites da premissa maior (norma geral), já não é suficiente como conceito e método para solução de todas as controvérsias, todavia, a resposta perfectibilizada na Decisão Judicial mantém sua finalidade e objetivo, a pacificação dos conflitos.

Diante do acima exposto, apresenta-se necessário encontrar outros métodos para além do singelo silogismo lógico-dedutivo e sua aplicação através da subsunção, que já se mostrou insuficiente para se chegar a resposta construída na Decisão Judicial, novo mecanismo que deverá servir para solução das questões complexas que são apresentadas para julgamento.

3.3.1 Fontes do Direito

Entende-se por Fontes do Direito os argumentos que podem ser utilizados como fundamento da Decisão Judicial, é todo elemento que o operador do Direito pode buscar e interpretar, com isso dando lastro a sua decisão, todavia, as Fontes do Direito, sejam elas quais forem, possuem uma característica primordial, são

227 “La determinazione dei fatti oggetto di una controversia, non diversamente dall’individuazione della norma da applicare per la sua risoluzione, non é il risultato de un’operazione meramente meccanica ed unívoca. In altri termini, la determinazione dei fatti oggetto della controversia non é, come si cercherà di argomentare più articolatamente in seguito, il risultato di um’attività meramente cognitiva. E ciò, ancora una volta, precipuamente per due raggioni, che, sommariamente, possono essere così sintetizzare:

(a) la determinazione dei fatti oggetto della controversia non è un’operazione meramente meccanica e unívoca;

(b) i dati assunti come rilevanti ai fini della risoluzione di una controversia sono oggetto di valutazione, non di verificação.”(MAZZARESE, Tecla. **Forme di razionalità dele decisione giudiziali**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 35-36.)

provenientes de uma estrutura de poder.

A estrutura de poder é necessária para sustentar as Fontes do Direito, pois o poder é o responsável por transferir ao Direito a força indispensável para se exigir seu cumprimento e coerção no caso de descumprimento²²⁸.

No Positivismo jurídico, com sua pretensão de completude, encontra-se como fonte primordial do Direito a lei (Regra), somente na falta dela, no que se usualmente chama-se lacuna, é possível o socorro em outras fontes secundárias de Direito, como os Costumes, Princípios de Direito, a analogia e a equidade²²⁹.

O Positivismo jurídico e sua falácia da completude, acrescido na incabível separação entre Direito e Moral, como já se analisou neste trabalho, deixou de dar respostas adequadas as questões cada vez mais complexas do Direito, e assim suas Fontes, e principalmente a preponderância da aplicação das Regras, se tornaram insuficientes para fundamentar as decisões judiciais que solucionam os conflitos modernos²³⁰.

Orlando Zanon Jr, na sua Teoria Complexa do Direito, apontou que Fontes do

228 “Para que se possa falar, por conseguinte, de ‘fonte de Direito’, isto é, de fonte de Regras obrigatórias, dotadas de vigência e de eficácia, é preciso que há um poder capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção. É por isso que se diz que o problema das Fontes do Direito se confunde com o das formas de produção de Regras de Direito vigentes e eficazes, podendo ser elas genéricas ou não.” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 141.)

229 “A doutrina juspositivista das fontes assume os movimentos da situação acima descrita, isto é, da existência de ordenamentos jurídicos complexos e hierarquizados, e sustenta que a fonte predominante, quer dizer, a fonte que se encontra no plano hierárquico mais alto, é a lei, visto que ela é a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas. [...]” (Bobbio, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p.161.)

230 “É certo que a complexidade dos fatos jurisdicionais é crescente, e torna um desafio maior aos juristas, vez que a legislação interna não consegue se atualizar na velocidade em que as relações sociais se altera e as demandas judiciais se acumulam. Apesar de a favor do legislador figurar a vontade popular, representada pelo voto direto, do Julgador não se exime do caráter democrático da função. Os órgãos jurisdicionais, apesar de não imbuídos do voto da população, nas palavras de Carlos Ayres Britto ‘ainda mais que os outros dois Poderes, tem que se apetrechar da sobredita vontade da constituição’” (LOUZADA DA SILVA, Laura Rodrigues. **Diálogo das fontes na resolução de conflitos judiciais sobre planos de saúde**, artigo constante da obra Direito em diálogo de fontes. Editora D’Plácido. Edição do Kindle, locais do Kindle 3921-3926.)

Direito são todos aqueles elementos do conhecimento humano que servem para fundamentar a Decisão Judicial, o que melhor se conecta com a ideia do Pós Positivismo²³¹.

Esse aparente conjunto aberto de influências e fontes para Decisão Judicial acaba, ao contrário do que parece, por limitar a atividade interpretativa do operador do Direito, direcionando e restringindo a atividade decisória²³², visto que a discricionariedade e a livre vontade do julgador ficam submetidas e são constrangidas pelas fontes aplicáveis.

Por fim, não se pode esquecer o aspecto das Fontes do Direito serem também uma questão de poder, como traçado por Miguel Reale, e no caso específico desta pluralidade, seu poder decorrerá diretamente da democracia representativa, da comunidade que, em sua tradição, legitima quais as fontes possíveis de serem articuladas para construção da solução do caso concreto.

3.3.2 Interpretação e algumas de suas teorias

Transposto o dilema que trata das Fontes do Direito, abandonando a tese o monismo que indica somente a lei (Regra) como fonte primordial do Direito, em

231 “Em sentido amplo, fontes são todos os elementos que podem ser empregados para tomada de decisões e, portanto, o conceito operacional engloba a totalidade do conhecimento já construído ou passível de construção por empreendimento racional. Em tal aceitação ampla, todos os argumentos são passíveis de inserção em um discurso para produção da Norma que servirá de fundamento para determinada Decisão. Dentre as fontes, podem ser identificados cânones religiosos, apreciações morais, critérios éticos, legislação, vetores principiológicos da ordem jurídica vigente, políticas públicas, análises de diversos ângulos quanto aos fatos envolvidos, conhecimentos científicos diversos e interdisciplinares relacionados com a questão a ser resolvida, dentre os ilimitados pontos de vista que podem ser correlacionados com os infinitos problemas passíveis de análise.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito** - Documento eletrônico. - Florianópolis : Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.)

232 “Portanto, a característica marcante do conceito pós-positivista de Fontes Jurídicas aqui apresentado é precisamente que todos os argumentos admissíveis em um discurso jurídico funcionam como limitadores da atividade decisória, na medida em que orientam o Intérprete e aplicador em determinada direção, em detrimento da sua amplitude decisória. Não há espaço nesta proposta para teses que argumentam no sentido de que certos padrões de julgamento aumentam a flexibilidade do Intérprete, permitindo que sua decisão seja mais fluída e, conseqüentemente, imprevisível.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito** - Documento eletrônico. - Florianópolis : Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.)

contrapartida aceitando-se que fontes são todos os argumentos que podem ser utilizados como fundamento da decisão, passa-se a examinar agora o conceito de interpretação e algumas de suas teorias.

Do ponto de vista geral, interpretar significa atribuir significado a algo, através de uma operação intelectual de conhecer, analisar e em seguida dar sentido ao que se observou. Especificamente quando se tratar do que se denomina 'interpretação do Direito' temos a atribuição de significado as normas, bem como aos outros elementos legítimos de decisão, para se entender o que eles expressam e como deve-se aplica-los na construção da resposta ao caso concreto²³³.

Mauro Barberis dissecou o conceito de interpretação judicial levando em consideração cinco aspectos que apontou como relevantes²³⁴, ficando claro que a interpretação poderá assumir cada uma destas características a depender do aspecto que se busca estudar:

(a) se o ato de interpretar é uma atividade, um procedimento, ou é somente o produto dessa atividade;

(b) se é uma atividade em sentido específico, atribuindo significado somente ao texto legal, ou seria uma atividade em sentido genérico, qualificando desde o fato até a aplicação da norma;

(c) quanto ao objeto da interpretação, pode ser ele amplíssimo, com o exame dos comportamentos jurídicos; amplo, quando o objeto são os Textos Legais sob o

233 "La interpretación puede ser descrita como una operación intelectual em virtude de la cual se atribuye sentido o significado a algo. Cuando la interpretación se proyecta sobre el Derecho esse algo viene constituido por el conjunto de normas que están vigentes en un determinado sistema jurídico. Se trata, pues, de comprender el contenido de ciertos textos de manera que se les puede assignar um significado preciso. La finalidad básica de cualquier acto interpretativo es la de entender el mensaje expresado en la norma." (ORTEGA, Manuel Segura. **Sobre la interpretación del derecho**. Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico. 2003, 130p., pp. 13-14.)

234 BARBERIS, Mauro. **Filosofia del diritto – um'introduzione teorica**. 3ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, pp. 210-217.

ponto de vista linguístico; e restrito, quando se examinam os Textos Legais recorrendo aos demais argumentos jurídicos diversos do literal;

(d) quanto ao sujeito que realiza a interpretação ela pode ser judicial, quando realizada dentro da jurisdição pelos atores do processo (partes e magistrado); doutrinária, promovida pelos estudiosos do Direito; oficial quando proveniente da administração pública; e autêntica decorrente diretamente do texto legal.

(e) a interpretação pode ser em abstrato, quanto independe de se analisar sua aplicação, ou poderá ser em concreto, quanto a interpretação tem como fim a aplicação da norma geral ao caso específico.

Para o sentido deste trabalho, interpretação será examinada como uma atividade (procedimento de interpretar), em sentido genérico (atribuir significado desde o fato até a aplicação), de forma ampla e restrita (objeto são todos os elementos que podem ser utilizados para tomada de decisão, sob o ponto de vista linguístico e dos demais meios de hermenêutica), praticada pelos atores do processo (da parte, do magistrado e das partes) e de forma concreta (visando a aplicação para solução de litígios).

Indispensável destacar-se aqui que a atividade interpretativa calcada no conceito básico de dar sentido a algo, e especificamente no caso do Direito, de dar sentido a todos os elementos que podem fundamentar a Decisão Judicial, não autoriza o operador a elaboração livre dos significados, como se examinará a seguir nas teorias interpretativas.

A necessidade de se interpretar o Direito é uma resposta a primitivamente duas falácias bastante claras, a primeira é da clareza e certeza dos mandamentos que compõem o ordenamento jurídico, e a segunda é da completude deste mesmo ordenamento jurídico, pois no Positivismo jurídico que chamarei de extremo, caberia aos atores do processo somente aplicar a norma (clara e precisa) aos fatos (certamente abarcados no ordenamento), dispensando qualquer atividade

interpretativa.

As alternativas acima nem ao menos de aproxima da realidade, visto que regra geral a linguagem e os discursos contêm elementos de dubiedade, incertezas e obscuridade, além do que se apresenta impossível que todas as possibilidades fáticas sejam alcançadas pelas normas que fazem parte de um determinado ordenamento jurídico²³⁵

Até os mesmo os casos rotineiros exigem uma interpretação, não sendo aceitável que o Direito seja aplicado sem a prévia compreensão do que se trata e a justificação de seus fundamentos²³⁶.

Duas são as linhas hermenêuticas hoje dominantes e que respaldam a interpretação jurídica e suas teorias, são elas o objetivismo e o subjetivismo, enquanto que outras teorias buscam a evolução paradigmática destas linhas hermenêuticas, e se apresentam como melhores respostas para uma correta interpretação das Fontes do Direito.

3.3.3 Objetivismo e subjetivismo como linhas hermenêuticas

O objetivismo possui sua matriz no Positivismo Jurídico e tem nas teses elaboradas por Kelsen e Hart seus melhores exemplos, onde a resposta ao caso concreto deve ser encontrada na norma geral positivada, fonte primordial do Direito,

235 “La visión del Derecho desde el Ordenamiento obliga a contemplarlo como capaz de dar solución a todos los problemas que se le plantean. Sin embargo, salta la vista que difícilmente puede pensarse que el Ordenamiento posea normas para solucionar todos los conflictos.” (ROIG, Rafael de Asis. **Jueces y normas - la decisión judicial desde el ordenamiento**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1995. p. 29.)

236 “No es posible aplicar una norma si antes no se há comprendido su significado. Es cierto que la interpretación puede ser más o menos compleja en función de ciertas circunstancias pero, en todo caso, incluso en los llamados casos rutinarios, resulta imprescindible, entre otras razones, como consecuencia de la estructura abierta de los actuales sistemas jurídicos. La vieja máxima in claris non fit interpretativo há dejado de tener sentido porque ella misma presupone un previo acto de interpretación ya que ‘el prolema consiste justamente en que la delimitación del sentido claro no es a su vez un término claro y habría, pues, que hablar de la necesidad de una interpretación para definir el sentido claro.’” (ORTEGA, Manuel Segura. **Sobre la interpretación del derecho**. Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico. 2003, 130p., pp. 19-20.)

buscando extirpar do ato interpretativo qualquer influência valorativa do Julgador, no caso está se falando de aspectos morais e pessoais que não devem induzir o Intérprete.

A finalidade de se interpretar e decidir objetivamente é promover a Segurança Jurídica ao seu patamar extremo, encontrada pela maximização das exigências do Intérprete fazer uso de uma única fonte jurídica, no caso a regra/lei aplicada através de procedimento silogístico institucionalizado²³⁷.

Barroso versa sobre a linha de pensamento objetivista, mas trabalhando sob a denominação 'formalismo jurídico', apontando sua característica e o desejo de que a lei traria em si a ideia de justiça e correção, e através da sua aplicação através do silogismo lógico-dedutivo, faria-se automaticamente justiça²³⁸.

A linha de hermenêutica objetivista, por possuir íntima ligação com o Positivismo Jurídico, paradigma que se encontra em crise, está colapsando pela insuficiência, pois não responde com soluções aos novos litígios que escapam do formalismo legalista dos ordenamentos codificados como fonte primordial do Direito. O Intérprete, o aplicador do Direito já não encontra mais na hermenêutica objetivista o meio de solucionar a totalidade dos litígios, pois o Positivismo jurídico vem deixando de apresentar as respostas para os novos conflitos que afligem a sociedade

237 “A tese objetivista representa um esforço para que seja deixada de lado, no momento de interpretação, qualquer influência valorativa do Julgador. Tem por justificativa que a interpretação judicial deve ocorrer com base em outros nortes que a vontade de um juiz. Para tanto, buscam-se minimizar as brechas normativas (o problema das lacunas) e maximizar as exigências institucionais para que os juízes decidam conforme os standards legais gerais por mera subsunção, num processo lógico-dedutivo.” (LUIZ, FERNANDO VIEIRA. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada a constituição de Lenio Streck**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle, Locais do Kindle 629-633.)

238 “A primeira mudança de paradigma foi a superação do formalismo jurídico. A ideia de que a lei, a Norma Jurídica traz em si uma justiça imanente à lei como expressão da razão. Essa era uma premissa filosófica, e talvez ideológica, com a qual convivemos ao longo de boa parte do século XX. E, nesse ambiente em que a lei era a expressão da justiça, o juiz não desempenhava nenhuma função criadora do Direito. Pois hoje sabemos que a lei é, com frequência, a expressão do interesse que se tornou dominante em determinado momento e lugar. Sabemos que, para muitos problemas jurídicos, a solução não se encontra plenamente pronta na lei; portanto, o formalismo jurídico sucumbe à modernidade.” (BARROSO, Roberto Luiz. **Casos difíceis e a criação do Direito**. Seminário Teoria da Decisão Judicial : 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília : CJF, 2014, 186 p. : Il. – Série cadernos do CEJ; 30.)

moderna²³⁹.

Em razão da crise do Positivismo Jurídico e com ela também da hermenêutica objetivista, concebeu-se uma nova linha interpretativa, que deveria servir para exegese do novo ordenamento jurídico e as novas Fontes do Direito legitimadas (princípios, políticas, precedentes, entre outras) que extrapola o formalismo legalista, há essa nova linha denominou-se subjetivismo²⁴⁰.

Para a linha subjetivista a interpretação não parte obrigatoriamente da norma ou de outras fontes legitimadas do Direito, a justiça não está mais no interior do sistema jurídico, mas sim com o sujeito que interpreta. O Intérprete parte da ideia de que toda fonte do Direito e até elementos estranhos ao Direito possuem vários significados, sendo ele o responsável por dar o significado que melhor soluciona o litígio dentro das diversas possibilidades, sendo que essa escolha é realizada livremente pelo Intérprete, que assim expressa seus valores pessoais e, por isso mesmo, extralegais.

239 “Até recentemente, em geral e no Brasil em particular, era possível falar de um universo tradicional da interpretação jurídica. Um universo que era, e de certa forma ainda é, caracterizado pelo formalismo jurídico, pelo Positivismo jurídico e pelo legalismo, pois o formalismo, o Positivismo e o legalismo entraram em crise nas últimas duas ou três décadas do século passado, particularmente no Brasil, um fenômeno que em outras partes do mundo já havia acontecido antes. É que, no modelo tradicional de interpretação jurídica que não morreu, apenas não é suficiente, havia um papel específico reservado para a norma; um papel específico e reservado para os fatos e um papel específico e reservado para o juiz.

A norma trazia, em si, a solução que o constituinte ou o legislador havia concebido abstratamente para resolver os problemas. Os fatos existiam para serem subsumidos naquela norma, para que se produzisse o silogismo que produzia a Decisão Judicial. A norma era a premissa maior; os fatos, a premissa menor; e a sentença era a conclusão. E o juiz, ainda no modelo tradicional, era o profissional que desempenhava uma função técnica de conhecimento; revelar, no caso concreto, a solução que estava pré-pronta na Norma Jurídica.” (BARROSO, Roberto Luiz. **Casos difíceis e a criação do Direito**. Seminário Teoria da Decisão Judicial : 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília : CJF, 2014, 186 p. : Il. – Série cadernos do CEJ; 30.)

240 “A segunda grande mudança de paradigma foi o advento de uma cultura pós-positivista. O Positivismo jurídico fazia com que o Direito coubesse integralmente dentro das normas jurídicas. Mas, neste universo em que a solução para os problemas muitas vezes não se encontra integralmente nas normas jurídicas, o juiz precisa ir procurá-la em outro lugar, e é nesse ambiente que o Direito se aproxima da filosofia Moral, que é a teoria da justiça, em que o juiz se aproxima da filosofia política, que é a sua legitimidade democrática e o seu dever de realizar os fins públicos previstos constitucionalmente.” (BARROSO, Roberto Luiz. **Casos difíceis e a criação do Direito**. Seminário Teoria da Decisão Judicial : 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília : CJF, 2014, 186 p. : Il. – Série cadernos do CEJ; 30.)

O sentimento do justo e da correção advindas do procedimento hermenêutico subjetivista decorrem do extralegal senso de justiça do Intérprete, que não se vê limitado pela obrigatoriedade de se lastrear nas Fontes do Direito²⁴¹.

Apesar do aparente salto evolutivo entre as duas linhas de pensamento, objetivista e subjetivista, elas continuam de certa forma convivendo no atual cenário interpretativo judiciário, todavia, cada uma servindo para solução de um tipo diferente de casualidade, denominados respectivamente de casos fáceis e de casos difíceis.

Nestas teorias, quando o magistrado depara-se com um caso que considera fácil (e essa escolha também é livremente realizada pelo intérprete), entendendo por casos fáceis aqueles que encontram soluções pré-prontas em uma regra, encerra-o empregando a linha hermenêutica objetivista, através de um silogismo lógico-dedutivo, aplicando a norma geral ao caso concreto, promove como resultado a solução do litígio.

Caso diferente ocorre quando se trata de caso que o Intérprete considera difícil (ainda escolhas lastreadas em razões extralegais), e podem ser considerados casos difíceis aqueles em que se encontram ambiguidades e indeterminações na linguagem na norma, quando inexistir uma norma que solucione o caso ou existirem normas conflitantes para solução do litígio e por desacordo moral razoável entre Intérpretes²⁴², para estes casos o Julgador utilizará a linha hermenêutica subjetivista.

241 “O subjetivismo apresenta várias vertentes e tem como ponto comum a crença que o texto legal possui vasto número de possíveis significados, sendo que a interpretação consiste em escolher um desses, processo no qual o juiz, expressando seus valores pessoais (extralegais), efetivará a escolha. Nesta concepção, os juízes, e não as Regras, possuem a função criativa do significado (norma).

Em tal visão, acredita-se que o senso de justiça subjetivo inerente ao julgados será a mola mestra para a solução do litígio de forma justa. [...]”.(LUIZ, FERNANDO VIEIRA. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada a constituição de Lenio Streck**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle, Locais do Kindle 652-655.)

242 BARROSO, Roberto Luiz. **Casos difíceis e a criação do Direito**. Seminário Teoria da Decisão Judicial: 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília : CJF, 2014, 186 p. : Il. – Série cadernos do CEJ; 30.

Crítica que deve ser dirigida as estas duas linhas hermenêuticas, objetivismo e subjetivismo, é a indubitável atividade discricionária por parte do Intérprete.

Na linha hermenêutica do Objetivismo a aceitação da Discricionarietà do Intérprete é decorrência natural da falácia da integridade do ordenamento, tanto em Kelsen quanto em Hart ele é autorizado a atuar de forma discricionária quando dentro do ordenamento não encontrar a resposta adequada para o caso concreto, as lacunas, podendo fazer usos de meios estranhos as Regras, mas aparentemente nos limites autorizados por elas.

O Positivismo Jurídico nos moldes tratados por Kelsen deixa claro a impossibilidade das Regras suprirem todas as questões que podem ser apresentadas para decisão, todavia, o próprio ordenamento daria solução para essas questões, mas ainda dentro de outras fontes autorizadas pelo próprio ordenamento, situação que funcionaria como uma moldura para um quadro, ficando o Intérprete com liberdade para, dentro daquela moldura, encontrar a melhor solução para o caso²⁴³.

Para Kelsen claramente a moldura deveria ser limite do Intérprete no conhecimento da norma geral e na sua aplicação ao caso concreto²⁴⁴.

243 “Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador – a determinar por qualquer forma que seja – ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 390-391.)

244 “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão

Hart não utilizou a figuração da moldura, mas não negou a impossibilidade do Positivismo abarcar solução para todas as questões litigiosas, existindo casos ambíguos ou incertos decorrentes da linguagem utilizada na elaboração da norma, tratando o ordenamento, nestes casos específicos, com o conceito de 'textura aberta', onde também se autoriza Discricionariedade²⁴⁵.

Quanto à hermenêutica subjetivista, a Discricionariedade também é sua característica, até porque essa linha de pensamento parte do axioma de que não existe uma única solução correta para o caso concreto, mas um conjunto de soluções possíveis, diferenciando do objetivismo pois essas respostas não necessariamente são encontradas no ordenamento jurídico ou entre as Fontes de Direito legitimadas, mas através das escolhas do Intérprete, levando em consideração seu senso de correção e justiça.

A hermenêutica subjetivista serve como expediente para os seguidores do paradigma denominado Pós-Positivismo, sendo a ferramenta certa encontrada para se interpretar e aplicar os direitos sociais positivados nas Constituições Contemporâneas promulgadas na metade final do Século XX, normalmente na forma de Princípios Constitucionais, reforçando o papel destas constituições, centro do sistema jurídico.

que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 390-391.)

245 “A textura aberta do Direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.[...] Aqui, na franja das Regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de Regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. Num sistema em que o stare decisis é firmemente reconhecido, esta função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo. Em Inglaterra, este facto é muitas vezes obscurecidos pelas aparências: Porque os tribunais frequentemente negam qualquer função criadora desse tipo e insistem em que a tarefa apropriada da interpretação da lei e do uso do precedente é, respectivamente, procurar a ‘intenção do legislador’ e o Direito que já existe.” (HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. pp. 148-149.)

Procurar-se-á elencar três autores que possuem teorias hermenêuticas que seguem a linha subjetivista, não se pretendendo neste trabalho um aprofundamento filosófico nas teorias que cada um deles promove, mas singelamente demonstrar suas principais características. A importância destes autores para dogmática jurídica aponta de forma clara a abrangência dessa linha de pensamento, tratam-se das teorias argumentativas de Neil MacCormick, Robert Alexy e Manuel Atienza.

a) Neil MacCormick

MacCormick pretendeu na sua Teoria da Argumentação um ressurgimento da lógica dedutiva aplicada juridicamente, tratando-se claramente de uma argumentação jurídica dedutiva. Ele propôs demonstrar e discutir os pressupostos, limites e a defesa da função do argumento lógico dedutivo na elaboração da Decisão Judicial, para tanto reforçando o papel da justificação de primeira e de segunda ordem.

Uma argumentação dedutiva objetiva demonstrar que a proposição conclusiva de uma argumentação está implícita em alguma de suas premissas (premissa maior - a norma, premissa menor - os fatos), estando válida se, não importante o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato resultem na conclusão, podendo ser expressa através da conhecida fórmula 'se p, então q; p, logo q'. A veracidade da conclusão decorrer da veracidade das premissas, que se mostra uma questão empírica²⁴⁶.

MacCormick defendeu que o método lógico-dedutivo poderia ser aplicado no campo do Direito, especialmente na formulação das decisões judiciais, todavia, para isso fundamentou que a veracidade das premissas não teria fundamento em

246 "No atual contexto, porém, estamos interessados não na demonstração de verdades lógicas, mas em sua aplicação, ou seja, a aplicação de formas de argumentação logicamente válidas em contextos Legais. Logo, é importante destacar que a validade lógica de um argumento não garante a veracidade de sua conclusão, do fato de ser válida a argumentação decorre que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão deverá ser verdadeira; mas a própria lógica não tem como determinar ou garantir a veracidade das premissas. Se elas são ou não verdadeiras é (ou pelo menos pode ser) uma questão empírica" (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 30-31.)

experiências empíricas.

A premissa maior, a norma ou outros critérios de julgamento, encontra seu fundamento de veracidade imbricado no conceito de validade, ou seja, eles seriam verdadeiros se forem consideradas válidas dentro do sistema jurídico.

A premissa menor torna-se verdadeira pelo cumprimento dos procedimentos determinados para produção das provas, portanto, os fatos após provados no processo passam a ser considerada premissa verdadeira para os fins de se aplicar o método lógico-dedutivo²⁴⁷.

Por justificação MacCormick entende o ato de dar razão às escolhas realizadas quanto às premissas e ao resultado decorrente delas, persuadindo aos envolvidos no processo de que se está garantindo ‘a justiça de acordo com o Direito’.

A argumentação na teoria de MacCormick tanto é jurídica quanto prática, para aquela o Intérprete vai justificar suas escolhas demonstrando que os fatos foram comprovados de acordo com o método normatizado e as Regras aplicadas são vigentes, conformando as premissas, sob o enfoque da prática, o intérprete poderá justificar suas escolhas também do ponto de vista subjetivo, argumentos afetivos.

A aparente simplicidade teórica de se encontrar as premissas da lógica dedutiva não se mostra singela na prática, onde obstáculos de várias matizes se impõem, seja em referência a casos em que inúmeras premissas maiores ou menores devem ser articuladas pelo Intérprete para solução de um único caso

247 “Talvez devêssemos dizer que ela foi aceita como verdadeira para efeitos legais, senda que o motivo para preferir essa forma é o seguinte: o processo legal da ‘prova’ resulta em algum indivíduo detentor de autoridade (juiz ou júri) chegar a ‘conclusões sobre questões factuais’ com base nas provas apresentadas ou nas admissões as partes de um processo. Os ‘fatos’ que esse indivíduo ‘constata’ passam então a ser considerados como verdadeiros para os fins do litígio, e têm de ser aceitas como tal a menos e até que sejam “anulados” por algum órgão de autoridade superior no contexto de um recurso” (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 33.)

concreto, tanto quanto o problema apresenta-se especificamente na elaboração de cada uma das premissas, se expondo desde da dubiedade ou obscuridade na elaboração das normas, mesmo na sua inexistência para aplicar ao caso e até a divergência na produção das provas.

O Autor também resolveu decompor os casos concretos em fáceis e difíceis, mas com a denominação de casos evidentes e casos exemplares.

Aos casos fáceis ou evidentes aplica-se a lógica dedutiva, visto que as premissas são claras e sem controvérsias, chegando ao resultado final com a justificação lastreada no fundamento de que se empregou a norma geral vigente aos fatos estabelecidos²⁴⁸.

Os fatos difíceis, aqueles com problemas nas formulas das premissas, foram divididos em quatro situações, duas que envolvem as premissas normativas, problemas de interpretação e de pertinência, e outros dois as premissas fáticas, problemas de prova e de qualificação, onde a decisão não se pode realizar aplicando singelamente a lógica dedutiva de se fazer justiça de acordo com o direito²⁴⁹.

O problema de interpretação ocorre quando a norma ou outros critérios de julgamento admitem mais de uma leitura. O problema de pertinência e o exame da existência de uma norma ou outros critérios de julgamento aplicáveis ao caso. O problema de prova refere-se a valoração da prova colhida e o respeito aos métodos de prova aceitos pelo ordenamento. O problema de qualificação é a determinação

248 “Os juízes precisam fazer "justiça de acordo com a lei", não a justiça pura e simples. As normas do sistema jurídico fornecem uma concepção sólida da justiça que em circunstâncias normais - em que a justificação por dedução basta por si mesma - é cumprida em termos suficientes pela aplicação de normas pertinentes e aplicáveis segundo seus termos.” (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 93.)

249 “A solução desses casos não pode pela hipótese ser uma questão de justiça ‘de acordo com a lei’, no sentido específico de ‘conforme os dispositivos específicos das normas jurídicas válidas’. Nessas situações, ultrapassamos a orientação específica e determinada que as normas podem dar.” (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 94.)

dos fatos e saber qual deles integram ou são importantes para o exame do caso examinado.

A saída encontrada pelo autor para o exame destes problemas e a produção da decisão de casos difíceis, ou seja, no ambiente de vários caminhos possíveis e de falácias que devem ser afastadas, é uma justificação também mais elaborada, a argumentação que deverá ser promovida pelo Intérprete terá o efeito de justificar de forma apurada a decisão escolhida.

MacCornick indicou que para os casos difíceis, ou como denominou exemplares, a justificação se dará em dois níveis e deverá preencher alguns requisitos, especificamente o da universalidade (justificação em primeiro nível), além de ser consistente, apresentar coerência e apontar também argumentos consequencialistas (justificações em segundo nível)²⁵⁰.

O requisito da universalidade reclama que o Intérprete justifique a decisão sempre com uma das premissas expressando uma norma geral ou um Princípio Jurídico, e MacCormick elencou especificamente aplicar o conceito de justiça formal como critério de justificação, adotando o conceito de justiça formal como a obrigação de se tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais, dando a cada um o que lhe é seu²⁵¹.

250 “Até este ponto, sem muita discussão, partiu-se do pressuposto de que exista uma distinção relativamente simples entre casos evidentes e casos exemplares. Nos primeiros, a justificação das decisões pode ser realizada por simples dedução a partir de normas claras e estabelecidas. Nos outros, como enfrentamos problemas de "interpretação", de "classificação" ou de "pertinência", precisamos recorrer a "justificação de segunda ordem". A dedução entra em jogo somente depois que se efetuou a parte interessante da argumentação, com o estabelecimento de uma deliberação nos termos da lei.” (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 258.)

251 “A exigência da justiça formal consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido.

[...]

Por banal que seja o fato de que as exigências da justiça formal estabelecem no mínimo uma razão presumível para a observância de precedentes, não é menos verdadeiro, embora seja observado com menor frequência, que essas exigências impõem sobre a decisão de disputas levadas a juízo, coerções tanto voltadas para o futuro como para o passado.”

[...]

A tese aqui defendida é, portanto, clara e direta. E a de que a noção de justiça formal exige

Na justificação de segundo nível o Intérprete vai apresentar as razões que fundamentaram a escolha de uma ou de outra norma geral para a solução do caso concreto, e também o motivo de afastamento de outras²⁵².

A justificação de segundo nível deverá demonstrar que a decisão faz sentido em relação ao sistema jurídico onde está sendo proferida (consistência e coerência), bem como faz sentido em relação ao mundo (argumentos consequencialistas), todavia, deve-se esclarecer que o autor parte da proposição de que o sistema jurídico é um corpo de normas coerente e coeso, representante valores e princípios importantes para o Estado e para sociedade, sendo um conjunto compreensível e racional²⁵³.

Para o autor o conceito do termo ‘decisão fazer sentido’ decorre da diferenciação que fez do que seria lógico do ponto técnico e do ponto de vista leigo ou usual. No primeiro caso, trata do método lógico dedutivo, onde as premissas só seriam ilógicas se fossem contraditórias²⁵⁴, na lógica do ponto de vista leigo e usual, a decisão seria ilógica se fosse injusta, portanto, ‘fazer sentido’ seria a aplicação da lógica do ponto de vista leigo, ou seja, ‘fazer sentido’ é decidir com justiça²⁵⁵.

Portanto, para que a decisão que solucione um caso difícil faça sentido

que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual” (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 93, 95 e 126.)

252 A justificação de segunda ordem deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais. E essas são escolhas a fazer dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante. Esse contexto impõe algumas limitações óbvias ao processo.” (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 129.)

253 “A ideia básica e de um sistema jurídico como corpo coerente e coeso de normas cuja observância garante certos objetivos valorizados que podem todos ser buscados em conjunto de modo inteligível.” (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P. 135.)

254 “No uso diário, porém, ‘ser lógico’ tem um sentido que é mais amplo e, sob alguns aspectos, diferente. Pode-se dizer que alguma ação ou estado de coisas é ‘ilógico’ na medida em que ‘não faz sentido’” (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 48.)

255 “Mas, quando se diz que uma determinada norma do Direito ‘não faz sentido’, o que geralmente se pretende dizer é que a lei estipula um padrão de conduta que é tolo, injusto ou irracional esperar que as pessoas cumpram.” (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 48.)

deverá ser justa, o que é alcançado se os argumentos forem consistentes, significando que não entrem em contradição com as normas e outros critérios de julgamento estabelecidas de modo válido no sistema jurídico²⁵⁶, e forem também coerentes, definido como a subsunção da decisão aos princípios gerais e aos valores aceitáveis pelo sistema jurídico, concordando que o sistema jurídico faz parte de um conjunto dotado de sentido²⁵⁷.

Com a argumentação consequencialista busca-se que a decisão faça sentido para além do sistema jurídico, mas também ao mundo, as consequências do resultado da dedução no mundo dos fatos devem fundamentar também a decisão, é o que se passa em seguida da Decisão Judicial. Os argumentos consequencialistas devem observar os efeitos da decisão e servirão para justifica-la, demonstrando que promove determinado estado de coisas desejáveis (fins), além de autorizar a avaliação de que pode ser considerada correta ou justa (razões de correção)²⁵⁸.

MacCormick pode ser apontado como um subjetivista porque sua teoria de argumentação ilustrada não consegue apontar, muito pelo contrário, aceita a

256 "Não se trata apenas de que uma decisão deva ser justificada por bons argumentos a partir de consequências e/ou a partir de princípios ou analogias. E também preciso demonstrar que ela não é incompatível com normas estabelecidas. Entretanto, a hipótese de uma determinada deliberação proposta ser ou não compatível com uma norma estabelecida pode simplesmente depender da interpretação que é atribuída a norma estabelecida" (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 256-257.)

257 "Já foi sugerido que o lugar desses argumentos depende de um postulado requisito de 'coerência' no Direito; 'coerência' no sentido de que as numerosas normas de um sistema jurídico desenvolvido deveriam 'fazer sentido' quando consideradas em conjunto. Conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou "concretas" dessa norma. Se alguém considerar essa norma mais geral uma norma sólida e sensata, ou justa e desejável para a condução de relações, essa pessoa poderá com acerto tratar essa norma como um "princípio" que tanto explica como justifica todas as normas mais específicas em questão ou qualquer uma delas." (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 197.)

258 "Os juízes, ao avaliar as consequências de possíveis deliberações apostas, podem atribuir pesos diferentes a critérios diferentes de avaliação: podem divergir quanto ao grau de injustiça percebida, ou do inconveniente previsto que resultará da adoção ou rejeição de uma determinada deliberação. De modo não surpreendente, eles divergem, as vezes de modo acentuado e veemente quanto a sua opinião final, considerados todos os aspectos, sobre a aceitabilidade ou inaceitabilidade de uma deliberação em exame. É nesse ponto que chegamos aos fundamentos das preferências de valor que moldam nosso raciocínio mas que não são demonstráveis por ele. Nesse nível, pode haver simplesmente diferenças insolúveis de opinião entre pessoas racionais e de boa vontade." (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 134.)

possibilidade de mais de uma resposta correta como solução do caso concreto, ademais, na solução dos casos difíceis (exemplares) o Intérprete poderá fundamentar a elaboração das premissas em critérios subjetivos de valores, política, interesse público ou justiça²⁵⁹.

A autorização para o Intérprete fazer uso, na elaboração das premissas (principalmente a premissa normativa), da dedução lógica de argumentos fundados em conceitos abertos (valores, justiça, políticas etc.) é a confirmação da liberdade do Julgador decidir de acordo com sua consciência, até porque as eventuais limitações impostas pela teoria de MacCormick, requisitos da universalidade, consistência, coerência e argumentos consequencialistas, também se prestam a interpretações livres²⁶⁰.

A argumentação consequencialista adotada por MacCormick para os casos difíceis, casos exemplares na sua denominação, é a concordância com a liberdade do Julgador, que assim poderá justificar a decisão com lastro em critérios pessoais²⁶¹.

259 “A existência dessas críticas apoia ainda mais a alegação de ser um requisito aceito da justificação o de que os juízes deveriam deixar clara a deliberação sobre a lei, sob cujo amparo estão agindo ao decidir um caso, e deveriam testá-la pela aplicação de critérios adequados de avaliação, como, por exemplo, "o senso comum", "a justiça", "a compatibilidade com Princípios Jurídicos" e "a política do interesse público". (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 194.)

260 “Em resumo, a teoria apresentada neste livro foi a de que o dever judicial de fazer a justiça de acordo com a lei é extremamente complexo. É um dever de proferir somente aquelas decisões que possam ser justificadas por um bom argumento justificatório. Na situação mais simples, em que todas as partes estão de acordo quanto à nítida aplicabilidade de uma norma clara, o único problema diz respeito a prova dos fatos; e uma vez que se chegue a uma conclusão sob esse aspecto, a decisão é justificada por uma simples argumentação dedutiva. No entanto, a alegada clareza de uma norma é intrinsecamente questionável, e podem ser levantados problemas de interpretação ou classificação: e ainda podem ser apresentadas reivindicações em circunstâncias nas quais nenhuma norma preestabelecida pareça determinar a questão - o "problema de pertinência". A justificação de decisões quando esse tipo de problema é levantado deverá ultrapassar "normas" conforme definidas pela tese da validade para princípios do Direito. Os princípios do Direito decerto autorizam decisões: se não houver nenhum princípio ou analogia pertinente para amparar uma decisão, essa decisão carecerá de justificação jurídica; e, se houver um princípio ou analogia pertinente, a decisão amparada desse modo será uma decisão justificável - mas a adução do princípio ou analogia, embora necessária, não é suficiente para uma completa justificação da decisão. A deliberação que rege diretamente o caso deve ser testada pela argumentação consequencialista bem como pela argumentação a partir da "coerência" envolvida no recurso ao princípio e a analogia". (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 325-326.)

261 “A argumentação consequencialista envolve a elaboração da deliberação universalizada

Ressalte-se, MacCormick até declara que não cabe ao Intérprete legislar, devendo fazer ‘justiça de acordo com a lei’, todavia, ao mesmo tempo abre o sentido do que seria uma lei válida para fundamentar a decisão, aceitando a racionalização de Princípios Gerais que seguem além da norma estabelecida, deixando clara a liberdade do intérprete nestas situações²⁶², com isso ocupando seu lugar entre os teóricos da linha subjetivista.

b) Robert Alexy

O autor Robert Alexy apresenta sua teoria argumentativa lastreada no discurso jurídico, como um ramo especial do discurso prático geral^{263, 264}, pertencendo ao campo das teorias denominadas procedimentais, onde a adequação das normas ou a verdade das premissas são resultado do respeito as regras de um

necessária para a decisão em pauta, examinando seu significado prático pela ponderação dos tipos de decisão que ela exigirá na faixa de casos possíveis que cobrir e avaliando esses tipos de decisão como consequências da deliberação. Essa avaliação não usa uma escala única de valores mensuráveis (a falácia benthamita é a crença em que escolhas de ordem prática podem ser submetidas a testes por uma semelhante escala única de valores mensuráveis). Ela envolve critérios múltiplos, que devem incluir no mínimo ‘justiça’, ‘senso comum’, política de interesse público” e ‘conveniência jurídica’." (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 329.)

262 “Entre as razões pelas quais esse é um requisito da justificação jurídica está a de que há limites para a esfera de ação da atividade judicial legítima: os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, não legislar para o que parecer a seus olhos urna forma de sociedade idealmente justa. Embora isso não queira dizer e não possa querer dizer que eles somente devem proferir decisões diretamente autorizadas por dedução a partir de normas válidas e estabelecidas do Direito, em certo sentido e até certo ponto, quer dizer, sim, e deve querer dizer que cada decisão, por mais aceitável ou conveniente por motivos consequencialistas, deve também ser autorizada pela lei como ela é. Na medida em que as normas detalhadas existentes sejam ou possam ser racionalizadas em termos de princípios mais gerais, princípios cujo teor vai além do âmbito de normas já estabelecidas, um fundamento suficiente e suficientemente legal existe para justificar como decisão legal alguma deliberação inovadora e a decisão particular sujeita a ela.” (MacCormick, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 329.)

263 “O resultado a que ele chega, a tese central da sua concepção, consiste em considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica, um caso especial do discurso prático geral, isso é, do discurso Moral.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 186.)

264 “Os discursos são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos em que se trata da correção das proposições normativas são discursos práticos. O discurso jurídico, como se mostrará, pode-se conceber como um caso especial do discurso prático geral que ocorre sob condições limitadas, como a lei, a dogmática e o precedente.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 179.)

procedimento²⁶⁵.

Alexy afirma que grande número de casos judiciais apresentados para solução não encontram resposta unicamente nas normas jurídicas²⁶⁶, seja pela imprecisão da linguagem, possibilidade de conflitos de normas, inexistência de regulamentação de normas válidas ou ainda possibilidade da melhor solução buscada pelo Intérprete contrariar a literalidade da norma, nesses casos caberá a ele um grande campo de atuação onde deverá escolher entre várias soluções estranhas as normas jurídicas²⁶⁷, apontando a importância dos Princípios de Direito, nesse ponto está-se diante de escolhas valorativas, juízos de valor do Intérprete.

O autor apresenta com sua teoria, grosso modo, um método de racionalizar a argumentação para fornecer subsídios ao Intérprete poder decidir esses casos que não encontram resposta na Regras, onde devem ser levadas em consideração as convicções aceitas e eventuais precedentes, mas também exigindo critérios de correção, sem com isso cair em um infinito argumentativo²⁶⁸.

A teoria de Alexy apresentou uma saída para o que foi denominado de 'dilema

265 “Referido ao discurso prático, isso quer dizer que um enunciado normativo é correto ‘apenas se pode ser resultado de um procedimento P’ (Alexy, 1985b, p. 45).” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 192.)

266 “Em grande número de casos, a Decisão Jurídica que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõe vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19.)

267 “Para tanto, há no mínimo quatro motivos: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não sabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 19-20.)

268 “Daqui se depreende claramente que a alternativa não pode ser: orientação com base nas próprias ideias ou nas daqueles em cujo o nome se aplica o Direito ou ainda nas daqueles que discutem as questões jurídicas há tempos. Deve-se sim exigir um modelo que, por um lado, permita levar em conta as convicções aceitas e os resultados das discussões jurídicas precedentes e, por outro lado, deixe espaço para os critérios do correto. A teoria a se desenvolver aqui pretende, entre outras coisas, oferecer tal modelo.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27.)

de Münchhausen', ele ocorre quando a justificação de uma proposição é realizada através de outra proposição, tornando a situação um círculo sem fim, pois sempre a nova proposição necessitaria de outra para ser justificada, positiva ou negativamente, a solução para encerrar o dilema foi substituir a justificação sem fim por uma decisão, para tanto seria indispensável a elaboração de regras de justificção, a discussão (discurso prático geral) seria promovida mediante um procedimento articulado e limitador para se chegar a um resultado através da decisão²⁶⁹.

A proposta teórica de Alexy é a normatização da argumentação, através de uma série de regras argumentativas que o Intérprete deveria seguir para produzir um discurso prático geral²⁷⁰. Esta teoria, na visão do autor, poderia ser aplicada para além do discurso prático geral, alcançando também o discurso jurídico, inclusive nos discursos morais²⁷¹.

A argumentação jurídica promovida por Alexy é produzida também seguindo regras previamente estabelecidas, e a racionalidade do discurso decorre da obediência destas regras, até porque, como os argumentos jurídicos são abertos (imprecisos, ambíguos ou obscuros), e com os debatedores buscando não necessariamente a verdade dos fatos ou a decisão justa, mas sim a defesa de seus interesses pessoais, a observação das regras argumentativas, apesar de não garantir o consenso com a decisão final, pode-se alcançar uma maior probabilidade

269 “Um regresso ao infinito apenas poderá ser evitado caso a fundamentação se interromper em algum momento e se substitui por uma decisão que já não se tem de fundamentar. [...]

Essa situação designada por Albert como o ‘trilema de Münchhausen’ possui uma saída. A situação pode-se evitar se a exigência de uma fundamentação de cada proposição por meio de outra proposição se substitui por uma série de exigências na atividade de fundamentação. Essas exigências podem formular-se como Regras do discurso racional” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 178-179.)

270 “A teoria do discurso pode ser formulada integralmente por meio de Regras, porque não se estabelece nenhuma prescrição sobre como devem ser os indivíduos.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 192.)

271 “Alexy, pelo contrário, parte de uma teoria da argumentação prática geral que ele projeta, depois, para o campo do Direito.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 185.)

de concordância²⁷².

A pretensão de correção na teoria argumentativa de Alexy é resultado da obrigação do Intérprete fundamentar sua decisão, justificando o caminho escolhido e a solução apresentada, sendo claro que o Intérprete ao argumentar e decidir deseja que sua justificação seja considerada correta, assim como o resultado final do processo interpretativo, no caso a solução construída para o caso concreto²⁷³. A aceitação da correção não decorre do consenso entre os debatedores, tratando-se de uma teoria procedimental, Alexy entende que a pretensão de correção é o resultado do discurso racional regido pelas regras que o constituem, ou seja, a correção decorre de se cumprirem os procedimentos da argumentação, independente do consenso com a decisão final²⁷⁴.

A argumentação jurídica é vinculada à ideia de *práxis*, versando sobre o que seria obrigatório, proibido e permitido, tendo também uma pretensão de correção, todavia, o seu procedimento encontraria limites na vinculação necessária dos argumentos à lei, precedente e a dogmática²⁷⁵, mas regra geral, novamente essa simplicidade não é encontrada na realidade prática, e a solução de inúmeros casos não encontra justificativa na lei, nos precedentes ou na dogmática.

272 “Por isso, mostra-se racional a introdução de forma e Regras especiais da argumentação jurídica, sua institucionalização como Ciência do Direito e sua inclusão no contexto dos precedentes. Dessa forma, na área de incerteza deixada pelas normas jurídicas, pode-se limitar ainda mais na área do possível discursivamente” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 280.)

273 “Em primeiro lugar, pode-se comprovar que em todas as formas de discurso jurídico se efetuam fundamentações. Mas quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, sua afirmação correta.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 212.)

274 “Contestando precisamente uma crítica de Weinberger, Alexy afirma que ‘o critério real de correção não é o consenso, e sim cumprir o procedimento’ (Alexy, 1988b, p. 67).” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 221.)

275 “O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso prático geral. Enquanto caso especial do discurso prático geral, ele é caracterizado pela existência de uma série de condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 548.)

Alexy dividiu a justificação em dois tipos, justificação denominada interna, que examina se a decisão seguiu logicamente as premissas que foram apresentadas como fundamentação, garantindo o respeito ao silogismo lógico, e externa, que examina a correção destas mesmas premissas²⁷⁶.

A justificação interna ocorre quando o Intérprete obedeceu aos critérios que caracterizam um 'silogismo-dedutivo' durante a argumentação, onde a Decisão Jurídica encontra fundamento em pelo menos uma norma universal (geral) e deve seguir logicamente desta norma, e quanto mais complexos forem esses casos deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento do silogismo para se esclarecer e alcançar o resultado racional desejado²⁷⁷.

Necessário esclarecer que a norma universal tratada no silogismo jurídico da justificação interna não necessariamente é norma positivada, a Regra, pois como Alexy já deixou claro, nos casos mais complexos as premissas muitas vezes não são deduzidas de qualquer lei, ressaltando que justificar essas premissas de origem estranha ao ordenamento é a função da justificação externa²⁷⁸.

A justificativa externa tem a finalidade de analisar as premissas articuladas

276 “Podem distinguir-se dois aspectos da justificação: a justificação interna (internal justification) e a justificação externa (external justification). Na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação. O objeto da justificação externa é a correção destas premissas.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 219.)

277 “Os problemas ligados à justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o nome de 'silogismo jurídico'. Atualmente há uma série de publicações em que se trata dos problemas relativos ao tema, aplicando-se os métodos da lógica moderna.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 219.)

278 As observações anteriores podem gerar alguns mal-entendidos. O mais grave é o de interpretar as exigências de dedutibilidade lógica expressa por meio de (j2.2), de maneira que a fundamentação jurídica somente consista na dedução a partir das normas previamente dadas. [...] Em muitos casos, a norma com que se começa não é nem sequer uma norma de Direito positivo. A exigência da dedução conduz precisamente ao contrário do ocultamento da parte criativa da aplicação do Direito: as premissas não extraídas do Direito positivo aparecem explicitamente em toda sua extensão. Esse é talvez o aspecto mais importante da exigência de justificação interna. Fundamentar essas premissas não extraídas diretamente do Direito positivo é tarefa da justificação externa.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 226.)

pelo Intérprete no seu discurso, sua correção e sua caracterização como premissas jurídicas aceitáveis e passíveis de dar uma solução para o caso.

Para justificativa externa, que nada mais é que a seleção de quais premissas podem e serão utilizadas para fundamentar a decisão, justificando essas escolhas²⁷⁹, Alexy propõe novamente regras de interpretação, buscando interconectar os vários tipos de argumentação elencadas por ele, que podem ser Regras de Direito Positivo, enunciados empíricos ou enunciados que não se encaixam nem no Direito Positivo ou nos enunciados empíricos²⁸⁰.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy se desenvolve em quatro níveis, o do (1) discurso prático geral; o do (2) processo legislativo; o do (3) discurso jurídico; e o do (4) Processo Judicial.

Nesse primeiro nível, do discurso prático geral, examina-se o caso através das regras da razão prática aplicáveis, mas por sua generalidade e falta de juridicidade, não conduzem apenas a um resultado em cada caso, e nem mesmo a um resultado jurídico, podendo derivar inclusive em um círculo infinito de silogismos²⁸¹, tornando necessário o segundo nível, processo legislativo. Através do processo legislativo, procedimento institucionalizado, é criado o Direito como normas

279 “O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Ditas premissas podem ser de tipos bastante diferentes. Pode-se distinguir: (1) Regras de Direito positivas, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem Regras de Direito positivo.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 228.)

280 “A estes diferentes tipos de premissas correspondem distintos métodos de fundamentação. A fundamentação de uma regra de Direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as Regras de ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são nem enunciados empíricos nem Regras de Direito positivo aplica-se o que se pode designar de ‘argumentação jurídica’” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 228.)

281 “A necessidade do discurso prático surge da debilidade das Regras e formas do discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que em numerosos casos não leva a nenhum resultado e que, se leva a um resultado, não garante nenhuma segurança definitiva” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 279.)

universais²⁸², todavia, o legislativo não possui condições de determinar de antemão a solução única para cada caso concreto, sendo essencial então o terceiro nível da teoria argumentativa de Alexy, o discurso jurídico. No discurso jurídico, mesmo não sendo institucionalizado, vão-se encontrar os limites da discussão, pois ao contrário do discurso prático geral, no discurso jurídico as decisões serão vinculadas aos fatos, as leis, aos precedentes e a dogmática²⁸³, mas com todas as suas dubiedades e alternativas interpretativas, o que não elimina a incerteza do resultado, o que leva ao quarto nível da teoria de Alexy, que trata do Processo Judicial. O Processo Judicial é instrumento devidamente institucionalizado, onde se argumenta e também se decide, nessa fase da argumentação, as questões valorativas eventualmente deixadas em aberto no exame do material normativo (critérios de julgamento) nas outras três fases (níveis) são objetos de deliberação mas também de decisão, sendo esse resultado considerado racional se suas regras e sua execução satisfizeram os requisitos dos outros três níveis argumentativos, mesmo nesse último nível é possível encontrar mais de uma resposta possível, todavia, a decisão final promovida é adjetivada como racional pois seguiu as regras do procedimento argumentativo²⁸⁴.

Sem muito esforço ressumbra claro o subjetivismo da teoria de Alexy, seja porque o Intérprete pode se utilizar de argumentos estranhos ao ordenamento

282 “Isto torna necessário, no segundo nível, um procedimento institucional de criação do Direito, no âmbito do qual não apenas se argumenta, mas também se decide. Um exemplo paradigmático de um tal procedimento é o processo legislativo do Estado Democrático constitucional, o qual é definido por um sistema de Regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 550.)

283 “Se se quer sempre preencher o campo de indeterminação que surge desta forma unicamente por meio da argumentação prática geral, as debilidades desta argumentação continuarão afetando a Decisão Jurídica em grau considerável. Por isso, mostra-se racional a introdução de formas e Regras especiais da argumentação jurídica, sua institucionalização como Ciência do Direito e sua inclusão no contexto dos precedentes” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 280.)

284 “Mas, em razão da necessidade de uma argumentação prática geral no âmbito da argumentação jurídica, a incerteza quanto ao resultado não é eliminada. Isso leva à necessidade de um quarto procedimento – nesse caso, institucionalizado em sentido estrito -, a saber, o Processo Judicial, no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apensar se argumenta, mas também se decide. Os resultados desse procedimento são racionais se suas Regras e sua execução satisfizerem os requisitos dos primeiros três procedimentos.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 551.)

jurídico para fundamentar a decisão, inclusive justificações morais, evidenciando ainda que o autor trata como critério de correção da decisão a necessidade que ela se coadune com uma finalidade de justiça, termo abstrato e que exige valorização por parte do Intérprete, ademais, a teoria de Alexy também aceita de que é possível encontrar mais de uma decisão correta solução do caso concreto²⁸⁵.

c) Manuel Atienza

O autor Manuel Atienza apresentou sua Teoria da Argumentação Jurídica como um projeto que deve ser desenvolvido sob três perspectivas, no caso seu (a) objeto, seu (b) método e a sua (c) função, buscando deixar claro o que sua teoria pretende explicar-se, o método que utilizará para realizar essa explicação e para que servirá essa explicação, ou seja, a sua finalidade²⁸⁶.

Quanto ao objeto da teoria argumentativa defendida por Atienza, ou seja, o que deve ser explicado, o autor abordou a questão sob alguns enfoques, o primeiro alertando que em grande parte a preocupação das teorias padrão se referem as normas, deixando de lado a argumentação quanto aos fatos, portanto, aponta que

285 “Que un caso caiga dentro del ámbito de apertura del derecho positivo significa que el derecho positivo no establece una solución. Si el juez estuviese vinculado exclusivamente por el derecho positivo, cuando se agotasen las razones jurídicopositivas siempre podría resolver el caso según sus preferencias personales o, simplemente, echándolo a suertes. Sin embargo, esto sólo sería compatible con la pretensión de corrección si no existiese ningún otro tipo de razones para la corrección de una decisión jurídica, al margen de las razones del derecho positivo. Pues bien, las decisiones jurídicas son respuesta a cuestiones prácticas, y más allá de la categoría de las razones jurídico-positivas existe un sinnúmero de razones para responder a cuestiones prácticas. El espectro va desde las consideraciones de conveniencia hasta los principios de justicia, pasando por las concepciones acerca del bien y del mal arraigadas en la tradición.

Justicia es la corrección en la distribución y la compensación, y las cuestiones de justicia son cuestiones Morales. Las decisiones jurídicas tratan, pues, esencialmente de distribución y compensación. Por ello las decisiones jurídicas tratan esencialmente de cuestiones Morales. Esto, junto con la necesidad con la que se formula la pretensión de corrección en las decisiones jurídicas, da lugar a una vinculación necesaria entre la argumentación jurídica y la argumentación Moral. Esta vinculación necesaria de argumentos no significa que las decisiones jurídicas Moralmente defectuosas no puedan tener validez jurídica, pero sí que tales decisiones son defectuosas no sólo Moral, sino también jurídicamente. De esta manera la idea de justicia se incorpora al concepto del derecho (ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Comares: Granada, 2005. p.22-23).

286 “Uma teoria da argumentação jurídica deve ser avaliada a partir de três perspectivas, isto é, considerando qual é seu objeto, seu método e sua função. Por outras palavras, tratar-se-ia de ver o que explica a teoria em questão, como explica e para quê, isto é, que finalidade instrumental ou não, manifesta ou latente, ela cumpre.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 254.)

sua proposta de teoria argumentativa se preocupa com os fatos dentro do raciocínio jurídico, e com isso caminha para se aproximar de teorias da argumentação de outras áreas do conhecimento (argumentação científica, argumentação da vida ordinária etc)²⁸⁷.

Como segundo enfoque, o autor demonstrou que uma teoria da argumentação deve também se preocupar com os raciocínios realizados quando da produção do Direito, não podendo deixar de ser objeto da argumentação jurídica o processo de elaboração das normas²⁸⁸, o que conduziria a feitura de um Direito que respeitasse a diversos níveis de racionalidade²⁸⁹.

O terceiro ponto de vista tratado por Atienza quando versou sobre o objeto da teoria argumentativa, é a necessidade de se analisar também as questões que não se resolvem através da imposição de uma resposta ao litígio, devendo a argumentação também servir de instrumento para fomentar a resolução de problemas jurídicas que encontram solução através de mediação ou negociação²⁹⁰.

Como último ponto levantado pelo autor quanto ao objeto da teoria

287 “Por outro lado, obrigaria a considerar que a teoria da argumentação jurídica não apenas há de se desenvolver em contato próximo com a teoria Moral e com o que, normalmente, se chama ‘teoria do Direito’, como também com a sociologia do Direito, entendida esta como teoria sociológica e como investigação de tipo empírico.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 255.)

288 “Em segundo, a teoria da argumentação jurídica teria de dar conta não só dos raciocínios produzidos na elaboração da dogmática jurídica e na interpretação e aplicação do Direito, como também da argumentação que ocorre no âmbito da produção do Direito.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 255.)

289 “Na minha opinião (cf. Atienza, 1989b), a legislação – e em geral o processo de produção das normas jurídicas – pode ser vista como uma série de interações que ocorrem entre elementos diferentes: os redatores, os destinatários, o sistema jurídico, os fins e os valores das normas. Isso leva também a considerar que a racionalidade legislativa pode ser contemplada de vários níveis, e cada um deles parece sugerir um tipo característico de argumentação.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 256.)

290 “[...] a teoria padrão da argumentação jurídica só considera o processo a que se costuma denominar ‘adjudicação’, esquecendo-se, quase por completo, de que a resolução de problemas jurídicos é, com muita frequência, resultado de uma mediação ou de uma negociação, o que significa um processo que não consiste apenas em aplicar normas jurídicas [...]” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 257.)

argumentativa, declara que ela deve ser além de prescritiva também descritiva, ou seja, os argumentos devem levar em conta também o que ocorre de fato na vida jurídica, ademais, a argumentação deveria se debruçar tanto com o momento da justificação quanto da descoberta^{291, 292}.

Quanto ao método que deverá ser articulado para promover a argumentação, deverá representar da forma mais real possível o processo natural de argumentação, como de fato os juristas argumentam e decidem, bem como apresentar critérios para se analisar a correção dos argumentos e da decisão final²⁹³.

Tratar-se-á inicialmente de demonstrar a representação de uma argumentação padrão de acordo com a Teoria da Argumentação de Atienza, em seguida imprescindível versar sobre o que o autor declarou sobre casos fáceis, difíceis e sua denominação para casos trágicos, e por fim, quanto ao método de argumentação, abordar-se-á o critério de correção.

Atienza entende que a lógica dedutiva não seria um instrumento suficiente para se argumentar e decidir, principalmente quando se tratar de um caso difícil ou trágico, até porque, afirma o autor, que a argumentação jurídica não se desenvolve através de um processo linear, onde as premissas vão se articulando logicamente numa linha de tempo sem interrupções, mas sim de uma forma em teia, uma cadeia

291 “Por um lado, dentro do contexto da justificação, precisa-se contar não só com critérios sobre como as decisões serão justificadas (i. e., sobre como se há de argumentar para considerar que a decisão resultante está justificada), como também com um método que permita descrever como se fundamentam de fato as decisões tomadas.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 258.)

292 “Explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar esa decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, p. 266.)

293 “Para ser considerada plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem de dispor – como acabei de dizer – de um método que permita representar adequadamente o processo real da argumentação – pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmado nas sentenças e em outros documentos jurídicos -, assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção – ou a maior ou menor correção – dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, pp. 258-259.)

de argumentos e premissas, como uma trama de tecido²⁹⁴.

O modelo proposto por Atienza de reconstrução racional do processo de argumentação se desenvolve, para casos difíceis, seguindo alguns passos, em primeiro lugar impõe-se identificar o problema que deve ser solucionado, e estes podem ser problemas de pertinência (dúvidas sobre a norma aplicável ao caso), de interpretação (dúvida sobre o que diz a norma), de qualificação (dúvida se determinado fato faz parte do problema), alertando que estes problemas podem ser combinados em um caso complexo²⁹⁵.

O segundo passo, após estabelecida(s) qual(ais) a(s) espécie(s) de problema(s) deve(m) ser solucionado(s), é analisar se ele surge por insuficiência de informações ou por excesso de informações²⁹⁶.

O passo seguinte, terceiro, é o da construção de hipóteses de solução do problema, elaborando novas premissas, decorrendo o problema de insuficiência de informações, a nova premissa deve ser no sentido de ampliar a norma geral ou qualquer outro elemento legítimo de decisão de que se parte para alcançar o caso, tratando de excesso de informações, caberia então optar por uma das informações, entre as diversas interpretações da Fonte de Direito articulada, para então descartar

294 “Por outro lado, o processo de argumentação não é, por assim dizer, linear, mas antes reticular; seu aspecto não uma cadeia, e sim a trama de um tecido.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 259.)

295 “1) Problemas de pertinência, que ocorre quando há dúvidas sobre qual seja a norma aplicável ao caso. [...] 2) Problemas de interpretação, que surge quando existem dúvidas sobre como se há de entender a norma ou as normas aplicáveis ao caso. [...] 3) Problemas de prova, que se propõem quando há dúvidas sobre se um determinado fato ocorreu. [...] 4) Problemas de qualificação, que surge quando há dúvidas sobre se um determinado fato, que não é discutido recai ou não no campo de aplicação de um determinado conceito, contido no caso concreto ou na consequência jurídica da norma.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, pp. 263-64.)

296 “[...] é preciso determinar se ele surge por uma insuficiência de informações (i. e., a norma aplicável ao caso é uma norma particular que, em princípio, não cobre o caso submetido à discussão) ou, por um excesso de informação (a norma aplicável pode, em princípio, ser entendida de várias maneiras incompatíveis entre si).” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 264.)

as demais²⁹⁷.

O último passo para elaboração de decisão é o de justificar as hipóteses de solução articuladas, ou seja, apresentar os argumentos favoráveis a decisão tomada, para tanto o intérprete deverá se utilizar de formas ou estratégias argumentativas²⁹⁸, e novamente dividindo os casos em insuficiência ou excesso de informações, naquele se poderá utilizar uma argumentação *a pari* ou *a simili*, uma argumentação *a contrario* ou *a fortiori*²⁹⁹ e em se tratando de excesso de informações poderia o intérprete fazer uso de argumentos *reductio ad absurdum*, mostrando que determinadas interpretações não são possíveis pois os resultados são inaceitáveis³⁰⁰.

A teoria argumentativa aparentemente chega ao seu final com o quarto passo, todavia, Atienza acrescenta mais um momento indispensável para elaboração da decisão, no caso a solução encontrada deve ainda respeitar o critério de correção, para tanto deve também ser verificada sua congruência com as teorias da equidade, discricionariedade ou da razoabilidade, bem como incorporar conteúdos de política

297 “Em terceiro, é preciso construir hipóteses de solução para o problema, isto é, é preciso construir novas premissas, para criar uma nova situação informativa que contenha uma informação necessária e suficiente com relação à conclusão.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 264.)

298 “Deve ficar claro que os argumentos são enunciados – empíricos, normativos etc. – apresentados a favor de outros enunciados, e, assim, tanto a analogia quanto a redução ao absurdo não são propriamente argumentos, e sim estratégias ou forma de argumentação que, evidentemente, podem aparecer entrelaçadas num processo de argumentação complexo.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 266.)

299 “[...] é preciso passar a justificar as hipóteses de solução formuladas, quer dizer, é preciso apresentar argumentos a favor da interpretação proposta. Se se trata de um problema de insuficiência de informações, a argumentação – entendendo-se como tal o conjunto de argumentos apresentados e estruturados de uma determinada forma – pode ser chamado, em sentido amplo, analógica. Na argumentação analógica, por outro lado, é possível distinguir, por sua vez, diversas formas de argumentar, conforme se use uma argumentação *a pari* ou *a simili*, uma argumentação *a contrario* ou uma argumentação *a fortiori*.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 265.)

300 “Se se tratar de um problema de excesso de informações, a argumentação ocorrerá mediante o esquema da *reductio ad absurdum*. O que, no uso desse tipo de argumentação, tenta-se mostrar é que determinadas interpretações não são possíveis porque levariam a consequências inaceitáveis [...]” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, pp. 265-266.)

pública e moral^{301, 302}.

A divisão em casos fáceis ou difíceis também foi aceita por Atienza, indicando com isso dois modos diferentes de se argumentar e decidir estas situações, todavia, o autor acrescentou uma terceira espécie de casos, que denominou de casos trágicos.

Os casos fáceis são aqueles em que se partem de premissas claras e precisas, que não necessitam ser discutidas, por isso o esforço argumentativo é mínimo e as conclusões decorrem de silogismo lógico-dedutivo, ou seja, é suficiente para se decidir a ‘justificação interna’³⁰³.

Os casos difíceis, por sua vez, são aqueles que, tanto do ponto de vista dos fatos quanto do Direito, podem apresentar, como acima já foram apontados, problemas de pertinência, de interpretação e de qualificação, para solução destes tipos de caso não é suficiente a ‘justificação interna’, e necessária a ‘justificação externa’, que se atinge com a aplicação do método descrito³⁰⁴.

Atienza conceituou os casos que denominou como trágicos aqueles que não

301 “E se se pensa que tem sentido discutir qual dessas três soluções é a correta ou a mais correta, parecer que precisaríamos ampliar a noção de racionalidade prática, lembrando anteriormente, para que ela abarcasse uma teoria da equidade, da Discricionariedade ou da razoabilidade que oferecesse algum tipo de critério para lidar nos casos difíceis, por mais que tais critérios possam ser discutíveis e não tenham a solidez dos outros. Uma tal teoria, por outro lado, não poderia ter um caráter puramente ou essencialmente formal, mas teria necessariamente de incorporar conteúdos de natureza política e Moral.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 269.)

302 “Como se ve, la argumentación jurídica implica la utilización de criterios Morales dentro de los límites establecidos por el Derecho, los cuales, en los Estados constitucionales, suelen ser muy amplios, pues los principios constitucionales – como ya se ha visto – vienen a ser una juridificación de la Moral.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, p. 279.)

303 “Los casos fáciles son aquellos em los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, pp. 278-279.)

304 “[...] em los casos difíciles la lógica sigue jugando un papel muy importante. Lo que ocurre es que aqui no asta con la ‘justificación interna’, sino que a ella hay que añadirle la ‘justificación externa’, esto es, se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o de la premisa fáctica, y razones que no pueden tener un carácter puramente formal, lógico.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, pp. 278-279.)

encontram solução no Direito ou nos Princípios, as soluções para os casos trágicos são encontradas somente fora do sistema jurídico, afirmando o autor que “nem sempre é possível fazer justiça por meio do Direito”, para esses casos a fundamentação deve seguir as regras dos casos difíceis, mas a decisão vai estar intimamente vinculada entre o Direito e a Moral³⁰⁵.

A Teoria da Argumentação Jurídica idealizada por Atienza precisa cumprir basicamente três funções, a primeira é de contribuir para o desenvolvimento de disciplinas para além do Direito, interagindo com outros campos do saber, como a Filosofia, a Lógica, a Linguística, entre outros³⁰⁶; a segunda função, de caráter instrumental, é a de oferecer orientação na produção, interpretação e aplicação do Direito³⁰⁷; e a última função é a de servir de meio para uma crítica política e moral do Direito, servindo para demonstrar que algumas soluções estão fora do sistema jurídico³⁰⁸.

Como já ficou transparente na apresentação da Teoria da Argumentação Jurídica defendida por Atienza, ela possui claramente as características da linha subjetivista, pois acredita na conexão intransponível do Direito e da Moral e que decisões jurídicas podem ser justificadas e encontrar fundamentos na política e na moral, o que resulta em grande discricionariedade do Intérprete, ademais, diante dessa abertura interpretativa, a teoria argumentativa de Atienza também admite mais

305 “[...] al lado de los casos difíciles y de los casos fáciles habría que introducir una tercera categoría: la de los casos trágicos, que serían aquellos que no pueden resolverse respetando tanto el Derecho establecido como los principios de la justicia; o dicho en forma quizás más simple: no siempre es posible hacer justicia por medio del Derecho” . (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, p. 280.)

306 “Com relação à primeira dessas funções, o que se teria de ver é até que ponto uma teoria da argumentação jurídica pode contribuir para o desenvolvimento de outras disciplinas, jurídicas ou não, e, resumindo, até que ponto ela nos permite uma compreensão mais profunda do fenômeno jurídico da prática de argumentar.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, pp. 269-270.)

307 “Por função prática ou técnica da argumentação jurídica, entendo basicamente que está deve ser capaz de oferecer uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 270.)

308 “Mas, na minha opinião, a teoria da argumentação jurídica teria de se comprometer com uma concepção – uma ideologia política e Moral – mais crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos, o que, por outro lado, poderia supor também adotar uma perspectiva mais realista.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 272.)

de uma solução correta para o caso concreto^{309 310}.

Em seguida serão examinados alguns autores que apresentaram teorias que buscam uma superação das linhas de pensamento objetivistas e subjetivistas, para afastar a Discricionariedade do Intérprete no momento da decisão, apontando a possibilidade do Direito apresentar somente uma resposta correta para cada caso trazido para decisão, são eles Ronald Dworkin (Direito como Integridade), Lenio Streck (Nova Crítica ao Direito) e Orlando Zanon Junior (Teoria Complexa do Direito).

a) Ronald Dworkin

A teoria interpretativa apresentada por Dworkin tem lastro no que o próprio autor afirmou ser “um ataque ao Positivismo”³¹¹, por acreditar que o Positivismo jurídico e seu aspecto descritivo já não responde de forma suficiente as questões jurídicas apresentadas, primordialmente as questões que envolvem princípios, moral, justiça e política³¹².

309 “Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e Moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva.” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 272.)

310 “Esto es así, porque en el Derecho no importan unicamente los valores formales (la previsibilidad de las decisiones, la seguridad jurídica) sino también valores materiales (como la verdad y la justicia), y valores políticos (la aceptabilidad, en consenso.

[...] en primer lugar, no parece que puede hablarse siempre de una única respuesta correcta para cada caso jurídico; a partir de los anteriores criterios de racionalidade se pueden justificar a menudo diversas respuestas incompatibles entre si.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, pp. 277 e 280.)

311 “Quero lançar um ataque geral contra o Positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um salvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de Direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como Regras, mas operam diferentes, como princípios, políticas e outros tipos de padrão. Argumentarei que o Positivismo é um modelo de e para um sistema de Regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o Direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são Regras.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. pp. 35-36.)

312 “Assim, as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do Direito fracassaram

O autor expõe o Positivismo Jurídico, afirmando que para os positivistas o Direito é um conjunto de Regras de uma comunidade, que de forma direta ou indireta determina padrões de conduta e sanção em caso de descumprimento (obrigação de fazer, não fazer algo). Estas Regras de conduta aceitas pela comunidade são identificadas e diferenciadas de outras regras, segundo o autor, pelo teste de pedigree, que equivale a 'regra de reconhecimento' de Hart³¹³.

O problema constatado por Dworkin é de que estas Regras de comportamento são exaustivas, claramente não conseguem abarcar todas as situações vividas pela comunidade, portanto, esses casos que fogem às Regras, considerados difíceis, no Positivismo devem ser decididos através da Discricionariedade do Julgador³¹⁴, que assim criaria uma nova regra para o caso não alcançado pelo conjunto já positivado pela comunidade³¹⁵.

pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do Direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do Direito deve trazer à luz esses problemas e enfrenta-los como problemas de teoria Moral." (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 12.)

313 "O Direito de uma comunidade é um conjunto de Regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas Regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir Regras Jurídicas válidas de Regras Jurídicas espúrias (Regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser Regras de Direito) e também de outros tipos de Regras sociais (em geral agrupados como Regras 'morais') que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público." (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. pp. 27-28.)

314 "“Nos termos de sua própria tese, o Positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do Direito. Quando lemos esses casos, o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz. Sua representação do Direito como um sistema de Regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de Regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. pp. 71-72.)

315 "O Positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de Direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o 'poder discricionário' para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o Direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos Direitos jurídicos (new legal rights), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão. Nos dois últimos capítulos, argumentei que essa teoria da Decisão Judicial é totalmente inadequada; no presente capítulo, vou descrever e defender uma teoria melhor." (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 127.)

A teoria apresentada por Dworkin propõe que as respostas as questões de Direito, principalmente nos casos difíceis, aqueles que envolvem valores morais da comunidade, não são encontradas em Regras de Direito, mas em Princípios³¹⁶, propondo então que o Julgador realize uma atividade de construção e justificação do Direito, que deixaria de ser uma simples questão de fato e subsunção de Regras³¹⁷.

O primeiro ponto que o autor buscou esclarecer com sua Teoria Interpretativa do Direito deu-se com elaboração das questões relacionadas a divergências que os Intérpretes encontram quando examinam os processos judiciais para decisão, alegando que elas podem ser de fato, de Direito e aquelas conectadas com moralidade, política ou fidelidade³¹⁸.

As questões que envolvem a divergência relacionada com fatos concretos são de fácil solução para o autor, pois as provas e as evidências as solucionariam. O autor também acha de descomplicado desfecho as questões envolvendo a conexões do caso concreto com a moralidade, política ou fidelidade, pois trata de convicções pessoais do Julgador, do que seria certo ou errado³¹⁹.

A questão que preocupou Dworkin em sua teoria é a divergência sobre questões de Direito, ou seja, a definição de qual seria o Direito aplicável ao caso concreto e o que ele estabelece sobre como decidi-lo, denominando tal situação de

316 “Acabei de mencionar ‘princípios, políticas e outros tipos de padrões’. Com muita frequência, utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são Regras; eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 36.)

317 “Contudo, se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 131.)

318 “Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de Direito e as questões interligadas de Moralidade política e fidelidade.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. pp. 05-06.)

319 “A primeira dessas questões, a questão de fato, parece bastante direta. Se os juízes divergem quanto aos fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia, sabemos sobre o que estão divergindo e que tipo de evidência decidiria a questão caso ela estivesse disponível. A terceira questão, da Moralidade e fidelidade, é muito diferente, apesar de igualmente conhecida. As pessoas muitas vezes divergem quanto ao que é certo e errado em termos morais, e esse tipo de divergência não suscita nenhum problema especial quando se manifesta no tribunal.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 06.)

uma 'divergência teórica do Direito'³²⁰.

Para analisar e esclarecer essa divergência teórica do Direito, Dworkin abandona o exame destas questões unicamente do ponto de vista semântico/linguístico, onde a discussão sobre o Direito somente poderia ser realizada de forma sensata se todos seguirem os mesmos critérios³²¹, afirmando o autor que a divergência do Direito não pode ser resumida e examinada dessa forma, através unicamente do sentido linguístico do que diz a norma, à essa falácia denominou “agulhão semântico”³²².

A saída apontada pelo autor para solucionar o “agulhão semântico”, que impede a visualização das divergências para além das questões semânticas/linguísticas, é que as divergências teóricas do Direito sejam analisadas pelo que realmente importa, considerando-o como algo a ser interpretado e justificado, pois seria impossível se determinar o que é ou não Direito por meios semânticos/linguísticos, visto que os textos não possuem significados por si mesmo.

Dworkin elaborou sua teoria interpretativa seguindo três etapas, denominadas como: (a) “pré-interpretativa”, onde o Intérprete identificará as práticas sociais de uma determinada comunidade, nas busca daquelas que mereceram o consenso

320 “Agora podemos distinguir duas maneiras pelas quais advogados e juízes poderiam divergir a propósito da verdade de uma proposição jurídica. Eles poderiam estar de acordo sobre os fundamentos do Direito - sobre quando a verdade ou falsidade de outras proposições mais conhecidas torna uma proposição jurídica específica verdadeira ou falsa mas poderiam divergir por não saberem se, de fato, aqueles fundamentos foram observados em um determinado caso. [...] Ou eles poderiam discordar quanto aos fundamentos do Direito, sobre quais outros tipos de proposições, quando verdadeiras, tornam verdadeira uma certa proposição jurídica.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. pp. 07-08.)

321 “As teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do Direito. Essas teorias divergem sobre quais critérios os advogados de fato compartilham e sobre os fundamentos que esses critérios na verdade estipulam.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 41.)

322 “Chamarei de agulhão semântico o argumento que descrevi há pouco, e que tem causado tantos problemas à filosofia do Direito. Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 55.)

comunitário como regras sociais que merecem ser seguidas³²³; (b) “interpretativa”, onde o Intérprete examina o significado da prática social, caracterizando-a como Direito após o consenso da comunidade, e elabora sua justificativa geral, ou seja, analisam-se os valores e objetivos que aquele Direito busca resguardar, a regra social é normatizada³²⁴; e a (c) “pós-interpretativa”, é a onde o Intérprete ajusta a sua interpretação para concluir o que é necessário para que a prática social realmente alcance as justificativas traçadas na etapa interpretativa³²⁵.

Na etapa pós-interpretativa o Intérprete realiza a conexão entre a elaboração da norma da etapa interpretativa e a prática social da etapa pré-interpretativa, com isso ele pode justificar, afastar ou estabelecer outros padrões de conduta, para garantir que sejam respeitados os valores e objetivos do consenso social.

É na etapa pós-interpretativa que o Intérprete poderá exercer seus juízos valorativos, de forma que possibilite encontrar dentre as diversas interpretações possíveis aquela que promova e garanta que a prática social respeitará os objetivos elaborados da fase interpretativa, é na etapa pós-interpretativa que ele estabelece a relação entre direito, a moral e a política³²⁶.

323 “Primeiro, deve haver uma etapa “pré-interpretativa” na qual são identificados as Regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. [...] Coloco “pré-interpretativo” entre aspas porque, mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário. As Regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. Mas é preciso haver um alto grau de consenso - talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso nessa etapa - se se espera que a atitude interpretativa dê frutos, e podemos, portanto, nos abstrair dessa etapa em nossa análise ao pressupor que as classificações que ela nos oferece são tratadas como um dado na reflexão e argumentação do dia-a-dia.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 81)

324 “Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o Intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o Intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 81)

325 “Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua ideia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. pp. 81-82)

326 “O Direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo

Para o autor estes três momentos podem se imbricar ou se confundir durante todo o processo interpretativo, pois o Intérprete a todo momento está identificando as práticas sociais, e não está imune a também participar do consenso sobre elas, e neste mesmo processo reconhece os propósitos e intenções da comunidade com o consenso sobre a prática social, moldando sua ideia para garantir o respeito a estes objetivos e valores³²⁷.

Essas etapas interpretativas devem ser realizadas sempre com a observação de algo imprescindível à teoria de Dworkin, para o autor a compreensão do Direito deve ser promovida com ideia de coerência e integração, onde o Direito não deve ser analisado como um conjunto aleatório de Regras criadas em um acordo político, mas sim como um conjunto orientado de Regras e Princípios aceitos em consenso pela comunidade, com objetivos e fins determinados³²⁸, e o respeito a esses objetivos e esses fins é que impediria o Intérprete de aplicar a Discricionariedade para solução dos casos.

que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 291.)

327 “Em minha sociedade imaginária, a verdadeira interpretação seria muito menos deliberada e estruturada do que sugere essa estrutura analítica. Os juízos interpretativos das pessoas seriam mais uma questão de “ver” de imediato as dimensões de sua prática, um propósito ou objetivo nessa prática, e a consequência pós-interpretativa desse propósito.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p.82)

328 “O terceiro modelo de comunidade é o modelo do princípio. Concorde com o modelo das Regras que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por Regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de Regras possível. Os membros de uma sociedade de princípio admitem que seus Direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm Direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados. Também não presume que esses outros Direitos e deveres estejam condicionados à sua aprovação integral e sincera de tal sistema; essas obrigações decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção de que ele o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua. Em resumo, cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a Moral política, como um dos componentes da comunidade política” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. pp. 254-255.)

A teoria de Dworkin, como já examinado, adota o conceito de Direito como uma atividade interpretativa, e as características de integridade e coerência buscam combinar elementos dirigidos tanto para o passado (tradição) quanto para o futuro (consequências), sem esquecer que o Direito é uma prática em desenvolvimento constante³²⁹.

A interpretação do Direito promovida por Dworkin é estruturada na ideia de intenção, mas não a intenção do legislador, ou qualquer outra escondida por detrás de alguma norma e até mesmo dos anseios pessoais do próprio Intérprete, mas parte da ideia de intenção da tradição³³⁰.

O processo de interpretação jurídica de Dworkin para os casos difíceis adota a ideia ilustrativa de um grupo de escritores que recebem a incumbência de escreverem um romance em cadeia, onde cada um seria responsável por escrever um capítulo da história, mas que ao final deveria se tratar de um romance com integridade e coerência em todas as suas partes, ou seja, cada escritor deveria ter o conhecimento do que cada um anteriormente a ele escreveu, e a partir desse ponto continuar a história, respeitando a tradição dos que já escreveram sua parte³³¹.

Assim, o Intérprete, e Dworkin trata especificamente do Julgador, ao examinar

329 “O Direito como integridade nega que as manifestações do Direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 271.)

330 “O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor. As dimensões de ajuste fornecerão alguns limites. Não existe, é claro, nenhum algoritmo para decidir se uma determinada interpretação ajusta-se satisfatoriamente a essa história para não ser excluída. Quando uma lei, Constituição ou outro documento jurídico é parte da história doutrinal, a intenção do falante desempenhará um papel. Mas a escolha de qual dos vários sentidos, fundamentalmente diferentes, da intenção do falando ou do legislador é o sentido adequado, não pode ser remetida à intenção de ninguém, devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política.” (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2.000. p. 240.)

331 “Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de Direito como integridade.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 276.)

um caso difícil também deve promover a continuidade integral e coerente da tradição comunitária, ser cuidadoso e criterioso em suas escolhas hermenêuticas, justificando-as com clareza, para que a decisão seja uma continuidade concatenada de ideias³³².

O respeito a tradição e a devida justificação não significa o engessamento das decisões, visto que Dworkin entendendo o Direito como em constante movimento, evolução e construção, todavia, a mudança deve ser pautada por justificativas plausíveis, e essas justificativas, mesmo modificando ou contrariando a tradição da comunidade, deveriam encontrar nela certa coerência e as justificadas para mudança de rumo³³³.

Dworkin protege sua teoria interpretativa da arbitrariedade do Intérprete, refugando a concepção da Discricionariedade do Julgador, com a vinculação dele e de suas decisões não aos interesses e valores pessoais, mas sim aos valores da sociedade onde está inserido³³⁴.

Os valores morais e políticos do Intérprete para eventualmente servirem de

332 “Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.” (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2.000. p. 238.)

333 “Para Hércules, a integridade e a equidade irão balizar a justiça e a sabedoria de várias maneiras. A integridade exige que ele elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p.405.)

334 “Como afirmei. Hércules respeita a integridade do texto legal, de modo que não irá pensar que aprimora uma lei só por projetar nela suas próprias convicções; respeita a equidade política, por isso não irá ignorar totalmente a opinião pública tal como esta se revela e exprime nas declarações ligadas ao processo legislativo.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p.409.)

justificativa, de fundamento da decisão, necessitam ter uma íntima vinculação histórica com a comunidade, ou seja, deve ser ele capaz de analisar e valorar convenientemente a tradição institucional do sistema jurídico, seus propósitos, objetivos e intenções³³⁵, o que poderá ser realizado compreendendo-se como sistema jurídico as leis, os precedentes, as decisões, os princípios e as políticas.

Dworkin faz uso de um personagem imaginário para detalhar sua teoria, ao mesmo tempo em que deixa clara a dificuldade em se aplicar de forma plena o Direito como integridade, denominando-o como Hércules³³⁶.

Hércules seria o Intérprete que tem ciência da complexidade da função de elaborar uma Decisão Judicial, mas tem a capacidade e o tempo ilimitado para decidir, conhecendo toda a letra da lei e a história da comunidade, portanto, suas decisões sempre apontam para a melhor decisão possível em um caso específico, são justificadas pelo respeito a equidade e a justiça, bem como a história institucional do Direito e concluídas dentro de critérios de integridade e coerência³³⁷.

A imagem figurada de Hércules é claramente irrealizável, contudo, o autor exorta aos juízes que busquem seguir o exemplo de seu personagem, desenvolvendo suas interpretações guiados pelo conceito de Direito como

335 “O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, e essa concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste – isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas, e de que maneira.” (DWORKIN, Robert. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2.000. p. 241.)

336 “O Direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o Direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 294.)

337 “Para Hércules, a integridade e a equidade irão balizar a justiça e a sabedoria de várias maneiras. A integridade exige que ele elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 405.)

integridade, e não em ideias antiquadas do Positivismo Jurídico ou descoberta da intenção legislativa³³⁸. Assim como Hércules, cabe ao juiz emprenhar-se na compreensão da tradição institucional do sistema jurídico do local onde atua, para que suas decisões tenham suas justificativas fundadas na integralidade do sistema jurídico³³⁹, mesmo que em determinado ponto sejam contrárias à opinião popular geral ou aos objetivos expressos dos legisladores³⁴⁰.

A teoria de Ronald Dworkin claramente ultrapassa a barreira traçada pelas linhas objetivistas e subjetivistas, pois seu método interpretativo lastreado em integridade e coerência do sistema jurídico, com a justificação fundamentada na tradição histórica desse sistema, pretende afastar a Discricionariedade do julgador, mesmo quando no uso de critérios políticos ou morais, assim como também a possibilidade de mais que uma resposta correta para os casos difíceis.

b) Lenio Streck

Lenio Streck denominou sua teoria interpretativa como Nova Crítica do Direito, e pretende com ela deixar para trás as linhas objetivistas e subjetivistas de pensamento jurídico, buscando através da hermenêutica a reconstrução do Direito

338 “Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando. Não identifica certas pessoas como os "criadores" exclusivos de uma lei, para em seguida considerar somente suas esperanças, expectativas, convicções concretas, declarações ou reações.” (DWORKIN, Robert. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 416.)

339 “Nenhum juiz mortal pode ou deve tentar articular suas hipóteses até esse ponto, ou torná-las tão concretas e detalhadas que novas reflexões se tornem desnecessárias em cada caso. Deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir. Serão momentos especialmente difíceis para qualquer juiz, exigindo novos juízos políticos aos quais pode ser difícil chegar. Seria absurdo imaginar que ele sempre terá à mão as convicções de Moral política necessárias a tais ocasiões. Os casos muito difíceis vão forçá-lo a desenvolver, lado a lado, sua concepção do Direito e sua Moral política, de tal modo que ambas se deem sustentação mútua.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 308.)

340 “Se Hércules houvesse decidido ignorar a supremacia legislativa e o precedente estrito sempre que a ignorância dessas doutrinas lhe permitisse aperfeiçoar a integridade do Direito, considerada, por si só, matéria relevante, então ele teria violado totalmente a integridade. Pois qualquer interpretação geral bem-sucedida de nossa prática legal deve reconhecer essas limitações institucionais.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999. p. 479.)

calcado na linguagem, com um papel constitutivo³⁴¹ na relação não entre o ser e o mundo, mas entre sujeito e sujeito³⁴².

A teoria proposta por Streck não acredita que a interpretação é tirar da norma o que ela contém³⁴³, até porque as coisas não possuem sentido ou significado em si mesmo, o significado decorre do ser que³⁴⁴, através da linguagem, dá sentido à coisa³⁴⁵.

O processo interpretativo apresentado pelo autor, com alicerce nas obras de Heidegger e de Gadamer, defende que o ato de interpretar, dar significado ao texto, é na verdade sua compreensão³⁴⁶, mas para tanto o Intérprete parte de uma pré-compreensão, fundamentada em posições, visões e concepções prévias que ele possui do que se pretende interpretar (facticidade e historicidade do Intérprete)³⁴⁷.

341 “Assim, somente depois de superar esse paradigma, mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo é que se pode falar em uma mudança paradigmática, representado pelo rompimento com a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 183.)

342 “Longe dos dualismos metafísicos que têm caracterizado o Direito, o próprio Direito e os fatos sociais não estão mais separados do Intérprete. Isto ocorre porque não mais se pode falar em uma relação sujeito-objeto, passando-se a falar em uma relação sujeito-sujeito.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 278.)

343 “Acredita-se que o ato interpretativo é um ato cognitivo e que ‘interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém’, circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 243.)

344 “Assim, a hermenêutica deixa de ser metódica e normativa para ser filosófica. A linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos – deixando, assim, de ‘estar à disposição do Intérprete’ – para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 271.)

345 “Dizendo de outro modo: estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Esse poder-dizer é linguisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitada e capitaneada pela linguagem.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 262.)

346 “Quem compreende não tem uma mente em branco, como uma tábula rasa, e sim, já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo; já tem (sempre) uma pré-compreensão, algo prévio que vem com o ente, como curador/vigilante do ser.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 264.)

347 “Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-

A pré-compreensão tratado por Streck decorre diretamente da história que o Intérprete traz como ser-no-mundo³⁴⁸, de sua tradição, com este histórico de informações e argumentos, no momento em que analisa um texto, o Intérprete já possui sobre ele uma ideia do que se trata, já inicia o processo de compreensão do texto³⁴⁹.

O processo de compreensão tratado por Streck é produtivo, ou seja, o ato de compreender e interpretar, decorrendo da historicidade do Intérprete³⁵⁰, resultará em um novo texto, uma adição de sentido ao texto interpretado³⁵¹, onde o Intérprete, de alguma forma, transmite sua tradição³⁵², tudo porque é impossível a ele substituir ao leitor originário³⁵³.

compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (vorhabe), visão prévia (vorsicht) e concepção prévia (vorgriff) – que já une todas as partes do ‘sistema’” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 243.)

348 “O acontecer na história é o acontecer do ser-no-mundo. Com a existência do ser-no-mundo histórico, tanto o manual quanto o ser simplesmente dado sempre já estão inseridos na história do mundo.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 264.)

349 “Para ser mais simples: o Intérprete não se pergunta porque compreende, porque ao compreender, já compreendeu. Daí a importância da tradição, lugar de inserção do homem, como ser-no-mundo e ser-com-os-outros. Impossível negar a facticidade. Ao tentar negá-la, está já atuou no modo de compreender-interpretar o mundo.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 278.)

350 “O caráter da interpretação de Gadamer é sempre produtivo. É impossível reproduzir um sentido. O aporte produtivo do Intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão. Como já se viu, é impossível o Intérprete se colocar em lugar do outro. [...] Compreender uma tradição requer um horizonte histórico. Um texto histórico somente é interpretável desde a historicidade (consciência histórico-efetual) do Intérprete.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 265-266.)

351 “A fusão de horizontes se dá pela aplicação. O ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o Intérprete lhe dá.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 267.)

352 “A fusão de horizontes se dá pela aplicação. O ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o Intérprete lhe dá.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 267.)

353 “O processo hermenêutico é sempre produtivo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio). Gadamer vai dizer, a partir disto, que é uma ficção insustentável a concepção de que é possível o Intérprete equiparar-se ao leitor originário,[...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 272.)

O autor busca em sua teoria interpretativa deixar bem clara a diferença que entende existir entre texto e norma, crucial para melhor compreender sua linha de pensamento. O texto não pode ser equiparado a norma, sendo esta última o resultado da interpretação do texto³⁵⁴, ou seja, apesar de diferentes os institutos, eles são dependentes, um não existindo sem o outro³⁵⁵.

A teoria hermenêutica de Streck não é afastada da prática, muito pelo contrário, a compreensão e interpretação só pode se manifestar no caso concreto, por isso indispensável para compreensão de todo o processo interpretativo a aplicação do resultado e a vinculação a ele de todos os membros da comunidade³⁵⁶. Por *application* deve-se entender a concretização da norma em cada caso, que se realizará também pela força da linguagem, que se apresenta como constituidora do mundo³⁵⁷.

Mas não basta a aplicação do texto já interpretado, já normatizado, é indispensável que a aplicação seja também justificada, pois cada texto jurídico leva a novos significados, dependente que é da historicidade e facticidade do Intérprete³⁵⁸,

354 “Transportando essa questão para a hermenêutica jurídica nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que, quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem assumir no processo compreensivo.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 279.)

355 “Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois ‘acoplar’ a respectiva norma. A ‘norma’ não é uma ‘capa de sentido’, que existiria apartado do texto. Ao contrário disto, quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado, a partir de minha condição de ser-no-mundo.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 279.)

356 “Para Gadamer, a situação hermenêutica é similar para o historiador e para o jurista: frente a um texto, todos nos encontramos em uma determinada expectativa de sentido imediata. Não há acesso imediato ao objeto histórico, capaz de proporcionar-nos objetivamente seu lugar de valoração. Só há valor histórico quando o passado é tendido em sua continuidade com o presente, e é isto o que realiza o jurista em seu trabalho prático-normativo. Para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade. A tarefa da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, insto é, na sua aplicação.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 274.)

357 “A application hermenêutico de que fala Gadamer – porque não se interpreta por partes – não quer dizer subsunção de um particular a uma universalidade/generalidade. A application significa um salto para além dos dualismos metafísicos, como essência e aparência, palavra e coisa, texto e norma, etc. a compreensão – que é uma existencial – já é application, unindo as partes do todo.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 275.)

358 “E não se diga que a hermenêutica venha a favorecer um conservadorismo, já que a fusão de

portanto, a justificativa é garantia de segurança e correção da interpretação³⁵⁹, e comprovação de que se garantiu a integridade e a coerência com o sistema³⁶⁰.

A Nova Crítica do Direito recusa a existência de sentidos ocultos nos textos, muito menos que eles já possuam significados *a priori*, afasta de todo modo a liberdade do Intérprete em significar o texto como bem entender, muito pelo contrário, cabe a ele promover a compreensão e a interpretação com base em sua facticidade e historicidade, adjudicando o sentido possível ao texto e não reinventando ou criando um outro texto (conformando a existência de uma decisão correta para cada caso)³⁶¹.

É certo que aqui não se chegou perto de apontar em sua plenitude todos os pormenores da complexa teoria de Streck sobre hermenêutica jurídica e seus aprofundamentos filosóficos, nem é esse a finalidade do trabalho, mas os pontos aduzidos deixam claro que se trata de teoria interpretativa que foge do objetivismo e do subjetivismo, atacando a Discricionariedade do Intérprete e a existência de inúmeras respostas corretas para o caso concreto.

horizonte dará passagem a algo sempre imprevisível e novo. Em última análise, a continuidade na tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área de compreensão legítima.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 275.)

359 “A peculiaridade do Direito reside no fato de que aquele que interpreta precisa, necessariamente, dar à comunidade política as razões de sua interpretação. Vale dizer, ele precisa mostrar que sua interpretação é correta, que ela está fundada em prejuízo legítimos e que sua subjetividade não se sobrepõe àquilo que deveria ser interpretado: o Direito – e sua história institucional – e o contexto circunstancial dos fatos que define o caso concreto.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 298.)

360 “De que modo é possível controlar o Intérprete? Ele é controlado pela tradição, pelos ‘constrangimentos linguísticos-epistemológicos’ que conformam a sua condição-de-ser-no-mundo. No plano da interpretação do Direito, esse fenômeno ocorre por intermédio da obediência à integridade e a coerência [...]” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 278.)

361 “Ou seja, não há um sentido escondido na norma/texto, que possa ser alcançado de forma essencialista; tampouco há um sentido imanente, inerente, como uma espécie de elo (fundado/fundante) que liga o significante ao significado, como um objeto que pode ser buscado, através de um processo interpretativo-objetivante, pelo sujeito cognoscente. Igualmente o Intérprete não estará livre para atribuir ‘qualquer sentido’ ao texto. O que ocorre é que, desde sempre, o ‘sujeito interpretante’ está inserido no mundo, em um mundo linguisticamente constituído, de onde é impossível a emergência de um cogito desindexado da tradição. Somente compreendendo é que se pode interpretar.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 289.)

c) Orlando Luiz Zanon Júnior

O último autor escolhido para figurar nesta lista exemplificativa é Orlando Luiz Zanon Júnior, responsável por conceber uma teoria que denominou de Teoria Complexa do Direito, de indubitável caráter evolutivo das linhas objetivistas e subjetivistas tratadas neste trabalho, esforçando em reduzir a Discricionariedade e a subjetividade do Intérprete.

A teoria versada por Zanon Júnior parte da premissa de que a função do Direito é garantir a paz social e ao mesmo tempo promover a Segurança Jurídica, isso através de um acréscimo da previsibilidade das decisões e uma limitação dos argumentos que podem ser empregados na Decisão Judicial, portanto, o exame da legitimidade é transportado à teoria da Fontes Jurídicas, pois seria a delimitação dessas fontes o meio de alcançar a almejada segurança³⁶².

O autor apresentou inicialmente um conceito amplo de fontes, como qualquer elemento do conhecimento que pode ser aproveitado e racionalizado para fundamentar uma decisão, ilustrando como exemplos as legislações, os cânones religiosos, as escolhas morais, entre outros³⁶³, todavia, nem todos estes elementos estão legitimados para serem manipulados pelo Intérprete, as escolhas de quais fontes são juridicamente aceitas como legítimas é uma escolha fixada pelo Direito de

362 “Anteriormente restou confirmada a aceitação de que, a um, o Direito e um produto artificial da Sociedade (consoante a teoria social das fontes herdada do Juspositivismo), a dois, a Moralidade e a eticidade refluem sobre a juridicidade, a três, o interprete e influenciado pela integralidade do conhecimento assimilado, a quatro, a carga de informações interdisciplinares e determinante sobre o resultado da interpretação, e, a cinco, a função precípua do Direito e promover a Segurança Jurídica mediante a redução da capacidade decisória e o aumento da previsibilidade. A conjunção deste plexo teórico implica o deslocamento do tema da legitimidade para o centro da teoria das Fontes Jurídicas, haja vista que a grande questão a ser resolvida passa a ser a delimitação de quais argumentos podem ser lidimamente empregados para tomada de Decisões Jurídicas em uma determinada comunidade” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.110.)

363 “Em sentido amplo, fontes são todos os elementos que podem ser empregados para tomada de decisões e, portanto, o conceito operacional engloba a totalidade do conhecimento já construído ou passível de construção por empreendimento racional. Em tal acepção ampla, todos os argumentos são passíveis de inserção em um discurso para produção da Norma que servirá de fundamento para determinada Decisão.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.110.)

cada comunidade, seguindo sua tradição jurídica³⁶⁴.

Na Teoria Complexa do Direito as Fontes Jurídicas legítimas não são unicamente empregadas para tomada de decisões, mas possuem nítido caráter de direcionar e limitar os espectros que o Intérprete pode seguir na tomada dessa decisão, ou seja, quanto mais as informações fornecidas pelas fontes jurídicas são de conhecimento do Intérprete, menos Discricionariedade terá ele na elaboração de sua decisão, pois não seria aceitável decidir contrariando estas fontes³⁶⁵.

Zanon Júnior elencou em sua teoria inúmeras fontes comumente aceitas como legítimas, usando para tanto o exemplo brasileiros, apontando-as como o texto legislativo, principiologia, Jurisprudência, escritos doutrinários, programas políticos, eticidade, práticas costumeiras e estudos interdisciplinares, contudo, esclareceu dois pontos, a lista não é exaustiva, cabendo a cada comunidade as escolhas políticas de quais Fontes do Direito devem ser legitimadas³⁶⁶.

As fontes jurídicas analisadas na Teoria Complexa do Direito atuarão interagindo com os fatos, compreendendo estes como ocorrências concretas do mundo da vida³⁶⁷, e desta interação entre fontes e fatos, em diálogo, resultará a

364 “O que diferencia as fontes em sentido amplo daquelas que podem ser legitimamente empregadas na tomada de decisão são os limitadores jurídicos, ou seja, as fronteiras artificialmente fixadas pelo Direito quanto à admissão de determinadas modalidades argumentativas e não outras. Tal seleção quanto aos argumentos admissíveis varia em cada Sociedade, de acordo com a respectiva tradição jurídica.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.111.)

365 “Portanto, a característica marcante do conceito pós-positivista de Fontes Jurídicas aqui apresentado é precisamente que todos os argumentos admissíveis em um discurso jurídico funcionam como limitadores da atividade decisória, na medida em que orientam o Intérprete e aplicador em determinada direção, em detrimento da sua amplitude decisória. Não há espaço nesta proposta para teses que argumentam no sentido de que certos padrões de julgamento aumentam a flexibilidade do Intérprete, permitindo que sua decisão seja mais fluída e, conseqüentemente, imprevisível.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.112.)

366 “Estas oito modalidades serão objeto de análise pormenorizada na sequência, embora possam não fechar o quadro de padrões de julgamento passíveis de admissão. Isto porque o Direito é um produto artificial e, como tal, comporta modificações a depender da tradição jurídica de cada comunidade.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.112.)

367 “[...] cabe adotar um conceito restrito de fatos, no sentido de que são ocorrências concretas sobre as quais vai incidir a operação interpretativa. De acordo com tal abordagem em sentido estrito (stricto sensu), os fatos não são Fontes Jurídicas, mas sim interações do mundo da vida sobre as

produção normativa³⁶⁸.

Para Teoria Complexa do Direito, e em razão da operação interpretativa poder manipular diversos elementos decisórios, não se presta mais entender o ordenamento jurídico (complexo de fontes legítimas estruturados em um sistema voltado para fundamentar uma decisão³⁶⁹), como uma pirâmide (Kelsen), ou ainda uma teia inconsútil (Dworkin), sendo necessário encontrar outro modo de se formatar o ordenamento jurídico para a nova teoria criada por Zanon Júnior³⁷⁰.

A saída encontrada pelo autor para elucidar o sistema jurídico da Teoria Complexa do Direito foi encontrada através da elaboração de uma estrutura orbital³⁷¹, onde a constituição ocuparia o centro desse sistema³⁷², irradiando sua

quais serão tomadas as decisões.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.130.)

368 “[...] os fatos são considerados elementos de aproximação, os quais interagem com os antes explicitados elementos de determinação (fontes decisórias), de modo a formarem o substrato da produção normativa, sob as modalidades positivamente e aplicação.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.131.)

369 “Ordenamento Jurídico é integrado por uma gama extensa de padrões de julgamento, cuja seleção depende das tradições jurídicas de determinada cultura, consoante antes exposto. Com efeito, dentre os padrões de julgamento admissíveis no cenário brasileiro, foram mencionados os Textos Normativos, os Princípios Jurídicos, a Jurisprudência (decisões reiteradas em determinado sentido), a Doutrina, as Políticas Executivas, a Ética e os Costumes, sem prejuízo ainda de influências diversas, advindas de outros campos de conhecimento (interdisciplinariedade), a depender da capacidade argumentativa para sua vinculação ao discurso jurídico. Todos estes elementos precisam ser devidamente articulados perante o sistema jurídico, para uma representação adequada.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.132.)

370 “Outrossim, a ordem jurídica não assume a forma organizacional de uma pirâmide ou de uma teia inconsútil, justamente porque representa um cosmos de argumentos compartimentados em diversos ramos do saber jurídico, aberto a influxos interdisciplinares, pluralistas e transnacionais. Então, a representação estrutural, além de abranger todos os elementos decisórios suscetíveis de emprego em um discurso normativo, também deve se ater para a escurreia relação dinâmica entre eles, observadas as tradições jurídicas da comunidade.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.133.)

371 “O sistema jurídico consubstancia um conjunto de todos os padrões de julgamento que podem ser legitimamente empregados na aplicação normativa, já elencados como Fontes Jurídicas anteriormente. Para fins de visualização, sua estrutura é de um sistema orbital, composto por diversos subsistemas, os quais, por sua vez, contém vários microssistemas e, eventualmente, satélites ainda menores, a depender das tradições jurídicas específicas de cada comunidade.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.135.)

372 “Cabe acrescentar que a Constituição é uma criação artificial de determinada comunidade para servir, justamente, de centro formal e axiológico do sistema jurídico, de modo a plasmar os principais postulados valorativos importantes na respectiva tradição jurídica e protegê-los de

influência para todos os outros elementos decisórios que orbitam o sistema jurídico em subsistemas, que por sua vez podem ser orbitados por outros microssistemas de fontes de decisão específicos³⁷³.

Utilizando o sistema orbital adotado pela Teoria Complexa do Direito, o Intérprete ao se deparar com o problema a ser solucionado, estrutura a resposta de acordo com as diversas camadas do sistema relevantes para o caso concreto apresentado³⁷⁴.

Questão primordial para a Teoria Complexa do Direito envolve a conceituação de norma jurídica, que é diferenciada de texto normativo, este é estrutura semântica sem força para representar uma resposta pré-elaborada de perguntas que ainda foram apresentadas. O texto normativo é Fonte do Direito, é elemento de determinação de decisão, a norma jurídica será o resultado da interação entre o texto e o fato, Norma Jurídica é a decisão para o caso concreto, ela não existe antes da aplicação do texto normativo³⁷⁵.

eventuais forças esporádicas (como maiorias parlamentares transitórias). Outrossim, o constitucionalismo confere estabilidade ao sistema jurídico, porquanto a cristalização de certas opções políticas impede rupturas institucionais, de sorte que estas somente ocorram em situações de forte crise.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.135.)

373 “Ao redor da Constituição em sentido amplo, orbitam os demais subsistemas da ordem jurídica, a exemplo dos ramos referentes aos Direitos civil, processual cível, criminal, processual penal, administrativo, tributário, eleitoral e ambiental, sem olvidar de eventuais outros, historicamente construídos em determinada Sociedade. Cada um destes ramos forma um subsistema, composto igualmente de diversas camadas (Textos Normativos, Princípios, Jurisprudência, Doutrina, Políticas, Ética e Costumes), que orbita ao redor da Constituição e por ela são irradiados determinadamente. Contudo, cada subsistema também se irradia sobre os demais, mesmo sobre o constitucional, ainda que não possam contrariar este último, o qual constitui seu pilar central de sustentação material e formal. [...]” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.136.)

374 “O Julgador visualiza seu problema e, empregando o Ordenamento Jurídico na forma orbital acima proposta, constrói a resposta adequada (Norma Jurídica) de acordo com as diversas camadas dos subsistemas e microssistemas determinantes e relevantes à espécie, [...]” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.137.)

375 “Considerando o exposto, pode-se concluir que a Norma Jurídica é o resultado da produção normativa na modalidade aplicação, com pretensão de correção, consistente na articulação das Fontes Jurídicas para formulação de um direcionamento de conduta diante de determinados fatos aferidos por aproximação, sem olvidar de eventuais influxos de outras áreas do conhecimento, a serem admitidos a depender da argumentação quanto à sua relevância na espécie.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia

Com a Teoria Complexa do Direito aceitando que norma jurídica é a resposta ao caso concreto e não existe antes dele, tem-se como conclusão lógica que cada norma jurídica é original e irreproduzível, pois os fatos não se repetem identicamente, nem mesmo o julgador é o mesmo diante da evolução de sua história pessoal (“Nenhum homem pode banhar-se duas vezes no mesmo rio... pois na segunda vez o rio já não é o mesmo, nem tão pouco o homem.” Heráclito de Éfeso)³⁷⁶, portanto, diante de cada situação concreta apresentada para decisão, caberá ao Intérprete realizar um novo processo de exame das fontes para elaborar uma nova resposta, uma nova Norma Jurídica³⁷⁷.

A Teoria Complexa do Direito pretende reduzir a Discricionariedade e o subjetivismo do julgador atrelando a decisão do fato concreto, criação da Norma Jurídica, ao respeito e delimitações traçadas pelas Fontes Jurídicas, apontando que a criação da norma deverá seguir essas balizas, mesmo que contrariem o desejo do Intérprete, sob pena de se assim o fizer promover um resultado antidemocrático (as escolhas das fontes legítimas é uma proclamação da comunidade) e arbitrário³⁷⁸.

Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.140.)

376 “Concebida nesses termos, a Norma Jurídica é sempre uma resposta única e irrepetível, que surge como fundamento para um determinado direcionamento de conduta em Sociedade, mediante uma construção interpretativa lastrada nas fontes admissíveis em determinada tradição cultural, através de uma operação cognitiva complexa, lastrada na integralidade da ordem jurídica.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.141.)

377 “A ideia de que cada Norma Jurídica representa uma nova atribuição de sentidos, de fundo hermenêutico, significa que não existe um raciocínio preestabelecido que se reproduz no córtex do Intérprete quando diante de uma situação cujas peculiaridades importantes para deliberação sejam virtualmente as mesmas. Na verdade, o hermeneuta é forçado a exercer uma nova operação mental cada vez que confrontado com um novo fato, para cotejar sua percepção das peculiaridades situacionais concretas (elementos de aproximação da realidade) com as fontes decisórias (elementos de determinação da decisão), ainda que seja para chegar em uma conclusão aparentemente idêntica.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.143.)

378 “Em determinadas situações, o Intérprete e aplicador pode entender que os limites impostos pelas Fontes Jurídicas conformam um direcionamento com consequências inadequadas para resolução de determinado caso, ou mesmo ensejam uma solução desastrosa. Todavia, mesmo assim, ele deve respeitar a força imposta pelos elementos de determinação, sob pena de fazer prevalecer sua postura pragmática pessoal em detrimento das convenções e padrões éticos compartilhados intersubjetivamente, o que é inadmissível em uma comunidade de perfil democrático. É evidente que, dentro das estreitas margens fixadas pelos diversos elementos de determinação, o hermeneuta deve procurar elaborar a Norma Jurídica que apresente as melhores consequências sistêmicas, mas esta consideração não pode contrariar as Fontes Jurídica, sob pena de um resultado antijurídico (senão, arbitrário ou mesmo antidemocrático).” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013.

Como na Teoria Complexa do Direito a questão de legitimidade foi inserida no momento da escolha comunitária das fontes para determinação da decisão, e as questões de correção do sistema e justificação foram fixadas para o momento da elaboração da Norma Jurídica, resta através da decisão implementar a Norma e impor consequências em caso de seu descumprimento, consequências que exsurge através da coerção estatal³⁷⁹.

Com a apresentação deste pequeno esboço do Teoria Complexa do Direito, encerra-se a subcapítulo que procurou demonstrar como a interpretação jurídica é elaborada através de modelos objetivistas e subjetivistas de aplicação, bem como deixar claro que já se anunciam outras teorias que tentam suplantar esses modelos.

3.3.4 Fundamentação e Justificação

Nas linhas de pensamento interpretativas, seja entre os objetivistas ou entre os subjetivistas, assim como entre os teóricos citados que pretendem a superação dessa dicotomia, ressumbra indubitável em todas que a Decisão Judicial necessita ser fundamentada e justificada.

Os institutos da fundamentação e da justificação não podem ser confundidos, são momentos diferentes dentro da atividade que resultará na elaboração da Decisão Judicial para o caso concreto, contudo, etapas diferentes mas sucessivas.

A fundamentação se caracteriza pela atividade do Intérprete em encontrar dentro das Fontes do Direito, entre os elementos que a comunidade escolheu como

p.144.)

379 “A Decisão Jurídica é a implementação de uma conduta de acordo com a Norma Jurídica. É chamada de deliberação judicial quando praticada por uma autoridade no exercício da jurisdição, na qualidade de órgão de revisão das condutas praticadas em Sociedade, com poder de imposição mediante emprego da força intimidativa ou física (adjudicação de Direitos). Acaso a conduta seja implementada em contrariedade à Norma Jurídica cabível, a ser avaliado de modo intersubjetivo, a deliberação não recebe a qualificação de jurídica, mas sim de antijurídica, sendo passível a aplicação de alguma consequência, de acordo com o Ordenamento Jurídico.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.156.)

legítimos para elaboração de uma decisão, aqueles que podem ser aplicados ao caso concreto.

A fundamentação, então, são as escolhas realizadas pelo Intérprete, entre as Fontes do Direito, onde quais delas devem ser aplicadas e que servirão para melhor solucionar o caso concreto, quando se diz que uma decisão foi fundamentada quer-se afirmar que o Intérprete encontrou entre as Fontes do Direito aquelas que serviram para construção da solução do caso concreto.

Fundamentar não é justificar, como acima já ficou claro, enquanto se fundamenta expondo quais as Fontes do Direito são aplicáveis ao caso concreto, a justificação serve para explicar os motivos, oferecer as razões destas escolhas, bem como o porquê de outras fontes terem sido afastadas da decisão^{380 381}.

A justificação, portanto, é vinculada aos fundamentos articulados pelo Intérprete, mas não se trata de reprisá-los, trata-se sim de argumentar motivando estas escolhas e deixando claro porque elas construirão a melhor resposta ao caso concreto³⁸².

Adotando os ensinamentos de Alexy sobre justificação, já expostos nesse trabalho, ela desenvolve-se em duas etapas³⁸³, a primeira denominada justificação

380 “[...] Es importante además darse cuenta de que justificar una decisión no es lo mismo que explicarla y de que el razonamiento jurídico es básicamente justificativo.

Explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que la motivaron e los fines que se pretenden alcanzar al tomar esa decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, p. 266.)

381 “ Com ello no quiero decir que la justificación no tenga importancia; indudablemente cumple la función de exteriorizar los motivos – aparentemente reales – por los que el sujeto que decide considera preferible una determinada opción interpretativa y, desde este punto de vista, su elección no sólo es conocida sino que también puede ser impugnada a través del empleo de otros instrumentos interpretativos” (ORTEGA, Manuel Segura. **Sobre la interpretación del derecho**. Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003, p. 102.)

382 “Hemos quedado en que la argumentación tiene básicamente un carácter justificativo. [...] En principio, argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, 268.)

383 “Podem distinguir-se dois aspectos da justificação: a justificação interna (internal justification)

interna, onde o Intérprete deverá argumentar e demonstrar que a decisão possui lógica interna, ou seja, se a solução é a decorrência lógica da fundamentação estruturada (Fontes do Direito) e de sua interação com os fatos³⁸⁴.

A justificação externa é aquela onde o Intérprete deverá motivar as escolhas das Fontes do Direito que foram utilizadas na construção da solução para o caso concreto, deixando clara suas razões, a correção delas e porque são aceitáveis para solução do caso, além de eventualmente também justificar o afastamento de outros elementos decisórios³⁸⁵.

A justificativa possui a inconcussa finalidade de garantir que aqueles que forem alcançados pela solução do caso concreto possam ter ciência dos motivos racionais utilizados pelo Intérprete na construção da resposta³⁸⁶, para que assim possam analisar sua correção (pretensão de correção³⁸⁷), e discordando do que foi

e a justificação externa (external justification). Na justificação interna verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação. O objeto da justificação externa é a correção destas premissas.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 219.)

384 “Os problemas ligados à justificação interna têm sido amplamente discutidos sob o nome de ‘silogismo jurídico’. Atualmente há uma série de publicações em que se trata dos problemas relativos ao tema, aplicando-se os métodos da lógica moderna.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 219.)

385 “O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Estas premissas podem ser de tipos bastante diferentes. Pode-se distinguir: (1) Regras de Direito positivas, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem Regras de Direito positivo.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 228.)

386 “Certamente, quem interpretou um texto literário não está obrigado a dizer porque interpretou daquele modo; ao contrário, o Intérprete do Direito – e principalmente o juiz, mas não apenas ele – está-obrigado, inclusive institucionalmente (art. 93, IX, da CF), há dizer o porquê de sua interpretação.” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 298.)

387 “Mas a fundamentação judicial pode também cumprir outras funções: ‘tratar um ser racionalmente, isto é, como um ser racional, explicando-lhe por meio de razões por que se chegou a esta decisão que afeta negativamente seus interesses’. O próprio Lumann considera necessário ‘que os não participantes cheguem ao convencimento de que tudo acontece com normalidade, de que a verdade e o Direito se determinam com esforço sério, sincero e árduo e que também eles, se fosse o caso, poderiam fazer valer seu Direito com a ajuda desta instituição’. Isto pode ser interpretado como uma perífrase da pretensão de correção.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 214.)

concluído buscar a revisão da solução implantada³⁸⁸.

3.4.5. Ativismo e Discricionariedade

O reconhecimento da Constituição como Carta de Direitos Sociais e Fundamentais do Homem, com indubitável força normativa, bem como a expansão de teorias interpretativas que justificam a efetivação destes Direitos, fez surgir um cenário de judicialização das relações sociais³⁸⁹, fenômeno que colocou em evidência o Poder Judiciário e proporcionou em alguns casos o que se denominou de ativismo judicial³⁹⁰.

Preliminarmente, importante traçar os elementos que diferenciam os institutos do ativismo judicial e da judicialização dos direitos, pois embora próximos e muitas vezes objeto de confusão, retratam fenômenos distintos, somente após esse passo esclarecedor poder-se-á analisar ativismo e discricionariedade.

A judicialização dos direitos refere-se a um sistema de controle de constitucionalidade abrangente, sistema que permite amplo acesso ao judiciário e a

388 “Após, o resultado da operação aplicativa será objeto de fiscalização democrática, haja vista que a única forma de controlar a atividade decisória é através da intersubjetividade, proporcionada pela análise das justificativas, sob uma perspectiva argumentativa. Esta é a forma de redução da Discricionariedade decisória, proporcionada pela conjugação das restrições impostas pelas fontes com a sindicabilidade discursiva.” (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013. p.154.)

389 “A judicialização da política, por outro lado, é um fato que decorre do próprio aumento do caráter hermenêutico do Direito a partir do segundo pós-guerra.⁹⁴ Na medida em que os Direitos sociais passam a fazer parte dos Direitos fundamentais e, por outro lado, o Estado não os cumpriu sequer de forma mínima, a jurisdição aparece como lugar último ao cidadão para a garantia de tais Direitos.” (LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. Locais do Kindle 738-742.)

390 “Ao longo do século XX, o Direito passa por um processo contínuo e crescente de publicização. Primeiro, pela introdução de normas de ordem pública em áreas como locação, Direito do trabalho, Direito de família já existia, mas progressivamente essa publicização vai se aproximando do século XX com uma constitucionalização ampla do Direito e, portanto, o Direito passa a ser lido à luz da Constituição. Esse fenômeno da constitucionalização do Direito não significa propriamente a vinda de normas do Direito infraconstitucional para a Constituição, mas a leitura do Direito Civil, do Direito Penal, do Direito Processual à luz da Constituição, sob a lente da Constituição.” (BARROSO, Roberto Luiz. **Casos difíceis e a criação do Direito**. Seminário Teoria da Decisão Judicial: 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília : CJF, 2014, 186 p. : II. – Série cadernos do CEJ; 30.)

tramitação de ações, onde pode-se discutir, no caso concreto, matérias constitucionais de alcance político ou moral, matérias estas que estão claramente positivadas no texto constitucionais, principalmente através de Princípios³⁹¹.

Muito diferente é o ativismo judicial, que é guiado pela denominada 'construção constitucional', uma interpretação 'criativa', expressão que busca traduzir uma nova linguagem adota por integrantes do Poder Judiciário, que passa a atuar de modo proativo na interpretação das constituições, ou ainda, como afirma Mauro Cappelletti "produção do Direito por obra dos juízes"³⁹².

O ativismo judicial caracteriza-se quando o julgador acredita não encontrar solução para o caso concreto entre as fontes legítimas do direito, ultimando por criar um texto normativo ou outros elementos de decisão não contemplado no sistema jurídico, ou ainda inovando na interpretação dos textos já existentes, dando um sentido estranho ao que determina a história política da comunidade que instituiu e legitimou o sistema, e assim solucionar o caso.

Vê-se, então, o fosso conceitual e intransponível que diferencia judicialização

391 "E, aqui, uma qualificação à judicialização significa uma transferência de poder político das instâncias tradicionais, o Legislativo e o Executivo, que são eleitos, para o Poder Judiciário, cujos membros, como nós bem sabemos, não são eleitos. Falei da judicialização como fenômeno mundial, mas no Brasil tem duas causas específicas: a primeira, uma constitucionalização abrangente. A Constituição brasileira trata do sistema tributário, do sistema previdenciário, da separação de poderes, de índios, de meio ambiente, de criança e de adolescente, de idosos e, conseqüentemente, uma Constituição que trata da variedade de questões que a Constituição brasileira trata, potencializa a judicialização, porque constitucionalizar uma matéria é, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o Direito. Se há uma norma constitucional, há uma pretensão potencialmente baseada na Constituição que pode ser deduzida.

Além disso, temos um sistema de controle de constitucionalidade em que todos os juízes de Direito e todos os tribunais interpretam e aplicam a Constituição. E ainda temos um sistema que comporta ações diretas e um longo elenco de legitimados no art. 103 da Constituição, que inclui todas as confederações sindicais e todas as entidades de classes de âmbito nacional.

De modo que, no Brasil, é preciso que o interesse seja muito "chinfim" para que não se consiga que alguém o leve ao Supremo Tribunal Federal por ação direta ou por via de controle difuso. Assim, o sistema brasileiro de constitucionalidade e a constitucionalização abrangente levam a uma judicialização ampla das questões. [...]" (BARROSO, Roberto Luiz. **Casos difíceis e a criação do Direito**. Seminário Teoria da Decisão Judicial: 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília : CJF, 2014, 186 p. : Il. – Série cadernos do CEJ; 30.)

392 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, Reimpressão em 1999, p.13.

e ativismo, negando o que afirma Luís Roberto Barroso, quando afirmou que ativismo e judicialização seriam como primos³⁹³.

Ao analisar a separação dos poderes numa concepção jurídico-formalista poder-se-ia afirmar que não cabe ao Poder Judiciário implementar as políticas públicas, bem como a participação em decisões de caráter político e público, o que acaba por alterar as funções clássicas dos magistrados, contudo, na judicialização não se trata de se sobrepor ao Poder Legislativo ou interferir na separação dos poderes e sim de garantir em casos concretos os Direitos Fundamentais positivados constitucionalmente³⁹⁴.

Desta maneira, resta claro que ativismo é o subjetivismo aplicado no caso concreto, principalmente de viés constitucional³⁹⁵, é a criação de novo texto normativo através da atividade judicante, é a realização de uma interpretação inventiva, abarcando ou afastando do texto normativo ou de outros elementos de decisão o que dele pode ser compreendido pela tradição, substituindo-o pela

393 “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.” (BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Artigo encontrado no sítio <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acessado em 06/07/2018)

394 “Por isso, num Estado como o Brasil, que há uma gama de Direitos sociais não cumpridos, a judicialização é algo que certamente acontecerá. O cidadão que não tiver seu Direito satisfeito pelos demais Poderes, procurará o Judiciário como recurso último à proteção de sua pretensão.” (LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. Locais do Kindle 749-751.)

395 “Estas são as facetas do ativismo. Ele desvirtua os rumos estabelecidos pela própria nação, expressados pela Constituição, passando ao subjetivismo do Julgador, razão pela qual é um sério problema democrático, devendo ser expurgado da prática judiciária, para o bem ou para o mal, pois bons ativismos nada mais são do que a porta de entrada para os maus.” (LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. Locais do Kindle 806-809.)

vontade do próprio Intérprete³⁹⁶.

Para tratar da Discricionariedade adotaram-se as lições de Dworkin, que abordou o tema na obra 'Levando os Direitos a Sério', apontando-o como instituto do Positivismo Jurídico e de seu sistema de Regras, por isso mesmo superado pelo Pós-Positivismo, onde o sistema deixa de compreender somente Regras e são acrescentados os Princípios e Políticas.

A discricionariedade foi a saída encontrada pelos positivistas para responderem as questões reais apresentadas para solução, mas que não encontravam as respostas pré-estabelecidas no ordenamento jurídico, esses casos que não possuíam Regras para serem solucionados exigiam também respostas, para tanto os positivistas autorizavam o uso da Discricionariedade, ou seja, a liberdade do Intérprete em criar uma solução³⁹⁷.

Para Dworkin a Discricionariedade atua sempre em razão de alguém ter que tomar uma decisão de acordo com padrões estabelecidos³⁹⁸, diferenciando-a em fraca ou forte.

A Discricionariedade Fraca subdivide-se em dois tipos, na primeira situação os padrões estabelecidos não estão claros ou são ambíguos, cabendo então à autoridade a capacidade de decidir qual caminho seguir³⁹⁹, o segundo tipo ocorre

396 “Efetivamente há uma realidade que demanda o enquadramento jurídico próprio. Contudo, o que não se pode aceitar é que o Judiciário, substituindo-se ao constituinte e ao legislador, passe a formular o regulamento jurídico à situação. Esta não é sua função e o ativismo aparece justamente neste ponto, em que o STF substitui o texto constitucional pelo que o tribunal acha melhor para a sociedade.” (LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. Locais do Kindle 800-803.)

397 “De posse dessas observações, podemos agora voltar à doutrina positivista do poder discricionário do juiz. Essa doutrina argumenta que se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário.” (DWORKIN, Robert. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 54.)

398 “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.” (DWORKIN, Robert. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 50.)

399 “Algumas vezes empregamos ‘poder discricionário’ em sentido fraco, apenas para dizer que,

quando a autoridade responsável pela decisão a toma em última instância, sem possibilidade de revisão ou cancelamento⁴⁰⁰.

O autor conceitua Discricionariiedade Forte acrescentando as duas situações citadas aquela onde a autoridade em sua decisão não estaria limitada aos padrões pré-estabelecidos ou a ordens de autoridades, podendo agir com discernimento em suas escolhas⁴⁰¹.

Pode-se concluir que o conceito da Discricionariiedade do Intérprete normalmente praticado é aquela caracterizada como forte, pois quando ele não encontra resposta para solucionar a questão dentro das Regras ou ainda de outros elementos legítimos de decisão, entende-se livre dos padrões, tendo total liberdade para realizar as escolhas da resposta para solução do caso⁴⁰².

A Discricionariiedade também é, como o ativismo, causa de subjetividade do Intérprete da elaboração da Decisão Judicial, ora, se ele se vê desobrigado a seguir os padrões de julgamento legítimos, aduzindo que são insuficientes ou inexistentes para formatar a solução, resta a vontade do Intérprete, a liberdade de consciência.

por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos esse sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor, quando os pressupostos de nosso público não incluem esse fragmento de informação.” (DWORKIN, Robert. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 51.)

400 “Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que está não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário.” (DWORKIN, Robert. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 51.)

401 “Chamo esses dois sentidos de fracos para diferenciá-los de um sentido mais forte. Às vezes usamos ‘poder discricionário’ não 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.” (DWORKIN, Robert. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 52.)

402 “Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário. Nesse sentido, ela tem relevância para a análise dos princípios; na verdade, nesse sentido ela nada mais é do que uma reformulação da nossa segunda abordagem. E o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as Regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são Regras e são citados pelos juizes não impõem obrigações a estes.” (DWORKIN, Robert. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 55.)

Conseguiu-se demonstrar que, ao contrário do que alega Barroso, não existe qualquer parentesco entre a judicialização e o ativismo judicial, não são primos, como pensa, se existe alguma relação é de singela amizade respeitosa.

CAPÍTULO 4

4. SEGURANÇA JURÍDICA E APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

No primeiro capítulo deste trabalho procurou-se deixar claro um conceito satisfatório de Norma Jurídica, aceitando a teoria que a classifica em duas espécies, no caso Regras e Princípios Jurídicos, identificando-os e diferenciando-os, para adotar o entendimento de que Princípios Jurídicos podem ser suficientemente articulados para fundamentar uma Decisão Judicial, mesmo sem a intermediação de Regras.

Ao leitor encaminhou-se no segundo capítulo a relação entre Princípios Jurídicos e suas funções desempenhadas em três movimentos paradigmáticos da Ciência do Direito, escolhidos pela sua abrangência e importância dogmática, o Jusnaturalismo, o Positivismo Jurídico e o Pós-Positivismo, bem como se apresentou a vinculação entre valores e Princípios Jurídicos, particularizando-os, perfilhando a tese de que Princípios Jurídicos são exteriorizações deontológicas de valores historicamente importantes para determinada sociedade, com íntima referência à tradição.

No capítulo terceiro demonstrou-se a importância do processo como *locus* e instrumento de pacificação dos litígios, através da aplicação ao caso concreto das Fontes do Direito legitimamente adotadas em cada comunidade, dessa forma constrói-se a Decisão Judicial como a resposta adequada para a solução da lide.

O capítulo também resenhou teorias interpretativas escolhidas como essenciais, para assim promover a diferenciação delas em linhas hermenêuticas de pensamento objetivistas, subjetivistas e uma terceira espécie que buscam superar esses padrões, ao cabo demonstrou-se indubitável a relevância de se afastar ao máximo a Discricionariedade do Intérprete/Julgador na construção da resposta ao caso concreto.

O capítulo que agora se inicia discorrerá sobre Segurança Jurídica, conceituando-a e caracterizando-a, em seguida será proposto critérios de se alcançá-la quando da articulação dos Princípios Jurídicos, que podem ser elaborados como Fonte do Direito na criação da Decisão Judicial, ato contínuo passar-se-á a explorar as técnicas de aplicação dos Princípios Jurídicos quando da construção da Decisão Judicial, e ao final, projetar-se-á um método para aplicação dos Princípios Jurídicos na justificação da Decisão Judicial, com garantia de redução da Discricionariedade do Julgador e promoção da proteção jurídica.

4.1 Conceito de Segurança Jurídica, elementos que a caracterizam e seus fundamentos.

O termo segurança traz consigo a ideia de resguardar, de proteger alguém ou algo da ação ou omissão de outrem, manter a salvaguarda contra prejuízos, ameaças ou danos (materiais ou emocionais), também advindos da ação ou omissão de terceiros⁴⁰³.

A proteção exterioriza-se através de outras ações ou omissões do próprio agente ou de alguém em favor dele, ou seja, tornar seguro é determinar que algo seja remodelado para assim conseguir maior proteção (afastar o que causa insegurança), ou impedir que o *status quo* seja alterado, pois a variação resultaria em danos e prejuízos (manter as causas que garantem preservação).

Por outro lado, Segurança Jurídica não se apresenta de tão singela conceituação, até porque o termo é utilizado em diversas nuances, ora como elemento definatório⁴⁰⁴, algumas vezes como fato⁴⁰⁵, outras como valor⁴⁰⁶ e também

403 “Emprega-se a palavra ‘segurança’ no sentido da busca do homem em se proteger contra ameaças externas (segurança externa, física ou objetiva), como ocorre no caso em que o homem pretende ficar protegido contra a violência, o crime ou a dor.[...]”

Utiliza-se também a palavra ‘segurança’ no sentido da procura por um estado de liberdade diante do medo e da ansiedade (segurança interna, psicológica ou subjetiva), a exemplo do que se suscita na hipótese em que o homem deseja atingir um estado de tranquilidade emocional diante da realidade.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 119)

404 “A Segurança Jurídica pode fazer referência a um elemento da definição de Direito e, nessa

como norma, é sob esse último aspecto que reside o interesse deste trabalho.

Sob o viés da Segurança Jurídica como norma, pode-se delimitá-la como uma prescrição por meio da qual se estabelecem meios e fins que dizem respeito a um estado de coisas que devem ser buscadas para promovê-la, ou seja, preceitos para serem adotados com a finalidade de aumentar o grau de previsibilidade jurídica dos fatos ou de comportamentos⁴⁰⁷.

Conclui-se com essa definição de Segurança Jurídica como norma, que ela é identificada com a espécie Princípio Jurídico, pois prescreve um estado ideal de coisas que para sua realização é necessária a adoção de comportamentos que a promovam, no caso, um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico, que deverá ser previamente conhecido pelo agente⁴⁰⁸. Essa estrutura caracterizadora da Segurança Jurídica em nada se parece com a forma das Regras, que se apresenta como uma hipótese onde se conjugam os mandamentos, resultando uma consequência pré-determinada⁴⁰⁹.

função, ser uma condição estrutural de qualquer ordenamento. Nesse sentido, ordenamento jurídico privado de certeza não poderá, por definição, ser considerado jurídico.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 124.)

405 “A Segurança Jurídica pode referir-se a um estado de fato, isto é, a uma determinada realidade concreta passível de constatação. [...] Ela se vincula, em vez disso, a uma realidade fática que se entende existente.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 126.)

406 “A Segurança Jurídica pode, da mesma forma, denotar uma asserção sobre um estado desejável, isto é, de um estado que seja qualificado como digno de ser buscado, por razões sociais, culturais ou econômicas, porém não especificado por uma imposição normativa.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 126.)

407 “Nessa acepção – a ser progressivamente detalhada neste trabalho –, a Segurança Jurídica diz respeito a um estado de coisas que deve ser buscado mediante a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuam para a sua promoção. O emprego da expressão ‘Segurança Jurídica’ denota, pois, um juízo prescritivo a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com determinado ordenamento jurídico. [...] A Segurança Jurídica, nessa concepção, não significa a possibilidade de alguém prever as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos, mas sim a prescrição para alguém adotar comportamento que aumente o grau de previsibilidade.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 127-128.)

408 “No presente trabalho a Segurança Jurídica é examinada primordialmente na qualidade de Norma Jurídica da espécie ‘princípios’, isto é, como prescrição, dirigida aos Poderes Legislativos, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 130.)

409 “Como Princípio Jurídico, a segurança deve ser diferenciada das Regras. Estas são aquelas

Conquanto, apesar da estrutura da Segurança Jurídica ser principiológica, por sua disposição finalística (busca de um fim, característica comum aos princípios), ele possui uma especialidade na sua relação com outros princípios, um nexo de intermediação entre as normas (Regras e Princípios) e a realidade⁴¹⁰. O Princípio da Segurança Jurídica é aplicado intermediando outras normas e a realidade fática⁴¹¹.

O estado de coisas que o princípio da Segurança Jurídica deve promover é atingido através da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade, que atuam em conjunto para promover a salvaguarda necessária no Direito⁴¹².

O sentido de cognoscibilidade vem de compreensão do conteúdo normativo dos Textos Legais, com a capacidade do agente poder entender os textos e com eles articular o modo de se conduzir dentro da sociedade, quanto mais se promover a compreensão do conteúdo destes textos que fazem parte de determinado ordenamento jurídico, maior a preservação deste ordenamento⁴¹³.

normas que descrevem o que é permitido, proibido e obrigatório. Daí se afirmar que elas são compostas de uma hipótese (suposto ou antecedente), a que se conjuga um mandamento, uma consequência ou estatuição, tendo como forma associativa a cópula deôntica, que caracteriza a imputação normativa.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 130.)

410 “O princípio da Segurança Jurídica é, pois, uma norma portadora de uma eficácia sui generis no quadro principiológico, uma espécie de norma-condição ou norma-estrutura sem cuja eficácia mínima as outras normas também deixam de ser minimamente eficazes – é, pois, a norma das normas.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 673.)

411 “Com efeito, a aplicação do princípios da Segurança Jurídica exige a sua relação com uma realidade jurídica ou, em uma expressão mais simples, a sua aplicação pressupõe o cotejo de uma norma (princípio da Segurança Jurídica) com outra norma (norma legal, administrativa ou judicial). Nesse sentido, é preciso verificar se a norma inferior está de acordo com o princípio da Segurança Jurídica [...]. Vale dizer, é preciso verificar a compatibilidade de uma norma inferior com o princípio da Segurança Jurídica.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 138.)

412 “No entanto, se o Direito deixa de ser um elemento previamente dado, cuja a existência precede o próprio processo interpretativo, para passar a ser algo a ser realizado, cuja a existência depende do processo interpretativo e aplicativo, mais que segurança ‘do’ Direito, deve-se falar em segurança ‘no’ Direito.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 138.)

413 “Deve-se adotar, portanto, o conceito de cognoscibilidade, como capacidade, material e intelectual, de compreensão das alternativas interpretativas e dos critérios indispensáveis à sua concretização, no lugar do de determinação, como a capacidade de conhecer um único sentido normativo prévio.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 269.)

Confiabilidade decorre da ideia de estabilidade, o que não se confunde com imutabilidade, a estabilidade pretendida pela Segurança Jurídica é a certeza de que o Direito não sofrerá modificações a todo momento, e quando elas forem inevitáveis, decorrentes das naturais mudanças sociais, serão realizadas de forma clara, com adoção de regras de transição e cláusulas de equidade⁴¹⁴, a confiabilidade, sob o aspecto temporal, está diretamente ligada à transição entre o Direito no passado para o Direito no presente.

O ideal de calculabilidade decorre da falácia da antecipação das consequências jurídicas do Direito, de certezas absolutas que indubitavelmente não se coadunam com a noção do que seja Direito e as incertezas semânticas e interpretativas das normas, por isso a Segurança Jurídica deve servir para promover um elevado grau de previsibilidade das consequências dos atos e fatos, ou seja, ela contribuirá para que o cidadão possa calcular e prever as alternativas interpretativas e os efeitos normativos dos Textos Legais⁴¹⁵, a calculabilidade, também sob o aspecto temporal, relaciona o Direito no presente com o Direito no futuro.

Salienta-se que a percepção de calculabilidade é ligada intimamente à atenuação da imprevisibilidade das consequências jurídicas dos atos e fatos, pois esse ‘avaliação’ realizada pelo agente deve estar vinculada ao sentido do texto, a legitimidade das Fontes do Direito, respeitar a tradição e a história do sistema jurídico da comunidade, além do devido controle racional argumentativo da

414 “De outro lado, no entanto, pode-se compreender a Segurança Jurídica como exigência de ‘estabilidade na mudança’, isto é, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de Regras de transição e de cláusulas de equidade. A palavra mais consistente para denotar esse sentido é, assim, ‘confiabilidade’, compreendida como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 142.)

415 “A calculabilidade, no sentido aqui estipulado, não concerne à antecipação de acontecimentos, mas, em vez disso, à capacidade de antecipar, em medida razoável de profundidade e de extensão, as consequências jurídicas que o ordenamento jurídico determina que sejam implementadas. Não se antecipa o futuro, mas o sentido normativo do presente no futuro, ou mais tecnicamente, o sentido normativo da ação na inação praticadas no presente por uma decisão a ser proferida no futuro.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 190.)

justificação apresentada⁴¹⁶.

Com lastro nos elementos apresentados é possível construir um conceito satisfatório de Segurança Jurídica, e nesse contexto ela é norma princípio, e assim é porque não especifica condutas, mas traça planos que devem ser seguidos na medida do possível e dentro de possibilidades jurídicas e fáticas existentes, possuindo notadamente a função intermediária de nortear a criação de normas gerais e individuais, para que preencham os requisitos de compreensão, confiabilidade e calculabilidade, com isso garantindo que todos possam orientar suas condutas com a garantia de moldar seu presente e planejar seu futuro, sem reveses, surpresas ou arbitrariedades.

A base normativa para se concluir pela existência do Princípio da Segurança Jurídica é construída sob dois aspectos, fundamentos externos e fundamentos internos, assim considerados em razão de serem encontrados fora ou dentro do ordenamento jurídico.

O fundamento externo da existência do Princípio da Segurança Jurídica advém da própria consciência do que é Direito, da compreensão do que pode ser considerado um sistema jurídico, tratando-a como um de seus componentes essenciais, chegando-se ao ponto de apontar que a falta dela desqualifica o Direito de assim ser reconhecido⁴¹⁷.

416 “[...] a adoção de um conceito de Segurança Jurídica vinculado a um estado de calculabilidade não implica a ausência de controle das previsões. De um lado, porque a interpretação, embora envolva algum grau de indeterminação, não é nem desvinculada nem independente de critérios de legitimação, como aqueles fornecidos pela proporcionalidade e pela razoabilidade. De outro, porque a escolha do sentido depende, igualmente, de estruturas externas dadas por Regras materiais e procedimentais, [...]. Além disso, a atividade interpretativa é reconstrutiva, no sentido de ser, de um lado, constitutiva, mas, de outro, não ser discricionária, por que a Norma de Decisão é constrangida pelos sentidos do texto.” (ÀVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 271.)

417 “El nivel del orden significa que el Derecho debe lograr un mínimo de previsibilidad, de saber o què atenerse. De no ser así, esto es, si en general las normas no se aplicaran de forma regular a los supuestos que ellas mismas regulan, entonces ni siquiera tendría sentido decir que existe un sistema normativo.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, 193.)

O fundamento interno encontra embasamento no próprio contexto do que é um Estado de Direito, que é ordenado através de um sistema jurídico composto de Regras e Princípios, nos quais se exteriorizam exigências de compreensão, confiabilidade e calculabilidade⁴¹⁸, deduzindo desses suportes escritos a certeza da existência do Princípio da Segurança Jurídica.

4.2 Segurança Jurídica da norma, do ordenamento e da Decisão Judicial

Ponto imbricado à matéria Segurança Jurídica é sua delimitação quanto ao objeto, ou seja, pode-se falar em salvaguarda jurídica de uma norma, do ordenamento jurídico e da Decisão Judicial, sendo relevante esclarecer cada um destes ângulos, mas partindo do conceito já elaborado, que resumidamente estrutura-se como sendo a capacidade do agente conhecer o Direito e avaliar os resultados que serão atribuídos por ele aos seus atos, seja do ponto de vista do passado para o presente (confiabilidade) como do presente para o futuro (calculabilidade).

O princípio da Segurança Jurídica quando aplicado a um texto jurídico específico exige inicialmente a sua cognoscibilidade por parte do agente, o que decorre de se estabelecer um Direito com nível mínimo de acessibilidade e compreensão, a questão da confiabilidade e calculabilidade perpassa pela imposição de se compor um mandamento legal durável e estável, com isso orientando a comunidade sobre a correção do foi praticado (passado para o presente) e garantir

418 “Em el contexto del Estado moderno – del Estado de Derecho – las exigencias de certeza jurídica se concretan en una serie de principios (que en muy amplia medida viene a coincidir con lo que Fuller llamaba ‘Moralidad interna’ del derecho) que suelen estar recogidos en las constituciones y en otras normas básicas de los ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, el principio da legalidad que supone, entre otras cosas, que la Administración está sometida a la ley y que los delitos sólo pueden crearse por ley. El de que las normas jurídicas obligan incluso a aquellos que las ignoran. El de jerarquía normativa, que supone la prevalencia, em caso de conflicto, de las normas superiores sobre las inferiores. El de cosa juzgada, o sea, el de que las decisiones de los órganos supremos son definitivas y sobre ellas no cabe volver a decidir. El de irretroactividad, según el cual, las normas jurídicas, salvo supuestos excepcionales, no se aplican a situaciones del pasado. El de respeto a los derechos adquiridos. El de inexcusabilidad de decidir por parte de los jueces. El de publicidad de las leyes. El de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. O el de prohibición de interpretación analógica en algunos sectores como el Derecho penal y, en generale, el Derecho Sancionador.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, 194.)

justeza sobre o que se vai praticar (presente para o futuro)⁴¹⁹.

Quando se trata de Segurança Jurídica do ordenamento jurídico a situação é muito semelhante ao que se versou sobre a norma do ponto de vista individual, ou seja, o Princípios se aplica para orientar que as normas, que em seu conjunto devem ser compreendidas e precisas quanto às hipóteses legais descritas, a confiabilidade também verifica-se quando globalmente o ordenamento deve possuir estabilidade, e ainda a calculabilidade refere-se ao impedimento de mudanças extremadas e incoerentes, levando em consideração a história e a tradição da comunidade⁴²⁰.

Em que pese a importância de se delimitar e diferenciar Segurança Jurídica da norma e do ordenamento jurídico, indubitável que se apresenta mais pertinente para esse trabalho se descortinar o significado de Segurança Jurídica da Decisão Judicial, ou seja, Segurança Jurídica na aplicação das normas jurídicas⁴²¹, até porque no terceiro capítulo deste trabalho se deixou bastante claro que o Direito é, acima de tudo, uma atividade argumentativa, ou seja, a norma, como texto legal, ou o ordenamento jurídico, só ganham significado após a interpretação e aplicação ao caso concreto⁴²².

419 “E, em decorrência dessa constatação, em vez de se falar em ‘determinação’ e ‘previsibilidade’, utilizam-se as palavras ‘determinabilidade’ e ‘calculabilidade’ para fazer referência à capacidade de o cidadão, em geral, e de o contribuinte, em particular, conhecer os sentidos possíveis da norma a que vai obedecer e de controlar a concretização a ser dada àquela pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciária. Nessa acepção, determinabilidade significa a capacidade de conhecer os sentidos alternativos da norma, e calculabilidade, a capacidade de controlar os sentidos alternativos das decisões normativas futuras.” (ÀVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 167-168.)

420 “Em algumas situações o objeto da Segurança Jurídica não é uma norma, mas o ordenamento jurídico em geral, no sentido de que este, no seu conjunto, deve ser inteligível formal e materialmente; a estabilidade pode também referir-se ao ordenamento em geral, no sentido de que este, globalmente considerado, deve ter durabilidade; e a calculabilidade igualmente pode fazer referência à ordem jurídica, no sentido de que está, na sua totalidade, não pode ser objeto de modificações abruptas, drásticas e incoerentes.” (ÀVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 158-157.)

421 “Segue daí que os ideais de justiça (justiça dos procedimentos) tenham a ver também com “Segurança Jurídica”: um procedimento de Estado de Direito deve não só assegurar um resultado justo, em um processo de decisão, mas também e ao mesmo tempo (por meio de determinadas normas e de modo suficiente) um decorrer previsível desse procedimento decisório.” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. Editora Manole. Edição do Kindle. Locais do Kindle 1650-1653.)

422 “Nessa outra acepção o Direito é entendido como uma estrutura argumentativa por meio da qual são reconstruídas as alternativas semânticas possíveis de uma norma mediante critérios

Desse modo, parte-se da premissa de que o Direito é uma atividade interpretativa de fontes legítimas, e que se propõe a construir soluções para pacificação de conflitos concretos, disso resulta indubitável que a Segurança Jurídica deve analisar também como seu objeto, destacadamente, a aplicação das normas, dos textos legais, para que seja uniforme e não-arbitrária⁴²³.

As estruturas hermenêuticas, as teorias argumentativas utilizadas pelo Julgador na análise dos fatos e das Fontes do Direito para construção da resolução do litígio, deve fornecer aqueles que serão alcançados pela decisão um sentido de clareza e racionalidade, portanto, a decisão fundamentada exclusivamente em aspectos subjetivos e sem a devida justificação calcada em fontes legítimas do Direito é incompatível com o Princípio da Segurança Jurídica.

O caráter argumentativo do Direito, orientado em fontes legítimas, é indubitável garantia de salvaguarda jurídica, pois nenhuma solução do caso concreto pode ser construída a partir do nada, logo, são estes elementos de fundamento de uma decisão aceitos pela comunidade, através de sua tradição e história jurídica, os responsáveis por fornecer sua confiabilidade e calculabilidade⁴²⁴.

hermenêuticos. A Norma Jurídica, em geral, não contém um único sentido, mas alternativas semânticas e núcleos de significação, de maneira que a atividade do Intérprete consiste em reconstruir alternativas decisórias por meio de uma atividade dinâmica e argumentativa. O Direito, nessa perspectiva, envolve, sobretudo, um problema argumentativo; e a interpretação, uma atividade intermediária. E a Segurança Jurídica, por fim, abrange um problema de 'segurança da argumentação'. A Segurança Jurídica, em vez de ser segurança do objeto, é segurança racional e argumentativa." (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 170.)

423 "Toda aplicação do Direito traz alguma insegurança, pois, para aplicar uma norma, é necessário um mínimo de indeterminação: conceitualmente, se norma e realidade coincidisse, a aplicação seria desnecessária. Como um grau mínimo de indeterminação é, por assim dizer, condição da aplicação – sem a indeterminação a relação entre norma e realidade seria biunívoca e os juízes poderiam ser substituídos por computadores –, a aplicação do Direito marca um patamar em que razão e práxis abrem espaço para algum arbítrio. E, à sua vez, é essa possibilidade de arbítrio que exige o Direito à segurança." (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. Editora Manole: Edição do Kindle. Locais do Kindle 1713-1718.)

424 "Como adiante ficará mais claro, a compreensão do Direito como uma prática argumentativa e a aceitação de que a norma não envolve apenas um sentido, mas sentidos normativos alternativos – como será adiante retomado –, tudo isso não impede a persecução dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade. Isso porque, de um lado, o caráter argumentativo do Direito é limitado por postulados hermenêuticos e aplicativos que diminuem, sobre tudo, o âmbito decisional, como é o caso dos postulados (ou metanormas de aplicação) da proporcionalidade e da razoabilidade; e, de outro, porque o espectro em que se situam as consequências normativas

O Princípio da Segurança Jurídica orienta, portanto, que a Decisão Judicial deve observar, para sua validade, os requisitos da compreensão, da confiabilidade e da calculabilidade, deixando definido que seu conteúdo escoa, clara e racionalmente, as alternativas oferecidas pelas Fontes do Direito para solução da lide, alternativas estas limitadas pelo trabalho hermenêutico que desafia a construção da decisão correta para o caso concreto⁴²⁵.

4.3 Justificação e Segurança Jurídica

A justificação é ponto que se deve revisitar, agora notadamente sob o panorama da Segurança Jurídica, com a qual tem incontroversa conexão. A justificação, seja dos argumentos lançados pelo legislador para elaboração dos Textos Normativos, como também do Julgador na estruturação da Decisão Judicial, é garantia de salvaguarda, pois fomenta a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

A justificação promove a compreensão da Decisão Judicial elaborada, pois é através da justificação que o Julgador expõe à comunidade os fundamentos utilizados para construção da solução, apresenta as Fontes do Direito que apoiaram a decisão e a legitimidade delas, indicando a relação da integridade e coerência com a história e a tradição da sociedade.

Na justificação o Julgador também apresenta para discernimento a teoria

alternativas é limitado por meio da prática doutrinária e jurisprudencial, que, paulatinamente, vai qualificando algumas opções de sentido como sendo as mais corretas ou as mais fortemente suportadas pelo ordenamento constitucional.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 188-189.)

425 “As decisões judiciais, em um sistema de separação de Poderes, não são proferidas senão a respeito de Textos Normativos preexistentes a respeito dos quais possam ser reconstruídos sentidos normativos mínimos. Em outras palavras, as decisões judiciais fazem referência a normas abstratas anteriores. Sendo assim, tanto se pode afirmar que o objeto da calculabilidade são as normas – cujo conteúdo final, a ser declarado pelo Poder Judiciário, o cidadão deve ser capaz de prever como sendo um daqueles situados dentro das alternativas interpretativas da Norma Jurídica – quanto se pode dizer que o objeto da calculabilidade são as decisões judiciais, cujo conteúdo deve corresponder às possibilidades hermenêuticas previstas na Norma Jurídica.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 611.)

hermenêutica articulada para a interpretação dos fatos e construção da decisão, exibindo semanticamente o esquema lógico que resultou na solução da lide.

A confiabilidade e a calculabilidade da justificação são decorrências da cognoscibilidade, da obrigatória clareza e transparência da justificação elaborada pelo Julgador, será com as informações fornecidas através da justificação que a comunidade analisará a estabilidade da decisão construída e realizará o cálculo mental de previsibilidade, para examinar se a decisão é consequência das possibilidades fornecidas pelas Fontes de Direito legítimas.

No ordenamento brasileiro a justificação é obrigação imposta desde as Regras Constitucionais^{426 427}, do mesmo modo como no sistema jurídico italiano⁴²⁸, contudo, mesmo na hipótese de inexistência da exigência constitucional, a justificação ainda assim seria indispensável, imposição que decorre da aplicação do Princípio da Segurança Jurídica, isto é, a ausência de justificação é causa de intransponível insegurança, caracterizando abuso e arbitrariedade, invalidando a decisão.

Na justificação o Julgador deve apresentar os fundamentos que serviram para alicerçar a decisão, dentre as Fontes de Direito legítimas, todavia, mais importante que isso é o *múnus* de externar o raciocínio lógico que aplicou na hermenêutica destes fundamentos.

426 “art. 93, IX Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]” (Constituição da República Federativa do Brasil.)

427 “A Segurança Jurídica é um dos pilares do Estado de Direito e ganhou, na Constituição de 1988, disciplina ampla, de modo que o Supremo pôde observá-la nas mais variadas situações. Considerada essa amplitude, o Tribunal vem procurando fazer valer a inteligibilidade do Direito pela exigência de clareza da Regras Jurídicas; a confiabilidade do Direito pela estabilidade das normas no tempo, pela proibição de retroatividade, pela proteção ao Direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como a calculabilidade ou previsibilidade do Direito pela aplicação estrita das Regras de anterioridade e anualidade (princípio da não surpresa).” (MELLO, Marco Aurélio. **Interpretação constitucional e Direitos fundamentais**. In: MIRANDA, Jorge; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Nuria Belloso (Coords.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016.)

428 “art. 111. [...] Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati [...]” (Costituzione della Repubblica Italiana.)

A justificação é exigência de proteção jurídica, mas também meio de convencimento à comunidade da correção da decisão construída pelo Julgador, momento em que se reconhece verdadeiro moto-contínuo, a justificação tem a finalidade de convencer a comunidade da Justiça e correção da solução jurídica oferecida, com isso aumenta-se a confiança (Segurança Jurídica) da própria decisão, e estando a comunidade convencida, passa-se a ter mais força de persuasão as decisões exaradas, que exalam cada vez mais um sentimento de cuidado.

A justificação ganha relevância ainda maior quando tratamos das decisões com fundamento em Princípios Jurídicos, pois diante da inegável abertura hermenêutica de sua interpretação, somente através de um controle rígido da justificação utilizada pelo Intérprete será possível restringir a Discricionariedade⁴²⁹, gerando um aumento da Segurança Jurídica na aplicação do Direito.

A Segurança Jurídica da justificação exige do Julgador que além dos argumentos seja aprimorada também a fundamentação da decisão, afastando opiniões vazias ou simplesmente morais, essa tangibilidade é possível unicamente através dos Princípios positivados ou elaborados desde o ordenamento jurídico, visto que incabível se criar Princípios por encomenda ou dissociados do sistema jurídico e dos valores morais/éticos da comunidade.

A fundamentação e justificação da aplicabilidade dos Princípios Jurídicos

429 “Significa fazer: se não há novidade no reconhecimento dos Princípios Jurídicos como fonte do Direito, embora subsidiária, é possível afirmar que a novidade decorreu da constitucionalização e normatividade a ele atribuída, formatação que lhe confere compulsória observação. Como ensina J. J. Gomes Canotilho (2000, p. 83-84), a atuação jurisdicional, hoje, reclama a ‘princípioalização da Jurisprudência, ou seja, a mediação judicativo-decisória dos Princípios Jurídicos para a solução materialmente justa dos feitos submetidos à apreciação judicial’, afirmando, mais, que ao contrário dos séculos XIX e XX (primeira parte), em que prevalecia o Direito das Regras e dos códigos, o Estado Democrático de Direito reivindica principalmente um Direito de princípios. Contudo, essa ‘princípioalização’ tem gerado sérios desencontros na aplicação dos princípios constitucionais, isso porque, à evidência, aguça a criatividade judicial. Daí o encaminhamento no sentido de se estabelecer, nos limites do Judiciário, um controle efetivo das decisões judiciais, notadamente quando proferidas sem a recomendável mediação legislativa.” (ROCHA, Mauro Sérgio. **Aplicação direta dos princípios constitucionais: controle de constitucionalidade das decisões judiciais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2016, p. 80.)

reivindica primordialmente, até como conclusão lógica, que se parta do caso concreto para o Princípio Jurídico aplicável para sua solução, esse é o contorno que bloqueia inexatidão e invencionices do Julgador.

Partindo dessa resistência criada pelo caso concreto e pelo Princípio Jurídico elaborado desde o ordenamento, o afastamento da subjetividade da justificação torna-se menos trabalhosa, cabendo ao Julgador articular outros critérios de julgamento legítimos (Fontes do Direito), e com isso revelar o verdadeiro alcance e efetividade daquele Princípio que resolve a demanda.

Importante lembrar que essa tese não projeta que Princípios Jurídicos sejam articulados em conjunto com outras Fontes do Direito para que as lacunas de uma sejam supridas pelas aplicações das outras, não se busca uma simbiose, uma conexão entre Fontes do Direito, o que se demonstrará é que outras fontes devem servir de critérios balizadores para apontar a melhor interpretação ao Princípio Jurídico, adequando-o objetivamente ao caso concreto.

4.4 A Identificação dos Princípios Jurídicos e o afastamento de pseudoprincípios

A Segurança Jurídica na aplicação dos Princípios Jurídicos tem seu ponto de partida, como conclusão lógica, na sua identificação cuidadosa, bem como no afastamento de falsas ideias e juízos pessoais ou institucionais que podem ser confundidos com Princípios.

Indubitável herança do Positivismo Jurídico e fomento de segurança, a codificação das normas se presta ao primeiro requisito para identificação dos Princípios pautados pela salvaguarda jurídica, ou seja, devem eles ser positivados no ordenamento jurídico, de forma explícita ou implícita, mas sempre decorrendo do texto legal devidamente codificado.

O Princípio Jurídico pode não estar explícito no texto, mas quando implícito deve ser decorrência clara e lógica de sua investigação⁴³⁰, o Intérprete não inventa ou produz o Princípio Jurídico de acordo com seu humor ou vontade, mas o percebe e identifica no próprio conteúdo texto normativo⁴³¹.

Em que pese a enorme divergência doutrinária sobre a identificação dos Princípios Jurídicos, ressalta-se aos olhos que o primeiro modo de se promover a parte de se conhecer suas características, inclusive sobre o enfoque gramatical, o que se tratou no primeiro capítulo desse trabalho e agora é rememorado.

Os Princípios Jurídicos podem ser identificados em razão de sua generalidade, não sinônimo de banalidade ou universalidade, mas sim como oposto de especialidade, expondo-se através de enunciados com sentido largo e aberto, indicando com isso ampla linha de aplicações⁴³².

Contudo, esse amplo teor de abstração não significa vagueza ou imprecisão, pois o alcance dos Princípios Jurídicos é determinável pelo caso concreto e pela

430 “Feita esta ressalva, cabe assinalar que, no tocante à sua instituição, os Princípios podem estar expressamente escritos em Texto Legislativo (mediante positivação), de modo a não restar dúvida quanto à viabilidade de sua utilização como Fonte Jurídica, ou alternativamente, serem construídos argumentativamente (construção principiológica), pelo trabalho do órgão de aplicação, de acordo com sua relevância para estruturação sistemática da ordem jurídica, hipótese que demanda maior empenho discursivo.” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2ª ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2014, p. 172.)

431 “Os princípios constitucionais implícitos são extraídos do ordenamento jurídico – e não inventados pelo Intérprete -, mas não há um método rígido de revelação. São extraídos de uma regra singular, de um conjunto mais ou menos amplo de Regras, do ordenamento em seu conjunto (Guartini, 2005, p. 193) ou até mesmo de outro princípio, importando, apenas, que sejam reconduzíveis ao mesmo programa normativo-constitucional (canotilho, 2002, p. 911).” (ROCHA, Mauro Sérgio. **Aplicação direta dos princípios constitucionais. Controle de constitucionalidade das decisões judiciais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2016, p. 57.)

432 “As características materiais mencionadas fazem-se acompanhar de uma diferenciação formal (ou distinta forma de apresentação): os princípios são dotados de um elevado grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (Regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa.” (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tiragem (com acréscimos), Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 17-18.)

atividade no Intérprete⁴³³.

Quanto ao conteúdo dos Princípios, como já se expôs, eles se identificam com valores morais da sociedade que o instituiu⁴³⁴, servindo como fundamento para garantir sua preservação ou apontando fins que devem ser realizados.

Retoma-se aqui a manifestação exposta no segundo capítulo, de que as normas jurídicas estão impregnadas de valores estimados pela sociedade, e que valores morais foram positivados através dos Princípios Jurídicos, incorporados às Constituições⁴³⁵.

A circunstância de Princípios revelarem valores morais não leva a conclusão lógica que todos estes valores podem agora exteriorizarem-se através dessa espécie normativa⁴³⁶, pois Princípios continuam sendo identificados por um dever-

433 “[...] Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto: Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (imprevisibilidade dos princípios); permitem, sim, a projecções ou irradiações normativas com um certo grau de Discricionariedade (indeterminabilidade), mas sempre limitadas pela juridicidade objectiva dos princípios. (Canotilho 1993:191; veja-se também Carmen Lúcia Antunes rocha 1994:29: ‘... a generalidade não significa imprecisão. Antes, indica a possibilidade – ou a necessidade – de se concretizar, em sentido preciso, conquanto plural, e se desenvolver de maneira perfeitamente coerente com o que a sociedade espera daquele conteúdo.’)” (ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tiragem (com acréscimos), Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, pp. 18-19.)

434 “[...] Aliás, os princípios e Direitos fundamentais são, nsete sentido, expressão jurídico-constitucional (mediante a incorporação ao Direito positivo, na condição de Direito objetivo) de uma determinada ordem de valores comunitários, não podendo ser reduzidos a Direitos (posições subjetivas) individuais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 84.)

435 “O que peculiariza a interpretação da Constituição, d modo mais marcado, é o fato de ser ela o estatuto jurídico do político, o que prontamente nos remete à ponderação de ‘valores políticos’. Como, no entanto, esses ‘valores’ penetram no nível do jurídico, na Constituição, quando contemplados em princípios – seja em princípios explícitos, seja em princípios implícitos – [...]” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica**. 17ª Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 158.)

436 “‘Positivaram-se os valores’: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a ‘criação’, em um segundo momento, de todo tipo de ‘princípio’, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiológica’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**:

ser (aspecto deontológico), portanto, somente valores (aspecto axiológico) que apontam na direção de um dever podem ser reinterpretados como Princípio Jurídicos.

Acresce a essa identificação do valor sob o ponto de vista deontológico de um dever-ser a necessidade de se encontrar a ligação entre o valor Moral e a sociedade onde será aplicado, pois somente são positivados como Princípios valores morais aceitos pela história social da comunidade que o instituiu (tradição)⁴³⁷.

A estrutura formal dos Princípios, por força de sua abstração, regra geral indica somente fins a serem garantidos ou alcançados, cabendo o Julgador precisar as ações para concretizar esse fim, sempre com lastro na solução para o caso concreto. É o caso concreto apresentado para solução que será o primeiro delimitador do sentido e alcance do Princípio Jurídico.

Em relação à aplicação, princípios são identificados quando afastam a possibilidade de realização sob a forma de 'tudo ou nada' típica das Regras, ausente entre os Princípios a hierarquia piramidal de Kelsen, resta uma dimensão de peso apresentada por Dworkin, quando então a aplicação se daria na medida do possível e dentro das possibilidades jurídicas para o caso concreto, mas sem excluir que os efeitos dos Princípios eventualmente apartados possam ser articulados para solução de outro conflito.

A identificação de um Princípio Jurídico não se dá levando em consideração somente uma de suas características, elas se complementam, devem ser

constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 518.)

437 “ Realmente, como salienta Jorge Miranda, o Direito Constitucional encontra-se ‘todo ele envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade’.

Atualmente, a doutrina majoritária reconhece que as constituições contemporâneas são tributárias de certos valores, que albergam em suas normas como diretrizes, comandos ou objetivos a serem alcançados por todo o sistema normativo e pelos operadores do Direito. Assim, ‘as Constituições não estão livres de valores, antes os pressupõem e os acolhem em seu seio.’” (TAVARES, André Ramos. **Princípios Constitucionais**. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Vader (Coords.). Tratado de Direito constitucional, vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 457-458.)

observadas em conjunto para se ter a certeza do reconhecimento, arredando o que seria unicamente a busca de lastro para um discurso argumentativo de soluções individuais⁴³⁸.

Necessário deixar-se bastante claro que os Princípios Jurídicos encontram sua aplicação e alcance no caso concreto, porém, eles não podem ser ‘encontrados especialmente para solução de um caso concreto específico’, Princípios Jurídicos não são soluções individuais para casos determinados⁴³⁹, eles preexistem no ordenamento, assim como seu significado no mundo jurídico⁴⁴⁰.

Ao Julgador é incabível reescrever Princípios Jurídicos de acordo com seus desejos pessoais, eles não servem para fundamentar sobre o que se estima ou se despreza, apesar de sua maior generalidade, eles possuem sentido próprio e alcance de aplicação definido pelo caso concreto mas não especialmente para o caso concreto, não se prestando a serem moldados para satisfação dos anseios do Intérprete.

Pode-se concluir nesse ponto, apesar da objeção de parte da doutrina, que Princípios Jurídicos devem ser verdadeiramente tratados como valores com característica deôntica (dever ser), que por serem prestigiados pela sociedade em

438 “Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do Direito (e de força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses ‘princípios’) é transformada em discurso com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 538.)

439 “[...] Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘panprincipiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho Positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonista judicial), o Intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio Intérprete pode criá-los.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 538-539.)

440 “A doutrina, ao elaborar proposições descritivas chamadas de princípios, nada inventa (non inventa nulla). Como observou Crisafulli [1941:261-262; no mesmo sentido Clemente de Diego 1916:924], limita-se ‘a dare adeguata espressione concettuale a qual coa che trova già, come un dato, più o meno esplicito, nell’ordinamento al quale quella costruzione dogmatica si riferisce (e dal quale, pertanto, dipende essenzialmente)” (GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo de juizes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)**, 7ª ed., refundida do ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102.)

determinado momento da história, os positivaram no interior de seu ordenamento jurídico, principalmente em suas Constituições, isso de modo explícito ou implícito.

Os Princípios explícitos são de melhor identificação, pois expressamente afirmados no texto normativo como tais, por sua vez, é de imensa dificuldade a identificação dos Princípios implícitos, estes são resultados da interpretação de um ou mais Textos Normativos, sejam eles Constitucionais ou Infraconstitucionais⁴⁴¹.

Para se alcançar os Princípios implícitos é imperioso dar-se conta de que, por expressar valores prezados pela sociedade em determinado momento histórico, deve o Intérprete buscar no conjunto das normas a sua unidade e coerência, partindo do que adensou a sociedade sobre estipulado tema, analisando qual a tradição daquela comunidade sobre o assunto versado.

Somente os valores deontologizados (dever ser) no conjunto dos Textos Legais podem ser tratados pelo Intérprete como Princípios Jurídicos, são expressões de dever ser dentro da história do Direito de determinada sociedade.

Portanto, para reconhecer os Princípios Jurídicos implícitos, fazendo-se uso dos termos de Eros Grau, é necessário compreender o Direito Pressuposto, ou seja, o Direito como relação social anterior a positivação estatal, é no conhecimento da história, da unidade e da coerência dessas relações sociais que se poderá buscar a conexão do Direito Pressuposto com o Direito Posto, e neste discernir os Princípios Jurídicos⁴⁴².

441 “Refiro-me, ao mencionar princípios do Direito (= de um determinado Direito positivo), a princípios explícitos e a princípios implícitos.

Os explícitos são expressamente afirmados, como tais, pelo texto da constituição ou da lei. Os implícitos resultam da interpretação de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de Textos Normativos da legislação infraconstitucional. São – na dicção de Luiz Prieto Sanchís [1998:50] – consequências interpretativas.” (GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo de juízes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)**. 7ª ed., refundida do ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 101.)

442 “O Estado põe o Direito – direto que dela emana -, que até então era uma relação jurídica interior á sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como Direito pressuposto, quando o Estado põe a lei, torna-se Direito posto (Direito positivo).

Dworkin também tratou do tema de identificação dos Princípios Jurídicos, assinalando que eles fazem menção a Direitos e Deveres, não se podendo confundir com reflexões sobre a prudência do modo de agir em sociedade ou generalizações históricas sobre política⁴⁴³, ou seja, reforça o aspecto deontológico que deve ser encontrado no texto normativo para dessa premissa se concluir tratar-se de um Princípio Jurídico implícito.

Desse modo cabível concluir que a identificação dos Princípios Jurídicos passa pela observação do uso de uma linguagem generalizada e aberta, mas não só isso, é indispensável também que o texto trate de valores sociais de determinada comunidade e ao mesmo tempo aceite a construção gramatical de um dever ser, contudo, 'dever ser' distante de uma aplicação na forma de 'tudo ou nada', mas sim de objetivos que devem ser garantidos.

A demonstração clara de que nem todo texto normativo aceita a caracterização de Princípio Jurídico constata-se no exame dos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade, tratados em inúmeros momentos como Princípios quando na verdade não podem ser assim identificados.

A proporcionalidade e razoabilidade não podem ser analisadas e apontadas

[...]

Pois bem: os princípios gerais de um determinado Direito são encontrados no Direito pressuposto que a ele corresponda. Nesse Direito pressuposto os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem." (GRAU, Eros Roberto. **O Direito ponto e o Direito pressuposto**. 8ª ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 64 e 71.)

443 "Eu penso mesmo que os Princípios Jurídicos sempre são princípios morais? Há uma ambiguidade aí. A proposição poderia significar que os Princípios Jurídicos sempre são princípios morais fundamentos e corretos, e se for isso mesmo, então, como tive o cuidado de repetir, não é o que penso. Mas pode significar que os Princípios Jurídicos sempre são princípios morais na forma (sejam bem fundamentados ou não, tenham força ou sejam insignificantes como juízos morais) em vez de, por exemplo, juízos prudentes ou generalizações históricas. Esta consideração é mais interessante e eu apoio, pelo menos no seguinte sentido. A palavra 'Moral' pode causar confusão aqui, como sempre acontece, mas para mim essa proposição significa que os princípios que figuram nos argumentos jurídicos fazem menção aos Direitos e deveres dos cidadãos e de outras pessoas jurídicas em vez de exaltar, por exemplo, juízos prudentes ou generalizações históricas. Como acabei de dizer, suponho que o processo de avaliação dos princípios extraídos da história institucional seja o processo de avaliação das justificativas dessa história, no qual se diferencia justificativa de explicação." (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 525-526.)

como Princípios Jurídicos, pois não aceitam uma construção sob o aspecto deôntico, eles não podem ser aplicados como uma ordem de dever ser, pois é incompleta sua compreensão nesse formato, pois a proporcionalidade e a razoabilidade devem sempre estar relacionadas a algo para se calcular o que é proporcional ou razoável.

Não possui qualquer sentido uma determinação de aspecto deôntico, de dever ser, impondo que uma norma ou uma decisão deve ser proporcional ou razoável, pois sempre lhe faltará um significante de relação a alguma coisa, bem por isso que Eros Grau já tratou estes institutos como pautas de aplicação do Direito⁴⁴⁴, ou como disse Humberto Ávila, postulados que instituem critérios de aplicação de outras normas⁴⁴⁵.

Em síntese, a identificação dos Princípios Jurídicos mostra-se primordial como primeiro passo para analisar sua aplicabilidade, afastando aqueles institutos que falsamente assim se apresentam, seja na doutrina ou na jurisprudência. O reconhecimento e individualização do objeto a ser interpretado como um Princípio Jurídico é essencial para se definir o método interpretativo aplicável na descoberta de seu alcance.

4.5 Métodos para articulação dos Princípios Jurídicos nas decisões judiciais

No decorrer do trabalho chegou-se a conclusão de que Princípios Jurídicos

444 “Tanto uma quanto outra – proporcionalidade e razoabilidade – não consubstanciam princípios (=Regras). São pautas normativas de aplicação do Direito. Isso tenho seguidamente afirmado [v. Grau 2009: itens 65, 65-bis e 137-138].” (GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo de juizes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)**. 7ª ed., refundida do ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 135.)

445 “Isso demonstra que esses exames investigam o modo como devem ser aplicadas outras normas, quer estabelecendo critérios, quer definindo as medidas. De qualquer forma, as exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo, é oportuno tratá-las como metanormas. E, como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí a utilização do termo ‘postulado’, a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14ª ed., atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 159.)

são espécie de normas, assim como as Regras, contudo, principalmente em razão da característica de generalidade merece atenção maior quando articulados pelo Julgador, ou seja, a interpretação e aplicação dos Princípios Jurídicos como fundamento da Decisão Judicial deve ser promovida através método diferente daqueles empregados às Regras.

A doutrina elenca inúmeros métodos para articulação das normas nas decisões judiciais, bem por isso, antes de apresentar uma proposta com tendência de originalidade e novidade para aplicação dos Princípios Jurídicos na justificação da Decisão Judicial, com garantia de maior Segurança Jurídica, necessário expor aqueles parâmetros mais utilizadas pelos Julgadores.

Para um melhor recorte doutrinário, escolheram-se os métodos mais observados no cotidiano daqueles que se dedicam a aplicação das normas, tratam-se da subsunção, da ponderação e do sopesamento de forças, bem como apresentar-se-ão como possibilidades o diálogo de fontes (interno) e o diálogo de cortes (externo).

4.5.1 Subsunção

A subsunção, exteriorizada através do silogismo lógico dedutivo, surgiu como método de aplicação do Direito com a finalidade de suprir as necessidades do Positivismo jurídico⁴⁴⁶, elaborado com a pretensão de transformar o Direito em Ciência, bem como garantir Segurança Jurídica na sua realização.

Antecipadamente, o silogismo lógico dedutivo não surgiu como método de aplicação para o Direito, mas como método de interpretação científico voltado a diversas áreas que aplicam a lógica dedutiva.

446 “Acerca da quarta peculiaridade (aplicação por subsunção), os juspositivistas sustentam que as Normas Jurídicas são direcionadas ao juiz, a quem cabe aplica-las através de um procedimento lógico dedutivo, chamado de subsunção dos fatos aos Textos Normativos, com vistas a descobrir a resposta latente preestabelecida pelo legislador ou em precedente judicial anterior, que servirá como solução para o novo caso que se apresenta perante a jurisdição” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p.184)

O silogismo lógico dedutivo apoia-se em um raciocínio onde uma premissa maior, no caso um enunciado geral, é confrontada por uma premissa menor que com ele se relacionada, e deste cotejo desponta uma conclusão, uma resposta lógica para o enfrentamento das premissas, o exemplo mais comumente utilizado pela doutrina é de todos os homens são mortais (premissa maior), sendo Sócrates um homem (premissa menor), indubitavelmente Sócrates é mortal (conclusão) ⁴⁴⁷.

Para que o silogismo lógico dedutivo seja exitoso em suas conclusões é vital que as premissas (maior e menor) sejam cientificamente válidas e verdadeiras, ou seja, “[...] a verdade da conclusão pressupõe a verdade das premissas [...]”⁴⁴⁸, e nesse ponto que o método do silogismo lógico dedutivo encontra sua restrição quanto à aplicação no Direito, como adiante será esclarecido.

Na subsunção, adotando o silogismo lógico dedutivo, a atividade de aplicação do Direito ficaria restrita ao emprego dos Textos Legais aceitos como Fontes do Direito em determinada comunidade, estas normas seriam os únicos critérios de julgamento aceitos⁴⁴⁹, isto é, a premissa maior seriam sempre os Textos Legais.

Através do silogismo lógico dedutivo coloca-se em prática a subsunção como método de execução do Direito, ou seja, o texto legal determina uma regra de conduta e o resultado no caso do seu eventual descumprimento pelos agentes

447 “Pelo silogismo, vamos de uma verdade à sua consequência, ou do geral para o particular. Essa afirmação de que no silogismo se vai do geral para o particular é certa para o silogismo, mas não vale para todo o processo dedutivo. No silogismo procedemos efetivamente, de uma proposição enunciada de maneira geral (premissa maior) para as consequências dessa proposição em caso particular (conclusão), pelo confronto com uma enunciação intermediária (premissa menor). Se dizemos que todos os homens são mortais e que Sócrates é homem, há uma inferência inelutável quanto a mortalidade de Sócrates.” (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146.)

448 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146.

449 “O jurista consultado, o jurista cientista, o advogado militante, o órgão administrativo, o órgão jurisdicional, o procurador geral do Estado, têm um fim específico: verificar quais as normas em vigor que incidem sobre tal ou qual categoria de fatos. Com ajuda da experiência e da ciência jurídica (em sentido estrito) não procuram as causas históricas, ou antropológicas, ou sociológicas, ou racionais, que intervêm na criação de Regras de Direito. Sem tais fatores reais e ideais não surgiriam, nem se modificariam, nem se desfariam tais Regras. Mas o propósito jurídico-dogmático é verificar se a norma existe. E existir a norma significa, se é válida, se tem vigência por ter sido posta por processo previsto no ordenamento.” (VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, EDUC, 1977, pp. 22-23.)

(premissa maior), uma vez verificada factualmente a situação descrita no texto e caracterizada a sua desobediência (premissa menor), a consequência é aplicável (conclusão)⁴⁵⁰.

Na subsunção caberá ao Intérprete unicamente observar se o fato/ato praticado pelo agente é compreendido pelo texto legal e se as condições determinadas para sua aplicação foram preenchidas, se a resposta for positiva seus efeitos devem ser efetivados⁴⁵¹.

Apesar da subsunção levar a uma incontestada Segurança Jurídica e a promoção de um lustro de cientificidade ao Positivismo jurídico, a prática demonstrou que sua aplicabilidade ficou restrita aos casos denominados por Dworkin como fáceis, isto é, a crise do Positivismo alcançou também a subsunção, restringindo o uso do silogismo lógico dedutivo na aplicação unicamente das Regras.

A impossibilidade do Positivismo jurídico apresentar todas as respostas para solução dos conflitos jurídicos, lacunas intransponíveis diante da rápida evolução social e de seus conflitos, a premissa maior, que deveria ser decorrência da certeza (verdade) da regra aplicável ao caso concreto⁴⁵², se torna insubsistente para garantir

450 “Porque el juez o juzgador obtiene la decisión [3] a través de un razonamiento deductivo, denominado usualmente ‘silogismo de la aplicación del derecho’ o ‘silogismo judicial’. En este razonamiento, el enunciado jurídico primario prescriptivo [1] ocupa el lugar de la llamada ‘premisa normativa’, también denominada ‘premisa mayor’ o ‘primera premisa’; el enunciado descriptivo [2] es la ‘premisa fáctica’, también denominada ‘premisa menor’ o ‘segunda premisa’; y finalmente, la decisión [3] es la conclusión deducida de los dos enunciados previos. En síntesis, lo que SAD sostiene es que la decisión [3] aplica el enunciado jurídico primario [1] por ser la conclusión de un razonamiento deductivo que el juez o juzgador realiza tomando como premisas el enunciado jurídico [1] y un enunciado descriptivo (concretamente, el enunciado [2]).” (MARÍN, R. Hernández. **Las obligaciones básicas de los jueces**. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, p. 22-23.)

451 “A argumentação substantiva ou classificativa tem lugar quando se trata de aplicar uma regra de acção, isto é, uma regra que estabelece que uma vez verificadas determinadas condições de aplicação (um caso genérico) então alguém deve, pode ou está obrigado a realizar uma determinada acção.

[...]

- Caso se verifique uma série de propriedades X (que configuram um caso genérico) então é obrigatório (proibido ou permitido) realizar a acção Y.

- Nesse caso verificam-se as propriedades X (ou seja, o caso concreto subsume-se no caso geral).

- Portanto, é obrigatório (proibido, permitido) realizar a acção Y.” (ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014, pp. 211-212.)

452 “Normas gerais – como anteriormente assinalado – têm carácter hipotético, quer dizer, elas

a conclusão lógica da aplicação do silogismo.

Utilizando os termos manobrados por Kelsen⁴⁵³, o quadro ou moldura de interpretações aceitáveis para determinada Regra não consegue abarcar a totalidade dos conflitos e apresentar as soluções devidas, impossibilitando a subsunção como modo insuspeito para aplicar o Direito.

Especificamente sobre os Princípios Jurídicos, sua generalidade, a indeterminação de um fim específico a ser alcançado⁴⁵⁴, prejudica sua aplicação como premissa maior do silogismo lógico dedutivo, impossibilitando o uso do método da subsunção para sua aplicação ao caso concreto.

Todavia, para alguns autores, entre eles destaca-se especialmente Luigi Ferrajoli, a subsunção se mantém como método aplicável às normas jurídicas em geral, entendendo-as todas como regras deônticas incorporadas ao sistema jurídico positivo, portanto, estão incluídas as Regras propriamente ditas e também os Princípios Jurídicos, aceitando o autor que a técnica da subsunção seja aplicada a ambos, pois não observa distinção prática entre eles^{455 456}.

ligam a uma condição genericamente determinada uma certa consequência universalmente determinada como devida” (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 342.)

453 “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.)

454 “Princípios, por outro lado, não determinariam necessariamente a decisão, mesmo quando se pode neles separar o antecedente normativo e a consequência jurídica, e as condições do antecedente são preenchidas. Eles simplesmente contêm razões que indicam uma ou outra decisão, que eles sugerem. Outros princípios podem ter precedência sobre eles. Os contraexemplos (counterinstances) encontrados em relação aos princípios não poderiam ser tratados, como no caso das Regras, como exceções. Seria impossível abranger as exceções em uma formulação integral dos princípios, e, portanto, aplicar o princípio como uma regra, de um modo tudo ou nada. Diferentemente das exceções às Regras, não seriam os contraexemplos a princípios sequer teoricamente enumeráveis” (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2015, p. 169.)

455 “Tampoco bajo este aspecto, podemos anadir a lo ya dicho en el parágrafo precedente, existe diferencia de estatuto entre ‘normas’ y ‘principios’. Si es verdad que las normas no son sino los significados asociados por el Intérprete a actos lingüísticos normativos, también los principios, los aquí llamados principia iuris et in iure por venir formulados diretamente en el derecho, son a su vez significados normativos o normas: em concreto, son normas sustantivas pertenecientes a la

Conclui-se, portanto, que a subsunção é método útil e eficaz de aplicação do Direito Positivo, restrita a situações de execução de Regras, respeitando divergência doutrinárias, ademais, somente para os casos em que, com facilidade, se pode determinar que os fatos se subsumem a premissa maior (Regra), e com isso ao Julgador cabe empregar a conclusão já exposta na própria premissa, o que comumente se denominou como ‘casos fáceis’ (‘easy cases’).

4.5.2 Ponderação

Para as questões que a subsunção, através do silogismo lógico dedutivo, não apresenta solução foi necessária a formulação de outros métodos de aplicação do Direito, principalmente para alcançar situações onde a norma aplicável para solução do caso concreto não é uma Regra, mas sim um Princípio Jurídico⁴⁵⁷, abarcando inclusive as situações onde mais de um Princípio Jurídico acabam por colidirem quando da busca da solução do conflito.

Uma destas técnicas desenvolvidas para a aplicação dos Princípios Jurídicos, quiçá a mais conhecida delas, denominou-se de ponderação, tendo como seu

dimensión nomoestática de! derecho. Con la consecuencia de que si es cierto que, en virtud dei principium iuris tantum de la coherencia, e! significado prescriptivo de una decisión debe ser compatible - para que resulte legítimo y para que la decisión sea válida- con las normas sustantivas superiores, entonces debe serlo también con los principios expresados por las normas o derivados de ellas; tanto es así que en caso contrario, como se há mostrado en el parágrafo precedente, estos mismos principios se manifiestan como regias en las que son subsumibles los actos inválidos que constituyen su violación.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. V 1.** Madrid: Trotta, 2011. p. 538.)

456 “No tocante às Normas Jurídicas, Ferrajoli devem que assumem a forma e a estrutura de Regras Jurídicas, as quais resultam da interpretação de textos elaborados pelo legislador. Como emenda ad hoc ao Positivismo Jurídico, o autor entende que os princípios morais inseridos na ordem jurídica, principalmente na Constituição, também possuem normatividade, porém, operam de maneira similar às Regras Jurídicas, inexistindo diferença de grau ou estrutural, mas apenas de estilo” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Garantismo jurídico: o esforço de Ferrajoli para o aperfeiçoamento do Positivismo jurídico.** Revista da ESMESC, V.22, nº 28, 2015, p. 37.)

457 “Ora, bem, os juízes não utilizam só esses esquemas argumentativos, pela simples razão de que, quando têm que aplicar o Direito para resolver um caso, nem sempre está disponível uma regra. Dito de outra forma, os juízes não só aplicam normas, ma também princípios. Têm que recorrer aos princípios, basicamente, quando não existe uma norma aplicável à situação (lacuna normativa) ou quando existe uma norma, mas ela é incompatível com os valores e os princípios do sistema (lacuna axiológica); ou seja, trata-se – neste segundo caso – de pressupostos relativamente aos quais falha a pretensão da norma servir como razão concludente ou excludente, porque o aspecto directivo da mesma se parta do justificativo.” (ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação.** Lisboa: Escolar Editora, 2014, pp. 215-216.)

persistente divulgador Robert Alexy.

A necessidade de método distinto de aplicação das normas, especificamente Princípios Jurídicos, deve-se essencialmente em razão da diferença *prima facie* das Regras e Princípios, ou seja, os Princípios ordenam que algo deve ser realizado, mas na medida do possível, levando em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas, inclusive podendo sofrer na sua aplicação constrangimentos decorrentes de outros Princípios aplicáveis, sem com isso perder a validade de qualquer um deles⁴⁵⁸.

Quanto às Regras, ao contrário, no momento em que ocorrem os pressupostos indicados no comando, o resultado é a consequência jurídica de sua aplicação, visto que as Regras exigem que se faça exatamente o que está ordenamento no comando, a própria Regra já apresenta suas possibilidades jurídicas e fáticas, impostas de antemão pelo legislador, em razão dessa característica própria, a ela é cabível aplicar a subsunção.

Além disso, em relação às Regras vige a impossibilidade da convivência, dentro do mesmo ordenamento, de duas ou mais ao mesmo tempo válidas e que levam a consequências jurídicas contraditórias para o mesmo caso concreto, a essa situação aplica-se a invalidade de uma das Regras, desde que nenhuma seja absorvida por uma cláusula de reserva⁴⁵⁹.

458 “Mas os princípios em sentido estrito são normas de acção (embora se trate de acções definidas de forma muito genérica) e as directivas são normas fim; estas últimas estabelecem a obrigação, permissão, etc., de procurar alcançar objetivos – estado de coisas - económicos, sociais, etc., ficados também de maneira genérica. Por outro lado, dada a amplitude das condições de aplicação, é praticamente inevitável que, em determinado caso, não haja um único princípio aplicável; o habitual é que concorram vários princípios que suscitam exigências contra-postas, A ponderação é a maneira de encontrar uma solução para essa situação de tensão.” (ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014, pp. 217.)

459 “Um juiz não pode considerar simultaneamente válidas e nem pode simultaneamente aplicar duas Regras cujas hipóteses de incidência concorrem em um caso, Regras essas que possuem consequências jurídicas contraditórias. O fato de uma regra ser válida e aplicável a um caso significa que sua consequência vale. Se ambas as Regras devessem ser simultaneamente consideradas válidas e aplicáveis, deveriam então ser proferidos, em uma decisão, dois juízos concretos de dever ser jurídico que se contradizem. Essa possibilidade, do modo específico como fundamentada, deve ser excluída. Por isso o teorema da colisão de Dworkin é verdadeiro para Regras sem cláusula de

Desta maneira, a necessidade da ponderação justifica-se como método para aplicação do Direito aos casos que não encontram solução nas Regras mas sim nos Princípios Jurídicos, habitualmente denominados casos difíceis (*hard cases*), exigindo a natureza *prima facie* deles uma conexão com o exame da proporcionalidade difundido por Alexy⁴⁶⁰.

Para Alexy, através do método da ponderação os Princípios Jurídicos podem ser realizados em seu mais amplo e possível alcance, levando em consideração às possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto que deve ser solucionado⁴⁶¹.

Nesse ponto é importante lembrar que em razão do amplo espectro de abrangência interpretativa dos Princípios Jurídicos, e comum a colisão deles no momento da aplicação, servindo a ponderação igualmente para solução desse impasse.

A prática da ponderação perpassa pelo exame da aplicação em três níveis, três máximas parciais, denominadas como (a) máxima parcial de adequação, (b) a máxima parcial da necessidade e a (c) máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser sistematizadas e superadas nessa ordem de proposição⁴⁶².

reserva.” (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2015, p. 180.)

460 “A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de Decisão Jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam solução diferenciadas.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 358.)

461 “Princípios contêm pois, tomados respectivamente em si, sempre somente um comando *prima facie*. A determinação da medida comandada de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto é a ponderação. Por essa razão a ponderação é a forma de aplicação específica do princípio.” (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2015, p. 146.)

462 “A natureza dos princípios como comandos de otimização conduz diretamente a uma conexão necessária entre os princípios e o exame da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade, que nas últimas décadas tem obtido um reconhecimento internacional cada vez maior na prática e na teoria da jurisdição constitucional, consiste em três máximas parciais: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais expressam a ideia de otimização. Por essa razão, a natureza

A máxima parcial da adequação está ligada a capacidade do meio escolhido para se alcançar o fim determinado no Princípio Jurídico, ou seja, a ideia da adequação é vinculada ao fato de se encontrar entre os meios oferecidos um que possa promover da melhor forma o fim apontado no Princípio, ou seja, o Intérprete deve escolher entre os diversos meios aquele que vai incrementar convenientemente a sua finalidade indicada, excluindo aqueles que não se prestam para solução⁴⁶³.

Após o exame da adequação do meio escolhido para pôr em prática o fim presente no Princípio Jurídico, removendo os meios que não auxiliariam na elucidação do conflito, é realizado a análise da necessidade do meio adotado.

Para averiguação da necessidade do meio adotado deve-se promover um juízo comparativo entre os meios oferecidos no ordenamento para escolher aquele menos gravoso ao Princípio Jurídico que porventura poderá sofrer a restrição decorrente da colisão⁴⁶⁴.

O Intérprete deve averiguar os meios alternativos que podem promover o mesmo fim indicado no Princípio Jurídico, e restringir a escolha aquele meio que em menor medida afete um outro Princípio que pode vir a ser prejudicado com a escolha.

As duas primeiras máximas acima exploradas aludem a intensificação das

dos princípios implica a máxima proporcionalidade e vice-versa.” (ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Organizadores Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 05.)

463 “Essa máxima tem, na verdade, a natureza de um critério negativo. Ela elimina meios não adequados. Um tal critério negativo não determina tudo, mas exclui algumas coisas. Nesse sentido, ele ajusta-se à ideia de uma ordem-moldura. Como elemento de uma ordem como essa, ele exclui algumas coisas – a saber: aquilo que não é adequado – sem, com isso, determinar tudo.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 590.)

464 “Nesse sentido, também a máxima da necessidade é expressão da ideia de eficiência de Pareto. Em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas da outra posição. [...] Isso não é nenhuma otimização em direção a algum ponto máximo, mas apenas a vedação de sacrifícios desnecessários a diretos fundamentais.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 591.)

possibilidades fáticas, são os casos onde o Intérprete é capaz de atingir o máximo do Direito presente no Princípio Jurídico aplicável, sem com isso causar desvantagem para outros Princípios⁴⁶⁵, contudo, problemas surgem quando a medida adequada para solução do caso concreto acaba por interferir sobremaneira no Direito indicado em outro Princípio Jurídico colidente⁴⁶⁶, quando então a otimização encontra resposta na máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

A máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito é identificada fundamentalmente com a ponderação de Princípios colidente, consiste em considerar, refletir e avaliar as vantagens e os prejuízos nas escolhas entre Princípios Jurídicos conflitantes para solução do caso concreto e que levam a solução distintas, para determinar qual aquele que deve ceder em favor do Princípio Jurídico prevalente na resposta adequada para pacificação do litígio.

Com a ponderação, quanto maior o grau de descumprimento de um Princípio Jurídico, mais alto deverá ser a satisfação do cumprimento do princípio colidente em suas condições fáticas e jurídicas, é o que se intitula 'lei da ponderação' ou 'lei do sopesamento'⁴⁶⁷.

Na máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, o procedimento de ponderação também se manifesta sob três variáveis, sempre levando em

465 “O objeto das duas primeiras máximas parciais, a máxima parcial da adequação e a máxima parcial da necessidade é, ao contrário, a otimização em relação as possibilidades fáticas. Com isso trata-se de se, com base nas possibilidades fáticas, podem ser evitadas custos para os Direitos fundamentais sem que surjam custos para os fins do legislador, ou seja, trata-se da otimalidade de pareto. Isso é essencialmente menos problemático que a ponderação, que avalia qual lado deve suportar os custos.” (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2015, p. 153-154.)

466 “A disputa fundamental começa quando uma medida é adequada e não está à disposição um meio mais leve, que interfere em menor medida. Então um dos dois princípios deve fazer um sacrifício, e a questão é qual.” (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2015, p. 153-154.)

467 “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação soa princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: 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.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª tiragem São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015, p. 593.)

consideração o caso concreto apresentado para solução⁴⁶⁸.

Na primeira variável o Intérprete deverá observar para o caso concreto exposto o quanto um Princípio Jurídico será descumprido, isto é, qual a intensidade da interferência suficiente para a resolução.

Nessa fase é indispensável identificar todos elementos da situação que será elucidada, principalmente a identificação clara dos Princípios colidentes, conflitantes, e sua ordenação para solução da divergência.

A segunda variável obrigará o Intérprete buscar os fundamentos que apontam para a relevância do cumprimento do Princípio oposto aquele que receberá a interferência, nessa fase assinalar-se-á fundamentadamente a relação de primazia de um Princípio em relação a outro, apontando o peso abstrato dos Princípios relevantes.

A última etapa manifesta-se com o exame do ponto onde o cumprimento do Princípio prevalente justifica o grau de descumprimento daquele submetido, o Intérprete exporá a certeza porque o Princípio Jurídico dominante é a melhor solução para o caso concreto, sobrelevando aquele colidente.

Alexy elaborou a ponderação para ser aplicada através de fórmula matemática, que denominou 'formula de peso', onde às três variáveis (peso, intensidade e certeza) seriam opostos valores em escala (leve/1, médio/2 e grave/4), e o peso concreto do Princípio prevalente quando colide com Princípio subjugado decorre do quociente entre o produto das três variáveis conotadas como o Princípio prevalente, por um lado, e o produto das mesmas variáveis conotadas com aquele

468 “A lei da ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos ou níveis. No primeiro nível trata-se do grau de descumprimento e ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele.” (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2015, p. 154.)

subjugado, por outro lado⁴⁶⁹.

Como bem analisou Atienza, a fórmula matemática exposta por Alexy, inclusive apresentando com uma escala de valores para cada uma das variáveis, na realidade deve ser assimilada como uma alegoria para melhor assimilação do que é a ponderação⁴⁷⁰, permanecendo inalterada, de toda forma, a concepção de que a investigação da prioridade de um Princípio sobre o outro se estabelece tendo em vista as três variáveis⁴⁷¹.

Nota-se que apesar do esforço de apresentar um método científico e objetivo para mediação do conflito entre Princípios na solução do caso concreto, a questão da Discricionariedade do Julgador se mantém contundente na ponderação, em razão da liberdade na atribuição dos valores as variáveis, com isso lesando a Segurança Jurídica.

Ainda assim, a ponderação tem, pelo menos, a capacidade de servir para adelgaçar as variáveis necessária para o exame do peso dos Princípios opostos na solução do caso concreto, facilitando a averiguação da argumentação desenvolvida sobre estas variáveis e com isso oferecendo o controle mais restrito das decisões obtidas.

469 “A formula do peso significa que o peso do princípio Pi, em relação ao princípio Pj, nas circunstâncias do caso concreto, resultado do cociente entre o produto dessas três variáveis conotadas com o princípio Pi, por um lado, e o produto das mesmas variáveis conotadas com o princípio Pj, por outro. Formula-a assim:

$$\text{Pes } i, j = \frac{A_i \times \text{Pes } i \times S_i}{A_j \times \text{Pes } j \times S_j}$$

“ (ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014, pp. 222.)

470 “Creio que a análise de Alexy é interessante porque põe em evidência, efectivamente, quais são os diversos ingredientes que devem ser tidos em conta para dar prioridade a um princípio sobre o outro, o que contribui pra racionalizar a operação. Mas parece-se que o propósito de uma formulação matemática pode dar a falsa impressão de que se trata de um cálculo, de seguir um algoritmo, ou algo do mesmo estilo (para isso contribui o uso reiterado de expressões como ‘produto’, ‘quociente’, etc.). O próprio Alexy tem consciência de que se trata mais de uma analogia, que considera simplesmente ‘instrutiva’ (Alexy, 2002, p. 42).” (ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014, pp. 223.)

471 “Em definitivo, a anterior formulação acaba por ser um caso de uso metafórico da linguagem matemática, que nada parece acrescentar à simples afirmação de que a prioridade de um princípio sobre outro se estabelece tendo em conta os três elementos (ou variáveis) assinaladas por Alexy: a afectação dos princípios; o peso dos mesmos em abstracto e a maior ou menor certeza das afirmações empíricas.” (ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação**. Lisboa: Escolar Editora, 2014, pp. 223.)

4.5.3 A integridade e a coerência em Dworkin

Nos ensinamentos de Ronald Dworkin encontra-se outro método para interpretar os Princípios Jurídicos na solução de casos difíceis, entendendo-os como aqueles em que o Julgador não encontra uma Regra para sua resposta ou em uma análise preliminar não consegue fazer prevalecer uma entre duas ou mais opções de interpretação de um Princípio⁴⁷².

Para elucidação destas questões interpretativas dos Princípios Jurídicos, Dworkin lastreou sua teoria em dois pontos, na integridade e na coerência, e para explicá-los fez uso de uma ilustração mítica, de um juiz denominado 'Hércules', que por ter a capacidade e o tempo ilimitados para analisar as questões apresentadas para solução dos casos e por conhecer todas as normas e a história da comunidade, sempre chega a melhor decisão possível⁴⁷³.

Nesse momento é importante afastar a imagem fictícia de 'Hércules', sendo mais significativo para o trabalho promover um recorte e investigar o legado deixado por Dworkin no que concerne à integridade e à coerência como método de interpretação e solução de casos com base em Princípios.

Na teoria apresentada por Dworkin os Princípios ganham uma dimensão de

472 “Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta sua melhor luz, do ponto de vista da Moral política, estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 306.)

473 “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os Princípios Jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. [...] Considero que ele aceita as principais Regras não controversas que constituem e regem o Direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir Direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever legal de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (rationale), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 165.)

peso, no sentido de importância⁴⁷⁴, e no caso do inevitável conflito entre eles a decisão é encontrada mediante o reconhecimento dos seus caracteres deontológicos, tendo em vista o caso concreto e considerando o Direito em sua integridade, apenas assim a controvérsia acerca do melhor caminho a seguir é solucionada, podendo se observar qual dos Princípios conflitantes terá precedência.

Em razão de sua dimensão de peso, os Princípios Jurídicos, para Dworkin, atuam primordialmente como uma orientação para as decisões, dando o sentido a ser seguido pelo Julgador, e ainda que alguns Princípios não prevaleçam para a solução do caso concreto apresentado, ele sobrevive intacto, podendo servir de fundamento para uma nova conjunção, o Intérprete deve decidir conforme a direção dos Princípios considerados de maior peso, ainda que existam outros, de peso menor, apontado em sentido contrário⁴⁷⁵.

Ronald Dworkin desvenda seu método para selecionar entre as hipóteses de interpretação a que melhor solucione os casos concretos, empregando o que qualifica como integridade e coerência.

Para expor a definição de integridade para Dworkin parte-se do Intérprete levando em consideração a história institucional do sistema jurídico no qual irá atuar, percebendo-o como um movimento constante, analisando de forma refletida, mas completa, a Constituição, a legislação e os precedentes, com isso identificando através da própria sociedade os Princípios Jurídicos aceitáveis para solução da

474 “Os princípios possuem uma dimensão que as Regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se apõe aos princípios de liberdade de contrato) aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. [...] essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz todo sentido perguntar que peso ele tem ou quais importante ele é.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 42-43.)

475 “Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. Esta não parece uma razão para concluir que juízes que devem haver-se com princípios possuam poder discricionário, já que um conjunto de princípios pode ditar um resultado. Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 57.)

lide⁴⁷⁶. Essa interpretação abandona o engessamento do que se designa 'vontade do legislador'⁴⁷⁷, e abraça o Direito como evolução interpretativa das normas, promove-se o que ele nominou como uma interpretação construtiva.

Para externar o que reconhece como coerência na aplicação do Direito, Dworkin faz uso do que cognominou de 'romance em cadeia'⁴⁷⁸, um exercício literário onde um grupo de escritores escreveria um romance único, cada um deles seria responsável por um dos capítulos, em sequência, assim, para entregar um texto claro e lógico cada um dos autores teria dupla responsabilidade, de interpretar e criar, lendo o que foi feito antes pelos integrantes do grupo e depois criando sua continuidade lógica para o texto⁴⁷⁹.

Dworkin compara o escritor do 'romance em cadeia' com um Julgador, que para decidir sua questão deverá interpretar o que foi escrito no passado por outros magistrados, em questões jurídicas semelhantes, para constatar o que disseram e porque assim agiram, visando atingir a uma opinião do que estes magistrados

476 "Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por Regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras Regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da Jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito." (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 229.)

477 "O Direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o Direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O Direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo 'realismo'." (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 274.)

478 "Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta s capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante." (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 276.)

479 "Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes." (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 276.)

fizeram coletivamente⁴⁸⁰.

O limite do juiz na solução do caso concreto é alcançado através desse procedimento em cadeia, analisando a história jurídico social através das decisões, convenções e práticas dos juízes anteriores, sendo que a nova decisão assumirá como uma continuação dessa história⁴⁸¹.

Com a teoria do ‘romance em cadeia’ a escolha entre os sentidos do texto legal deixa de ser uma intenção individual do Julgador e passa a ser uma vontade social decorrente da história dos julgamentos anteriores, realizada à luz de uma teoria política e com base no melhor Princípio que possa justificar a decisão⁴⁸².

A coerência não é voltada somente para o passado, não imobiliza o Intérprete, também observa o futuro, pois a ideia é sempre ‘inventar’ uma história melhor⁴⁸³, contudo, sem partir desordenadamente para uma nova direção, um sentido diferente é aceitável só quando devidamente justificado também na mudança da própria

480 “O Direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 294.)

481 “Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o Direito como integridade deve admitir que a verdade ira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 305.)

482 “Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado. Ele então deve fazer uma escolha entre as interpretações aceitáveis, perguntando-se qual delas apresenta em sua melhor luz, do ponto de vista da Moral política, a estrutura das instituições e decisões da comunidade – suas normas públicas como um todo.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 306.)

483 “O Direito como integridade nega que as manifestações do Direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 271.)

história da comunidade⁴⁸⁴.

A teoria de Dworkin sobre a interpretação das normas e sua aplicação possui como assento uma Comunidade de Princípios, que ele explicitou como uma sociedade composta por pessoas que consideram sua prática governada através de Princípios comuns, decorrentes de sua própria história, e não somente por Regras criadas em conformidade com um acordo político temporal e de ocasião⁴⁸⁵.

O Direito, dessa forma, não estaria circunscrito a um conjunto de decisões emanadas das instituições do Estado, indo além dessa institucionalização, pois decorrente de um sistema de Princípios construídos a partir da interpretação da história das práticas sociais dessa comunidade⁴⁸⁶, o que em muito equivale à explicação de Eros Grau para o Direito Pressuposto.

Os personagens de Dworkin (Hércules e os autores do romance em cadeia) são membros dessa Comunidade de Princípios, portanto, suas decisões são formatadas tendo esse cenário, ou seja, a história das práticas sociais regendo, através dos Princípios Jurídicos, as decisões que melhor solucionarão o caso

484 “Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagens, trama, tema e objetivo que está interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 277.)

485 “O terceiro modelo de comunidade é o modelo do princípio. Concorde com o modelo das Regras que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por Regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de Regras possíveis.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 254.)

486 “A teoria da Decisão Judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Ao contrário, sua teoria identifica uma concepção particular de Moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a Moralidade comunitária é a Moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 197.)

concreto, e por externarem o desejo da comunidade, a ficção da totalidade de seus membros, os argumentos da solução se apresentam com a pretensão de serem os mais corretos, o que Dworkin denomina da única resposta correta.

4.5.4 Diálogo das fontes (interno) e diálogo das cortes (externo)

O diálogo das fontes é mais um método cabível para afastar antinomias jurídicas e auxiliar a interpretação das normas, principalmente nos sistemas legais principiológico do pós-guerra, onde além de Regras o ordenamento jurídico passou a comportar também os Princípios Jurídicos.

O diálogo das fontes serve, então, como ferramenta ao Julgador para que se possa, dentro da pluralidade de fontes normativas, diversas vezes contraditórias, encontrar a solução para o conflito⁴⁸⁷.

A expressão 'diálogo das fontes' foi forjada por Erik Jayme, no Curso Geral de Haia, em 1995, quando indicou para solução de antinomias jurídicas na solução de conflitos a aplicação simultânea, coerente e coordenada de múltiplas Fontes do Direito⁴⁸⁸, ou seja, as fontes não se excluíam quando aplicadas ao caso concreto, mas se complementariam e se harmonizariam na elucidação das desavenças⁴⁸⁹.

487 “Na pós-modernidade, a pluralidade de fontes normativas e axiológicas torna praticamente insustentável a solução de exclusão de normas, preferindo-se o diálogo entre elas, de forma coerente e coordenada. Nota-se, pois, que as transformações socioeconômicas, bem como a evolução tecnológica, características dos tempos pós-modernos, traduzem a falta de compatibilidade entre as leis e os fatos sociais, ratificando o que o civilista Gaston Morand já denominara de ‘revolta dos fatos contra os códigos’.” (BARROS, André Borges de Carvalho. **A solução de antinomias no ordenamento jurídico brasileiro nas relações de consumo: dos critérios clássicos à teoria do diálogo das fontes**. Revista Brasileira de Direito Comercial, Porto Alegre: LexMagister, nº 23 – jun-jul/2018, p. 44-45.)

488 “Em seu curso Geral de Haia de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, em face do atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicar da lei contemporâneo.” (MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 45 – jan-mar/2003, p. 71-72.)

489 “A doutrina atualizada, porém, está a procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema), do que da exclusão. E a denominada

As Fontes do Direito tratadas na teoria de Erik são as fontes legislativas, não diferenciando entre normas internacionais, supranacionais e nacionais, leis específicas ou gerais, interessando não à ordem hierárquica, mas sua convergência para solução do conflito⁴⁹⁰, sem deixar de lado nesse diálogo os precedentes e os Princípios Jurídicos⁴⁹¹.

Com o diálogo das fontes busca-se abandonar a hierarquia das normas⁴⁹², em contrapartida tem-se como foco a solução do conflito, importa a finalidade material das normas e sua convergência, examinado-as em conjunto e de forma coerente para solução do caso concreto⁴⁹³.

'coerência derivada ou restaurada' ('cohérence dérivée ou restaurée'), que é um momento posterior a decodificação, a tópica e a micro-recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso Direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não-coerência.'" (MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 45 – jan-mar/2003, p. 72-73.)

490 "Erik Jayme [...] cunhou a expressão 'diálogo das fontes' para significar a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, internacionais, supranacionais e nacionais, leis especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais, daí a impossibilidade de revogação, derrogação ou ab-rogação ou solução clássica das antinomias." (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 115 – jan-fev/2018, p. 23.)

491 "Temos ainda que considerar não só o Direito nacional mas também a crescente influência do Direito internacional, em especial das Convenções de Direitos Humanos. Essa ampliação das fontes, como bem ensina Erik Jayme, não é só do Direito escrito, em normas expressas, mas entre valores implícitos, [...] e na consideração dos princípios. E, mais, não só do Direito posto, a hard law, mas a soft law influencia cada vez mais a nossa interpretação do que é justo, além da crescente importância do precedente e da regulamentação na interpretação das leis a aplicar." (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 115 – jan-fev/2018, p. 27-28.)

492 "O 'diálogo das fontes' significa, que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, Direitos supranacional e Direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado." (JAYME, Erik. **Entrevista com o Prof. Erik Jayme**. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 1, Vol. 3, jul/set. 2000, p. 292)

493 "Os pontos de partida, de conexão e de chegada são os mesmos: o inter-relacionamento (diálogo) dos Textos Normativos de sistemas jurídicos (fontes) de diferentes níveis de normatização (multinível) a partir da atuação dos aplicados do Direito (juízos). O que se busca é mostrar a possibilidade e a necessidade de um diálogo de fontes feito pelo Judiciária em um contexto multinível democrático para o melhoramento do Direito, isto é, para suas melhores compreensão e aplicação." (SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Uma introdução ao dualismo, ou a influência da teoria do diálogo das fontes na teoria do Direito constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 989 – mar./2018, p. 163.)

O Intérprete, diante desse conjunto de Fontes do Direito que compõem o sistema jurídico, deverá estabelecer a coexistência delas, nesse contexto a exclusão de uma das fontes em razão da eventual incompatibilidade é aceitável, mas somente quando sua contradição supera todas as tentativas de coordenação e de equilíbrio⁴⁹⁴.

O diálogo das fontes expõe-se sob três formas usuais, o primeiro denominado diálogo sistemático de coerência, o segundo o diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade e o último de diálogo das influências recíprocas sistemáticas.

No diálogo sistemático de coerência duas ou mais fontes legislativas são aplicadas concomitantemente, em conjunto ao mesmo caso, com uma norma servindo de base conceitual para outra⁴⁹⁵.

No diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade, umas das fontes legislativas complementa a aplicação da outra, onde ambas são aplicadas de forma coordenada, com uma complementando ou subsidiando o sentido de outra norma⁴⁹⁶.

494 “O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segunda solução ao lado da tradicional: a coordenação destas fontes. Uma coordenação flexível e útil (effet utile) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: a retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídicos (ou do ‘monólogo’ de uma só norma possível à ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua ratio, a finalidade ‘narrada’ ou ‘comunicada’ em ambas.” (MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 45 – jan-mar/2003, p. 74.)

495 “Na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um micro-sistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade.” (MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 45 – jan-mar/2003, p. 76.)

496 “Na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou

Diálogo das influências recíprocas sistemáticas ocorre quando uma das fontes legislativas tem seu campo de aplicação redefinido por outra fonte, com influências mútuas⁴⁹⁷.

Verifica-se em todas as formas que o diálogo de fontes se manifesta como método sistemático de interpretação, compreendendo o Direito a partir como um sistema jurídico complexo e amplo, mas sempre indivisível, afugentando as incoerências através da análise da finalidade nas normas para solução do caso concreto⁴⁹⁸.

O diálogo de fontes recusa a hierarquia das normas e traça linha ao Intérprete, apontando que a solução do conflito e da proteção efetiva de um Direito perpassa pela aplicação de normas jurídicas de vários níveis, na busca pela resposta mais adequada⁴⁹⁹, contudo, interpretação deve ser sempre convergente em favor dos valores e Princípios Jurídicos albergados pela comunidade e

complementar em caso regulado pela outra lei.” (MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 45 – jan-mar/2003, p. 76.)

497 “Há diálogo ds influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei [...] É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de double sens (diálogo de coordenação e adaptação sistemática).” (MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 45 – jan-mar/2003, p. 77.)

498 “O Dialog der quellen trabalha, portanto, com uma coordenação integrativa e dialogal das fontes pelo Intérprete-aplicador, que, na presença de fontes de origens diversas, insto é, de fontes emanadas de ordenamentos jurídicos diferentes, com valores contranstantes (não necessariamente colidentes), deve realizar um diálogo na busca da melhor proteção que possa ser oferecida pelo Direito.” (SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Uma introdução ao dualismo, ou a influência da teoria do diálogo das fontes na teoria do Direito constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 989 – mar./2018, p. 192.)

499 “O diálogo de fontes é, nesse passo, como afirma Erik Jayme, ‘um fenômeno novo e impactante, porque antes se considerava apenas a ideia de hierarquia entre as fontes, e não a de uma aplicação simultânea, de um diálogo entre elas’, o qual permite que haja uma comunicação que conduz à ideia de integração. Isso evidencia a tendência atual de que as Regras para a solução de conflitos de leis estejam a serviço da integração, criando um espaço único de Direito, intercultural, que pretende fornecer a resposta mais adequada aos casos difíceis (hard cases), mediante a aplicação do melhor Direito (better law), em busca do exercício mais eficaz e amplo de um Direito fundamental a todos, especialmente aqueles que se encontrem em situações de vulnerabilidade.” (SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Uma introdução ao dualismo, ou a influência da teoria do diálogo das fontes na teoria do Direito constitucional**. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 989 – mar./2018, p. 193.)

consubstanciados nas constituições⁵⁰⁰.

Apesar do raciocínio jurídico levado a efeito para se chegar a decisão com diálogo das fontes ser externado de maneira fundamentada, exigência de disposição constitucional, a Segurança Jurídica da teoria encontra sua fragilidade quando o modelo de coexistência, com aplicação simultânea e coerente de Fontes do Direito confere ao magistrado o poder de criar um novo o Direito com a combinação de normas, também ficando desse modo explícita a Discricionariedade do Julgador, resultando em incontestável insegurança.

A apresentação da teoria do diálogo das fontes reivindica que se trate também do diálogo das Cortes, ou seja, da relação institucional que o mundo atual propicia, e de certa forma impõe, entre as Cortes Constitucionais como método de interpretação e aplicação do Direito.

Inicialmente, importante distinguir o sentido de diálogo de Cortes que se pretende expor nesse trabalho, pois ele pode se apresentar de dois modos, no primeiro o entendimento entre as Cortes é promovido para solução de questões transnacionais, que extrapolam os limites territoriais das nações⁵⁰¹ e demandam novas formas de solução⁵⁰², a feição dos Tribunais Internacionais (ex. Tribunal Penal Internacional – TPI) ou Regionais (Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE).

500 “Concluindo, pode-se afirmar que o diálogo das fontes é uma teoria sofisticada para ajudar a decidir – de forma mais refletida e ponderada, segundo valores constitucionais – os casos de conflitos de leis, resolver esses casos usando um novo paradigma, o da aplicação conjunta e coerente das normas em diálogo, orientada pelos valores da Constituição Federal, especialmente o de Direitos humanos e de proteção dos vulneráveis. Trata-se de nova concepção da teoria geral, que é muito bem-vinda e útil, pelo que agradecemos aos mestres Erik Jayme.” (BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 115 – jan-fev/2018, p. 39.)

501 “Os Estados nacionais se enfraquecem à medida que não podem mais controlar dinâmicas que extrapolam seus limites territoriais. A interdependência mundial de diversos processos acaba reduzindo de fato seu poder de decisão, mesmo que de Direito continuem senhoras de seu espaço de jurisdição.” (VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 105.)

502 “A solução desses problemas parece exigir uma ‘nova ordem mundial’, formas adequadas de coordenação política inter e transnacional, sem as quais são inevitáveis catástrofes de dimensões globais (catástrofes ecológicas, novas formas de terrorismo etc.)” (VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 110.)

Em uma segunda feição, o diálogo de Cortes se apresenta quando as decisões de Tribunais Constitucionais Estrangeiros podem servir de fundamentos jurídicos e argumentativos para decisões nacionais⁵⁰³, sendo esse o ponto relevante para essa tese.

O exercício da jurisdição e os sistemas jurídicos sofreram profunda modificação em razão da globalização e internacionalização das relações sociais, os conflitos já não são mais localizados e encerrados em um território soberano, na verdade ou estão universalizados por questões comuns a nações distintas, ou são conflitos que ultrapassam fronteiras⁵⁰⁴.

Essa situação originada pela globalização reclama o desenvolvimento de um sistema de cooperação entre ordens jurisdicionais diferentes, desse modo as decisões de uma Corte local poderão servir de fundamento para decisões de Cortes de outros países ou de Cortes Transnacionais, para melhor solucionar sua demanda doméstica⁵⁰⁵.

503 “Para tanto, esta prática está intimamente associada à consolidação do chamado diálogo constitucional ad extra. Esta expressão é aqui entendida como o processo de discussão que se desenvolve no âmbito de determinada comunidade de juristas e dos seus co-Intérpretes. Os integrantes desta comunidade reconhecem como legítima a utilização de argumento de Direito comparado como parte da estratégia de suporte a determinado ponto de vista normativo.

Este uso, todavia, para ser considerado legítimo, não pode ser utilizado como mero recurso de autoridade, mas como razão substancial que permita um processo de autocritica sobre as bases consolidadas da constituição nacional. Este diálogo pode produzir um efeito de “vasos comunicantes” (PONTHOREAU, 2005, p. 181) que conecta os diferentes ordenamentos em uma perspectiva “cooperativa” (HÄBERLE, 2001), de modo a produzir um efeito multiplicador da dimensão de proteção do discurso constitucional para além das dimensões nacionais.” (BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos. BUNN, Alini. **Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de Direito comparado**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3, dez. 2017, p88-87.)

504 “Uma transformação profunda tem ocorrido, nas condições hodiernas da sociedade mundial, no sentido da superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo. Essa transformação deve ser levada a sério, inclusive na América Latina. O Estado deixou de ser um locus privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos loci em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, se emanciparam do Estado.” (NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**. Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 201, jan./mar. 2014, p.211.)

505 “Assim, as decisões das cortes transnacionais devem ser levadas em consideração pelos tribunais no contexto de práticas institucionais locais, ampliando a legitimação das decisões

A cooperação e o intercâmbio entre Cortes não deve ser confundido com a singela referência as normas, doutrinas ou paradigmas de Tribunais Constitucionais estrangeiros⁵⁰⁶, não se trata de primitiva citação desvinculada dos argumentos que fundamentam a razão de decidir do Julgador, na verdade a cooperação transforma-se verdadeiramente em nova Fonte de Direito⁵⁰⁷.

Dessa forma, o intercâmbio entre Cortes Constitucionais deverá promover uma relação entre os argumentos das decisões, fundamentando um aprendizado recíproco⁵⁰⁸, com essa atitude tendo o poder de transformar a interpretação normativa local, ora apontando novas soluções para os casos concretos, ora reforçando e ampliando a legitimidade dos entendimentos locais já pacificados⁵⁰⁹.

domésticas, na projeção conceitual de um sistema internacional cosmopolita, em que a construção das decisões judiciais domésticas, deva operar a partir de um processo deliberativo⁴¹ com as decisões transnacionais.” (MARTINS DE ARAÚJO, Luiz Cláudio. **O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais**. Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 39, jan./mar. 2014, p. 235.)

506 “O que se pode afirmar é que o STF, assim como grande parte dos países de civil law, recorrem ao Direito estrangeiro com certa licenciosidade, ou seja, eles cumprem uma função acessória na argumentação judicial empreendida pelos magistrados da Corte.” (BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos. BUNN, Alini. **Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de Direito comparado**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3, dez. 2017, pp. 111-112.)

507 “Contudo, pode-se perceber uma tendência de maior abertura por parte do STF às considerações relativas ao Direito estrangeiro. Fato este que pode ser verificado, tendo em vista que as decisões que mais citaram o elemento estrangeiro foram a partir de 2005. Dessa forma, pode-se dizer que, aos poucos, o elemento estrangeiro vem ganhando maior importância no âmbito nacional, o que aumenta as fontes de Direito, fornece outras formas de resolução de conflitos, bem como, importa a internacionalização da prática judicial e do constitucionalismo.” (BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos. BUNN, Alini. **Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de Direito comparado**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3, dez. 2017, p. 112.)

508 “Existe uma tendência crescente de invocação do Direito transnacional na tomada de decisões jurisdicionais locais, em uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre cortes constitucionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo. Neste fenômeno global, novos argumentos e pontos de vista são incorporados ao debate e adquire-se uma perspectiva mais ampla, em que a consulta a julgamentos transnacionais tornase inevitável, e, questões convergentes podem ser analisadas pelos Intérpretes jurisdicionais em uma análise não vinculativa.” (MARTINS DE ARAÚJO, Luiz Cláudio. **O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais**. Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 39, jan./mar. 2014, p. 244.)

509 “Neste sentido, esse intercâmbio assente na persuasão, na argumentação e na interpretação, em um espírito positivo relativamente aos outros sistemas de justiça, deve revestir a forma de uma efetiva interação jurisdicional, a partir da multiplicação de fontes de onde se retiram os argumentos da decisão e com o reconhecimento da influência da Jurisprudência transnacional, o que altera a forma da interpretação judicial local, mas também reforça a sua racionalidade e legitimidade.” (MARTINS

A construção do diálogo entre Cortes Constitucionais para decisões judiciais domésticas realiza-se através de um procedimento deliberativo conjunto entre as Fontes do Direito nacional e as decisões estrangeiras, transportando os argumentos dessa última como fundamento ou reforço da resposta oferecida pelas Fontes do Direito locais, mas sem perder o sentido de coerência e a integridade do sistema jurídico nativo⁵¹⁰.

O diálogo entre Cortes Constitucionais é método interpretativo para o Julgador esquadriñar soluções para conflitos concretos, examinando nas decisões de Cortes Constitucionais estrangeiras como estas sociedades deliberaram sobre assuntos semelhantes⁵¹¹, esse cruzamento de informações e experiências transnacionais, como acima já se abordou, poderá reafirmar o entendimento nacional ou indicar novos caminhos para resolução do conflito⁵¹².

DE ARAÚJO, Luiz Cláudio. **O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais.** Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 39, jan./mar. 2014, p. 234.)

510 “Ou seja, quando uma decisão doméstica se inclina no sentido de seguir uma decisão transnacional em caso similar, a ideia de equidade e a exigência de que as práticas judiciais devam ser desenvolvidas de uma forma coerente se mostram preenchidas, em um processo em desenvolvimento, em que as decisões judiciais levam em consideração as decisões anteriores tomadas em casos similares, como parte de uma longa história que deve ser reinterpretada e continuada.” (MARTINS DE ARAÚJO, Luiz Cláudio. **O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais.** Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 39, jan./mar. 2014, p. 245.)

511 “Portanto, observar os problemas das demais sociedades, ajuda a corte a ver um problema em uma perspectiva diferente, fornecendo uma ampla gama de ideias e experiências, que conduz a opiniões mais reflexivas, aumentando a racionalidade e a legitimidade de uma opinião judicial, e, portanto, neste sentido, a prática de citar decisões estrangeiras reflete um espírito de deliberação transjudicial dentro de uma comunidade transnacional autoconsciente.” (MARTINS DE ARAÚJO, Luiz Cláudio. **O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais.** Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 39, jan./mar. 2014, p. 247-248.)

512 “Neste sentido, neste diálogo global, o uso de decisões transnacionais na tomada de decisões locais, permite a incorporação de novos pontos de vista aos Intérpretes jurisdicionais, a partir de mecanismos de reciprocidade, persuasão e aculturação, em que a referência à cortes transnacionais providenciam uma ferramenta adicional e potencialmente útil à medida que o judiciário tenha que lidar com questões complexas semelhantes, em uma saudável fertilização cruzada de ideias e abordagens, em que, ao termo, esta concepção ajude a corte constitucional doméstica a analisar a questão sob uma perspectiva diferente, em um interação que, em contrapartida, aumenta o reconhecimento das decisões tomadas pelas cortes do sistema jurídico transnacional.” (MARTINS DE ARAÚJO, Luiz Cláudio. **O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais.** Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 39, jan./mar. 2014, p. 249.)

O diálogo entre Cortes Constitucionais no mundo globalizado, como acima ficou claro, é ferramenta auxiliar para o Julgador melhor encontrar solução para o conflito, contudo, indispensável que a incorporação dos argumentos estrangeiros como razão de decidir sejam acomodados ao sistema jurídico local e a situação concreta que precisa ser solucionada, sob pena de, em um caso, se utilizar norma estranha ao ordenamento jurídico pátrio para o julgamento local, ou em outro, desestruturar a necessária integração e coerência do sistema jurídico nativo⁵¹³.

O diálogo de Cortes também possui suas fragilidades e imperfeições, sendo indubitável a insegurança Jurídica causada pela liberdade do Julgador de pinçar nos julgados das Cortes Estrangeiras decisão que melhor favoreça seu ponto de vista pessoal sobre o caso que precisa solucionar, por isso a importância de garantir nesse diálogo a coerência e integridade do sistema jurídico local.

4.6 Proposta de um método para aplicação dos Princípios Jurídicos na justificação da Decisão Judicial, com garantia de maior Segurança Jurídica

Após o exame dos métodos da subsunção, da ponderação, do sopesamento de Dworkin e do diálogo de fontes e o diálogo de Cortes é possível concluir que, apesar do esforço doutrinário de se buscar uma interpretação e aplicação segura nos Princípios Jurídicos, nenhuma dessas técnicas apresenta-se satisfatória, ou porque é inaplicável a eles ou não reduz a Discricionariedade do Julgador.

513 “É bom, porém, que se tenha cuidado para que a invocação frequente da Jurisprudência americana, alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de “colonialismo” no campo da cultura jurídica (MONTORO, 1973; NEVES, 1992, p. 206). Passaríamos, então, da “importação” acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à Jurisprudência estrangeira. Fundamental é, portanto, que sejam “feitas as devidas adaptações”, para que não caiamos no velho rótulo das “ideias fora de lugar” (SCHWARZ, 2008, p. 9-31), ou seja, da Jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social. Nesse caso, constrói-se o paradoxo de um diálogo em que só consta alter, mas falta ego enquanto polo da comunicação. E disso pode decorrer um tipo de Jurisprudência e doutrina simbólica, cujo significado normativo é muito limitado.” (NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**. Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 201, jan./mar. 2014, p.199-200.)

A Segurança Jurídica, caracterizada pelo conjunto dos atributos da compreensão, confiabilidade e calculabilidade, que esculpem a previsibilidade da atuação do Julgador na interpretação e aplicação dos Princípios Jurídicos, não é alcançada pelos métodos citados, que falham por autorizar explícita ou implicitamente a Discricionariedade no comportamento do intérprete.

Todavia, ao mesmo tempo que os métodos apresentados não produzem a Segurança Jurídica necessária para se garantir uma aplicação uniforme e não-arbitrária dos Princípios Jurídicos, servem para apontar que a certeza da segurança integral não é alcançável, é uma falácia que não se coaduna com o ofício de julgar, pautado por uma intransponível subjetividade, advinda do material de trabalho Julgador, no caso desta tese especialmente os Princípios Jurídicos, bem como de seu vieses cognitivos pessoais.

Antes de tratar da subjetividade do Julgador e os meios de reduzi-la importante nesse momento rechaçar parcialmente a tese da existência de uma única decisão correta para cada caso concreto apresentado para solução.

A teoria de uma única decisão correta para cada caso identifica-se com as teses de Dworkin, contudo, para encontrar essa solução o autor fez uso de um juiz sobre-humano e o denominou Hércules, já analisado em momento anterior neste trabalho, contudo, as características dele são inalcançáveis, e bem por isso irreproduzíveis na prática⁵¹⁴.

Necessário, à vista disso, atenuar a teoria de uma única resposta correta, só assim o Julgador se tornará humanamente capaz de, no interior do sistema jurídico,

514 “El Intérprete, por ello, ha de considerar que su interpretación presenta el objeto interpretado, un determinado Derecho, como el mejor ejemplo posible de esa práctica; la interpretación excluye por tanto el escepticismo, y Dworkin considera incluso que siempre – o casi siempre – existe una única respuesta para cada caso, porque siempre hay una teoría substantiva de carácter Moral y político (de entre las que se adecuan a los materiales del Derecho) que es la mejor, la más profunda, los jueces de carne y hueso no siempre serán capaces de encontrarla, y de ahí que Dworkin cree el modelo de un juez Hércules, dotado de capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumano, capaz de lograr esta hazaña .” (ATINZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed., 4ª impresión. Barcelona: Editorial Ariel, 2014, p. 321.)

encontrar a melhor resposta para solução do conflito, aquela que será apresentada como a mais satisfatória às partes e à sociedade, no devido momento da história e suficiente para dirimir a divergência, sendo esse o esforço e o resultado que devem ser ansiados, ademais, com o objetivo claro da melhor resposta se mantém o impedimento da Discricionariedade de se apontar ‘qualquer resposta’ como correta, e se firma uma pretensão de correção⁵¹⁵.

Apesar da semelhança entre a existência da ‘única resposta correta’ e da ‘melhor resposta’, resta indubitável a distinção, principalmente no ponto de vista de modulação, para a primeira o Julgador se vê obrigado a encontrar a única solução certa, pois as demais seriam claramente erradas (falsas), enquanto na busca pela ‘melhor resposta’ o intérprete afastaria as respostas obviamente erradas, mas permaneceria com um conjunto mínimo de possíveis soluções, para dentro desse grupo considerar aquela que melhor responde ao conflito, contudo, a dificuldade se apresentaria no encontro do critério para definir a melhor resposta, o que é resolvido pelo próprio caso concreto⁵¹⁶, pois as Fontes Jurídicas onde podem ser encontradas as respostas e os fatos estão em constante interação, intercambiando posições durante o ato interpretativo⁵¹⁷.

Com a possibilidade de se encontrar ‘a melhor resposta’ o Julgador se

515 “Logo, a atividade jurígena não é jamais uma verdade absoluta, mas sim mera probabilidade, ainda que o grau de certeza (e de segurança) varie intensamente. Ao Intérprete e aplicador incumbe, apenas, a pretensão de correção, no sentido de envidar esforços para construção normativa mais adequada à espécie, de modo a tentar obter um conhecimento mais seguro quanto à consequências das opções de conduta das quais dispõe.” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2ª ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2014, p. 210.)

516 “Naturalmente, no se trata de negar la existencia de discrepancias em la práctica jurídica, sino de mostrar que quienes actúan en la misma guían realmente su comportamiento por la idea de que existe (casi siempre) y que se puede encontrar (en ocasiones con no poco esfuerzo) una sola respuesta correcta, precisamente porque lá búsqueda de la misma no es ‘en abstracto’.” (AARNIO, Aulis. ATIENZA, Manuel. LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: J. San José S.A. 2010, p. 71.)

517 “Eis o ponto a enfatizar: questões de fato e questões de Direito se interpenetram, de sorte que, para cada decisão do caso real sob a norma – diz Hassemer [1985:73] -, a pessoa que deve tomar a decisão necessita de informações que não se desprendem da norma, mas que, não obstante, determinam a decisão. Lembre-se que a norma é produzida, pelo Intérprete, não penas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser).” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76.)

humaniza e liberta-se, deixa de se refletir no Hércules inalcançável de Dworkin, entretanto, depara-se com a possibilidade da ampliação de uma atuação discricionária, deturpação do sistema que deve ser coibida em favor da Segurança Jurídica.

Promovida a explicação sobre a teoria de resposta aceitável para solução do conflito que este trabalho adota, retoma-se o debate sobre as razões da subjetividade do Julgador, decorrente das Fontes do Direito, do próprio caso concreto e de seus vieses cognitivos.

Os vieses cognitivos do Julgador se exteriorizam através dos desvirtuamentos e adulterações nos seus julgamentos⁵¹⁸, ou seja, eles são percebidos e se apresentam com uma aparência de racionalidade, contudo, espelham uma falha de informação que resulta numa decisão instintiva e irracional.

A corrente de pensamento denominada Realismo Jurídico Norte-americano tratou do tema da subjetividade interna do Julgador, mas de forma limitada, analisando unicamente casos decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da America, e deduziram que influências político-ideológicas possuíam certa ascendência nas decisões judiciais, que elas constriam os intérpretes de algumas formas em sua conclusão e na resposta para solução do conflito⁵¹⁹.

518 “Agora que se apresentou S1 e S2, pode-se trazer alguns exemplos de vieses. O esgotamento do ego (ego depletion), para começar, é o viés provocado pelo alto gasto energético para um esforço de vontade ou autocontrole, que são atividades cansativas para S2, exatamente como acontece no exemplo mencionado anteriormente dos juizes israelenses — nesse exemplo, o “esgotamento do ego” é o que justifica o regresso à tomada de decisões-padrão. Há, também, o priming ou viés associativo, bem sintetizado no brocardo “a primeira impressão é a que fica”. É o que explica — por exemplo, porque a ordem na qual um candidato apresenta suas qualidades ou seus defeitos pode influir na escolha por uma vaga de emprego ou mesmo na avaliação preliminar da confiabilidade de uma pessoa.⁴⁷ Já o viés confirmatório (confirmation bias) designa a tendência confirmatória que existe para as intuições e respostas imediatas de que já se dispõe, o que, talvez, ajudaria a explicar o baixo índice de sucesso de embargos de declaração e das retratações em agravo de instrumento, nos quais o próprio juiz precisaria rever aquilo que decidiu (também sugere a prudência de que não se deve dispensar o duplo grau de jurisdição sem grande circunspeção)” (MARDEN, Carlos e WYKROTA, Leonardo Martins. **NeuroDireito: o início, o fim e o meio**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 8, nº 2, ago. 2018, p. 57.)

519 “Desde a década de 1940, cientistas políticos norte-americanos se dedicam ao estudo das influências externas na Decisão Judicial. Por volta dessa época, os julgamentos da Suprema Corte

A experiência norte-americana descortinou o manto que cobre a Decisão Judicial e sua falácia de pureza racional, deixou-se exposto o Julgador como um ser sujeito a influências, impulsos e constrangimentos estranhos as fontes formais do Direito, e que estes fatores extrajurídicos, sejam eles políticos, econômicos ou morais, por vezes interferem na decisão⁵²⁰.

O arquétipo alienígena não é estranho ao que ocorre no judiciário de outros países, sendo incontroverso, até mesmo notório, a influência político-partidária em alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil, quando do julgamento de casos controvertidos ou que envolvem alguns indivíduos fora do padrão usual de processados (principalmente na esfera criminal), vide posições tomadas nos casos do ‘mensalão/petrolão’, ou ainda no desrespeito seletivo as decisões do colegiado do plenário⁵²¹.

que, em sua maioria, eram decididos por unanimidade, passaram a ser julgados por um colegiado cada vez mais dividido em linhas ideológicas, progressistas ou conservadoras. Ademais, por influência do Realismo Jurídico norte-americano, já se tratava com certa naturalidade a ideia de que as preferências político-ideológicas poderiam ter um grande peso na resolução que um magistrado dará à causa – em oposição a uma visão em tese ingênua, “legalista”, de que os textos jurídicos seriam o determinante da Decisão Judicial.” (HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, p. 279.)

520 “Assim, alguns representantes do realismo americano – sobretudo Frank (1970) – sustentaram, efetivamente, que as sentenças judiciais ‘são desenvolvidas de modo retrospectivo, a partir de conclusões formuladas com caráter provisório’ (p.109); que não se pode aceitar a tese que apresenta o juiz ‘aplicando leis e princípios aos fatos, isto é, adotando alguma regra ou princípio [...] como sua premissa maior, empregando os fatos do caso como premissa menor e chegando então à resolução mediante processos de puro raciocínio’ 9p. 1110; e que, resumindo, as decisões se baseiam nos impulsos do juiz, que fundamentalmente não extrai esses impulsos das leis e dos princípios gerais do Direito, mas sobretudo de fatores individuais que, entretando, são ‘mais importantes que qualquer coisa que poderia ser referida como preconceitos políticos, econômicos ou morais’ 9p.114).” (ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 09)

521 “Estudos empíricos recentes sugerem que, embora sustente um discurso de que é o guardião dos Direitos de cidadania, reforçado por rumorosos casos recentes que trataram de questões como a união homoafetiva, a liberdade de expressão e o Direito ao aborto, os números mostram que o STF atua precipuamente em questões de Direito Administrativo, na competência de entes federados e na defesa de interesses corporativos. Os dados também mostram que as indicações presidenciais podem ter resultados efetivos no resultado de julgamentos polêmicos pelo Supremo Tribunal Federal, como foi o caso do Mensalão. Além disso, os Ministros daquela Corte possuem poderes de atuação direta no processo político e deles fazem uso, como a possibilidade de antecipar posições na imprensa, reter processos indefinidamente por meio do pedido de vista e proferir decisões monocráticas que acabam definindo causas sem que passem pelo colegiado. Em suma, as evidências recentes sugerem que modelos estratégicos, devidamente adaptados à nossa configuração institucional, podem produzir resultados interessantes.” (HORTA, Ricardo de Lins e

Interferências extrajurídicas não alcançam unicamente os Tribunais Superiores, onde via de geral a escolha de seus ocupantes dá-se por nomeação político-partidária do governante do momento, também envolvem os Julgadores concursados, todavia, os influxos nesses casos não seriam político-ideológico, ressumbrando especialmente em questões pessoais, morais ou ainda em razão de hábitos⁵²².

Importante enfatizar que o Julgador, quando não contaminado pela má fé processual, desconhece que sua decisão tem influência de aspectos extrajurídicos, inclusive menospreza o contexto da descoberta e se apoia unicamente no contexto da justificação, os influxos estranhos as Fontes do Direito estão ocultos pela atividade automatizada de decidir, onde ele acaba por fazer uso de sua intuição, encontrando *a priori* a resposta para o caso litigioso concreto, passando depois a procurar a justificativa para decisão⁵²³.

COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial.** R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, pp. 281-282.)

522 Uma caricatura, difundida por muitos, como Ronald Dworkin,²⁵ é a de que o ceticismo dos proponentes do Realismo Jurídico quanto aos condicionantes jurídicos da Decisão Judicial significaria que o Direito dependeria essencialmente daquilo que os juízes “comeram no café da manhã”. Embora pareça absurda, essa afirmação foi objeto de estudo empírico, e, surpreendentemente, os cientistas encontraram um resultado que parece estar de acordo com ela. Analisando mais de mil decisões reais sobre concessão ou não de livramento condicional em Israel, Shai Danziger e colegas descobriram que a variável mais relevante para a soltura ou não do condenado não eram os fatos e os aspectos jurídicos do caso, ou as características pessoais do requerente, mas o horário em que as decisões eram proferidas. No início dos turnos de julgamento, a taxa de concessão de livramento era de 65% e ia gradualmente decaindo até o fim da sessão. Após a pausa para o lanche, o percentual de decisões procedentes retornava ao patamar de 65%. O provocativo estudo sugeriria que o cansaço e a fome poderiam ter consequências concretas na efetivação do Direito dos condenados.” (HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial.** R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, p. 282.)

523 “Numa breve síntese, esses modelos partem da constatação que, longe de serem agentes racionais que pesam todos os aspectos de um caso antes de decidir como proceder, seres humanos possuem uma racionalidade limitada e tomam decisões em condições de premência de tempo, informação incompleta e recursos mentais escassos. Sendo assim, muitas decisões cotidianas são tomadas com base em palpites e intuições. Em vez de processar exaustivamente toda a informação disponível e optar pelos processos mais complexos e precisos de decisão, humanos se valem de “atalhos cognitivos”, as chamadas “heurísticas”. Em função disso, o raciocínio humano está sujeito a uma série de desvios sistemáticos em relação ao que se esperaria de uma decisão correta, objetiva e neutra – os chamados “vieses”” (HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial.** R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, p. 282.)

Nesse processo o Julgador funciona ‘de modo automático’, onde o caso concreto litigioso é rapidamente comparado em seu cérebro com situações semelhantes já examinadas, informações que são processadas e repetidas pela rotina de julgar, pelo poder do hábito, esse é o motivo pelo qual ele não consegue distinguir estes dois momentos (descoberta e justificação).

Ricardo de Lins e Horta e Alexandre de Araújo Costa, no citado artigo ‘Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial’, trouxeram exemplos que fundamentam essa atuação intuitiva do Julgador.

Alguns dos casos versados pelos autores, estudos realizados com grupos de magistrado, constatou que: a) o Julgador pode decidir casos através de atalhos cognitivos, para reduzir a complexidade e acelerar o processo decisório, não considerando a totalidade das provas mas só aquelas que intimamente acredita relevantes e preenchem a decisão pretendida⁵²⁴; b) as características pessoais do réu possuem impacto mais significativa que precedentes do caso⁵²⁵; e c) as características liberais ou conservadoras do Julgador influenciam a escolha da

524 “Num estudo, pesquisadores ingleses seguiram mais de trezentas decisões reais no período de 4 meses e descobriram que, em julgamentos sobre decisões de fiança, valiam-se de heurísticas, isto é, atalhos cognitivos para reduzir a complexidade do caso e acelerar o processo decisório. Em vez de considerarem a totalidade do conjunto probatório, os magistrados se atinham a uma ou duas informações salientes – a opinião da autoridade policial ou o réu ser primário ou não, por exemplo – ao decidirem se concederiam ou não a fiança.” (HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, p. 283.)

525 “Testando mais diretamente a influência de fatores idealmente irrelevantes para a solução de um caso, em contraste com o Direito aplicável, Spamann & Klöhn recentemente submeteram a 32 juízes norte-americanos um caso decidido pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Os magistrados tinham cerca de uma hora para refletir sobre o caso e foram divididos em quatro grupos, em que se variava, de um lado, o sentido de um precedente judicial aplicável ao caso; e, de outro, as características pessoais do requerente – que podia exibir uma postura ressentida ou conciliatória. As características pessoais do réu tiveram um impacto estatisticamente mais significativo do que a Jurisprudência aplicável ao caso – o que pode até ser compreensível, mas certamente não é compatível com uma visão dos textos jurídicos como determinantes da Decisão Judicial” (HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, p. 283.)

técnica interpretativa, se mais ou menos ativista⁵²⁶.

As influências extrajurídicas na Decisão Judicial são uma realidade que favorece a Discricionariedade do Julgador, fator de indubitável insegurança jurídica, por esse motivo qualquer trabalho que tenha a pretensão de abordar a interpretação de Princípios Jurídicos e sua aplicação as decisões judiciais deve também reconhecer esse obstáculo⁵²⁷.

Ao lado da subjetividade interna do Julgador, o objeto a ser atilado, no caso as Fontes Jurídicas e o próprio conflito que se apresenta para solução, por si só são fatores de Discricionariedade, seja pela ambiguidade inerente à linguagem pela qual se expressam as fontes, também pelas concernentes falhas de completude (lacunas) e coerência (antinomias) dos Textos Normativos, e do mesmo modo a falta de informações sobre os fatos ou a falha na sua compreensão pelos envolvidos.

Esse conjunto de propriedades que favorecem a Discricionariedade do Julgador e resultam em incertezas e inseguranças, precisa ser domado, os métodos já expostos não se apresentaram suficientes, motivo pelo qual forçoso buscar um outro modo de constrangê-lo, se não impedindo, pois impossível, pelo menos minorando demasiadamente a Discricionariedade e garantindo certa margem de Segurança Jurídica.

526 “Em outro resultado, Joshua Furgeson e colegas realizaram uma survey com 152 assessores de juízes e descobriram que o método hermenêutico adotado ao solucionar um caso está fortemente correlacionado com as preferências político-ideológicas. Conforme se identificassem como liberais ou conservadores, os assessores tendiam a utilizar uma técnica interpretativa mais extensiva e ativista, de um lado, ou mais restritiva e deferente ao legislador, de outro. Dito de outra forma, a preferência política precedia e condicionava a hermenêutica constitucional a ser adotada na justificação de uma decisão” (HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, p. 284.)

527 “Numa primeira impressão, pode ser que o contato com as ideias aqui reunidas (sob o rótulo de NeuroDireito em geral e algumas conquistas da Neurociência em particular) suscitem certo sentimento de “terra arrasada”, especialmente pela ruptura com os modelos tradicionais de racionalidade e neutralidade de padrões iluministas (ainda encampados no senso comum jurídico). Não se trata, porém, de abraçar a completa irracionalidade do agir humano, para descrever completamente do modelo jurídico, mas sim de encontrar formas de entender melhor e lidar operacionalmente com essa irracionalidade.” (MARDEN, Carlos e WYKROTA, Leonardo Martins. **NeuroDireito: o início, o fim e o meio**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 8, nº 2, ago. 2018, p. 61.)

A proposta que se apresenta como solução recebe influência da denominada Teoria Complexa do Direito, de Orlando Luiz Zanon Júnior, principalmente no que toca a importância da força constrangedora dos argumentos juridicamente aceitos pela comunidade (Fontes Jurídicas) sobre o Julgador⁵²⁸, bem como na ideia de que as normas (de decisão) são o resultado da interpretação dos textos jurídicos, pensamento também exposto por Eros Roberto Grau⁵²⁹.

Importante esclarecer que até esse momento o trabalho tratou Norma Jurídica como sinônimo de mandamentos de condutas devidamente positivados dentro de um sistema jurídico organizado, de uma comunidade definida, essas normas jurídica são exteriorizadas através de uma construção gramatical que pode possuir características de Regras ou Princípios Jurídicos, esse conceito se mantém válido para essa tese, mas deve ser diferenciado da ‘Norma de Decisão’, ou seja, a ‘Norma de Decisão’ é resultado da interpretação das ‘normas como Textos Normativos’.

Deste ponto em diante, sempre que se tratar de norma como resultado concreto da interpretação de Textos Normativos, utilizar-se-á o termo cunhado por Eros Grau, no caso ‘Norma de Decisão’⁵³⁰.

528 “Portanto, a característica marcante do conceito pós-positivista de Fontes Jurídicas aqui apresentado é precisamente que todos os argumentos admissíveis em um discurso jurídico funcionam como limitadores da atividade decisória, na medida em que orientam o Intérprete e aplicador em determinada direção, em detrimento da sua amplitude decisória.

[...]

Seguindo o assunto acerca da função limitadora das Fontes Jurídicas, a qual visa promover a Segurança Jurídica (certeza e previsibilidade), cabe acentuar que cada elemento de determinação poderá restringir a atividade decisória em diferentes intensidades, de acordo com a importância que possui em cada tradição jurídica específica.” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2ª ed., ampl. Curitiba: Editora Prisma, 2014, p. 162 e 163.)

529 “A interpretação, destarte, é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual buscamos as normas contidas nas disposições. Do que diremos ser – a interpretação – atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas. As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo Intérprete.” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 40.)

530 “Em suma, a Norma de Decisão é a Norma Jurídica aplicada a um caso concreto.” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63.)

Como não seria aceitável que qualquer informação servisse de fundamento para uma Decisão Judicial, seja pela amplitude infinita de possibilidades ou falta de garantia de procedência destas referências, os argumentos passíveis de lastrear a solução jurídica para um conflito devem ser limitados, cabendo a tradição jurídica de cada comunidade indicar quais são as Fontes Jurídicas admissíveis para produção na 'Norma de Decisão'.

Fontes Jurídicas, portanto, são aqueles argumentos aceitos pela tradição de determinada sociedade como capazes de serem articulados pelo Julgador para fundamento e justificativa de uma Decisão Judicial⁵³¹, nada impedindo que esse conjunto sofra alterações em razão de mudanças da prática jurídica, que se sabe, encontra-se em constante evolução, seguindo o próprio progresso social e tecnológico da sociedade.

A tradição brasileira usualmente consente como Fontes Jurídicas as normas, ou seja, os Textos Normativos, expressos através de um caráter de Regras ou Princípios Jurídicos, a depender do contexto de aplicação, a Jurisprudência, as políticas públicas estatais, as convicções Éticas compartilhadas pela sociedade, a doutrina (conhecimentos técnicos) e os Costumes.

As Fontes Jurídicas devem atuar e agir como limitadoras da atividade interpretativa de busca da solução para o caso concreto⁵³², restringindo os caminhos e direcionando o Julgador na produção da 'norma como decisão' que melhor vai solucionar o conflito⁵³³.

531 "Assim, Fontes Jurídicas são aqueles argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo Direito como legítimos limitadores para tomadas de decisões em uma Sociedade específica." (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2ª ed., ampl. Curitiba: Editora Prisma, 2014, p. 160.)

532 "Tendo isso em conta, de acordo com a proposição em tela, todos os elementos de determinação atuam como vetores que restringem, de acordo com a respectiva eficácia (intransponível, vinculante, decisiva ou limitada), a margem de opção disponível ao Intérprete e aplicados, de modo a lhe franquear uma considerável redução de opções." (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2ª ed., ampl. Curitiba: Editora Prisma, 2014, p. 213.)

533 "Em verdade, a operação de aplicação envolve a criação de uma Norma Jurídica, mediante a articulação ou conformação das diversas Fontes Jurídicas relevantes tematicamente ao caso concreto, as quais vão impondo contornos e limites ao resultado da interpretação, mediante esforço

As Fontes Jurídicas atuam intimidando o intérprete em sua atuação interpretativa, contudo, esse procedimento só é aplicável diante do problema a ser solucionado⁵³⁴, pois não é possível interpretar com a finalidade de encontrar uma solução antes da própria existência do conflito⁵³⁵.

Logo, as informações do contexto fático pretérito ao início do procedimento de solução do conflito já operam como método de restrição interpretativa das Fontes Jurídicas, a compreensão dos fatos elaborada pelo Julgador, a reconstrução das informações, deve ser estabelecida no interior de um Processo Judicial, engenho institucional para produção da ‘Norma de Decisão’⁵³⁶.

Desse modo, o ponto de partida do ofício do Julgador sempre será o conflito concreto que precisa ser solucionado, é debruçando-se sobre o caso e em razão dele que as Fontes Jurídicas serão estabelecidas e se produzirá uma ‘Norma de Decisão’.

Não obstante, o que se apresentou até o momento ainda revela-se insuficiente, sendo basilar dispor também de um método para definição das Fontes Jurídicas e o modo de sua aplicação, servindo muito bem para suprir esse hiato a Teoria da Argumentação Jurídica de Atienza.

O método apresentado na Teoria da Argumentação Jurídica de Atienza busca

argumentativo a ser devidamente exposto sob a forma de justificativa, sujeito à fiscalização democrática.” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2ª ed., ampl. Curitiba: Editora Prisma, 2014, p. 213.)

534 “Somente com o advento de um problema na facticidade (concreta ou hipnoticamente), é que surge a pergunta que irá movimentar a operação interpretativa e aplicativa do órgão judicante, que passará a produzir a Norma Jurídica, segundo as balizas traçadas pelo enunciado normativo e de acordo com os detalhes da situação fática.” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2ª ed., ampl. Curitiba: Editora Prisma, 2014, p. 213.)

535 “Por isso inexistem soluções previamente estruturadas – como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem – para os problemas jurídicos.” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 57.)

536 “A interpretação do Direito é, enquanto compreensão dos fatos, peculiar. Pois o Intérprete os reconstitui, a partir dessa reconstituição instituindo sua própria realidade. Daí a importância do relato dos fatos (= narrativa dos fatos ao Intérprete, fatos a serem por ele considerados) para a interpretação.” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do Direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 57.)

representar da forma mais real possível o processo natural de argumentação, indicando como de fato os juristas argumentam e decidem, trabalhando o contexto da descoberta e também o contexto da justificação⁵³⁷, além de apresentar critérios para se analisar a correção dos argumentos e da decisão final⁵³⁸.

A Teoria da Argumentação Jurídica de Atienza, examinada de forma detalhada no terceiro capítulo desse trabalho, desenvolve-se inicialmente com a identificação do conflito e o reconhecimento dos problemas que, individual ou conjuntamente, podem ser encontrados, relativos a ‘pertinência’ (dúvidas sobre a norma aplicável ao caso), a ‘interpretação’ (dúvida sobre o que diz a norma), a ‘qualificação’ (dúvida se determinado fato faz parte do problema), devendo se examinar também se estes problemas decorrem da insuficiência de informações ou do excesso de informações.

Seguindo nessa linha, o Julgador deverá construir as hipóteses de solução dos problemas, elaborando premissas que servirão como resposta para a solução do conflito concreto, esse é momento em que o Intérprete articula as Fontes Jurídicas para produzir a ‘Norma de Decisão’.

Contudo, não basta articular as Fontes Jurídicas (contexto de descoberta), é indispensável justificar as hipóteses de solução que foram articuladas (contexto de justificação), expondo de modo claro e lógico os argumentos favoráveis a decisão que melhor responde ao conflito, acrescentando que essa solução tem a obrigação, ainda respeitar critérios de correção.

537 “A teoria padrão da argumentação jurídica parte da distinção entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação das decisões judiciais. Quer dizer, uma coisa seria o processo psicológico, sociológico, etc., mediante o qual o juiz (ou um conjunto de juizes: um tribunal) chega a tomar uma decisão acerca de um determinado caso, e outra coisa a fundamentação que oferece (demaneira mais ou menos explícita) a decisão.” (ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação**. Lisboa: Editora Ariel, 2012, p. 128.)

538 “Dito de outra forma, um objectivismo Moral mínimo é uma condição necessária para dar sentido à argumentação judicial e, em geral à argumentação jurídica. Ou seja, se toda a argumentação jurídica (judicial, legislativa, etc.) é em último termo (ou pressupõe) uma justificação Moral, então, se não fosse possível uma justificação mora em sentido estrito (se os juízos morais não contivessem uma pretensão – objectiva – de correção) tão-pouco seria possível a justificação jurídica.” (ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação**. Lisboa: Editora Ariel, 2012, p. 317.)

Ainda sobre a Teoria da Argumentação Jurídica, Atienza concordou com a segmentação dos casos apresentados para solução em fáceis ou difíceis, com modos dispares de se argumentar e decidir, mas aproveitou para apontar um terceiro tipo de situação, que titulóu como casos trágicos.

Para os casos que chamou de fáceis, as premissas estão claras e precisas, sendo desnecessária demasiada discussão e o esforço argumentativo é diminuto, as conclusões, por isso, podem ser o resultado de um silogismo lógico-dedutivo; quanto aos casos difíceis, são aqueles que, tanto do ponto de vista dos fatos quanto do Direito, podem apresentar problemas de pertinência, de interpretação e de qualificação; os casos trágicos seriam aqueles em que qualquer solução importa o sacrifício de uma exigência essencial, de um valor fundamental, afirmando o autor sobre esses que 'nem sempre é possível fazer justiça por meio do Direito'.

Elaboradas estas premissas teóricas, passa-se a expor especificamente a proposta de um método para aplicação dos Princípios Jurídicos na justificação da Decisão Judicial, com garantia de maior Segurança Jurídica.

Como deixou-se definido, o caso concreto é o ponto de partida para o Julgador, e nesse cenário se a discórdia apresentada para solução encontrar resposta evidente no texto normativo que possui as características das Regras, a dificuldade para o Intérprete é mínima, cabendo aplicá-lo ao evento singelamente através método lógico-dedutivo, com uma descomplicada argumentação justificadora do caminho traçado, com isso solve-se tecnicamente o conflito.

No entanto, o objetivo dessa composição é a solução dos casos concretos que não encontram assento no texto normativo com característica das Regras, mas sim no texto normativo identificado como Princípio Jurídico, seriam os casos afigurados como difíceis/trágicos.

A premissa para o desfecho é idêntica ao dos casos fáceis, iniciando sempre com o caso concreto pois assim como não se conhecem as respostas antes das

perguntas, não é possível saber a dificuldade da solução antes de obter todas as informações pertinentes, o que é garantido através do Processo Judicial, em que são asseguradas as partes a ampla possibilidade de produção das provas e com isso a reconstrução dos fatos.

Conhecido o caso concreto em seus pormenores e concluindo o Julgador de sua complexidade, decorrente da ausência da possibilidade de soluções satisfatórias em Textos Normativos com característica de Regras, mas encontrando-as nos Princípios Jurídicos, passa-se então a articulá-los para produção da 'Norma de Decisão' que deslinda o litígio.

A articulação dos Princípios Jurídicos segue e é conformada pelas demais Fontes Jurídicas, seguindo a lição da Teoria Complexa do Direito, onde a incidência de todos estes padrões de julgamento impõe contornos, balizando o caminho que leva a produção da 'Norma de Decisão'.

Essa proposta afasta o que se denomina de colisão de Princípios Jurídicos, bem como a ponderação como meio de resolver esse confronto, pois agora os Princípios Jurídicos podem ser articulados em conjunto, contudo, cada qual balizando uma peculiaridade para reposta, e com seu alcance aparado pelas demais Fontes Jurídicas, não se 'calculam aritmeticamente' as variáveis de peso, intensidade e certeza, mas argumentam-se as fontes para limitar e obter o alcance do princípio aplicável ao caso concreto.

Apesar de sutil, aspecto demasiadamente importante que essa proposta apresenta é verdadeiramente esse, ou seja, na aplicação dos Princípios Jurídicos ao caso concreto seu alcance interpretativo é contido pelas demais Fontes Jurídicas.

Os Princípios Jurídicos encontram sua limitação aplicativa ao caso concreto nos marcos promovidas pela Jurisprudência, pelas políticas públicas estatais, pelas convicções éticas compartilhadas pela sociedade, pela doutrina, e pelos Costumes, cada influxo dessas Fonte Jurídica constringe o Julgador em restringir o alcance do

Princípio Jurídico, delimitando-o para solução do caso concreto.

O abandono desse caminho pelo Julgador insinuará desconhecimento ou corrupção, situações passíveis de correção através dos recursos processuais ou dos órgãos correccionais.

A Discricionariedade do Julgador é diminuída tanto mais quanto forem as Fontes Jurídicas articuladas aos princípios para produção da 'Norma de Decisão', pois importante repetir, todos estes critérios de julgamento possuem um poder limitador da atividade interpretativa, constringendo-o a seguir em direção a uma solução que pode ser justificada como correta, aceitável ou devida.

A Segurança Jurídica é garantida pela obrigação do Julgador de apresentar e argumentar no Processo Judicial os fundamentos e justificativas de sua decisão, tanto pelo viés da descoberta (os motivos pelos quais se tomou aquela decisão), como também pelo viés da justificação (razões que justificam a decisão, permitindo considerá-la correta e justa).

Ao final desse trabalho é possível concluir ser humanamente impossível expurgar de um sistema jurídico a subjetividade do Julgador, pois ela decorre das inúmeras interferências internas e externas, contudo, isso não é motivo para aceitar de bom grado a Discricionariedade e a insegurança Jurídica na produção das 'normas de decisão', mesmo sendo um trabalho 'hercúleo', o caminho da segurança, sob o ângulo da certeza e da previsibilidade, é a única garantia contra a arbitrariedade e o autoritarismo.

CONCLUSÕES

A tese examinou o instituto da Segurança Jurídica nas decisões judiciais, quando para seu fundamento são aplicados Princípios Jurídicos, sem a intermediação de Regras, situando-se no contexto da elevada Discricionariedade dos julgamentos realizados com lastro em princípios e a indispensável preocupação com insegurança jurídica destas decisões.

Em Thomas Kuhn, na obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, pode-se concluir que as revoluções científicas não ocorrem de modo racional, simétrico e pacífico, mas sim através de crises e choques, discussões doutrinárias e antagonismos agressivos, e é desse modo também com a Ciência do Direito e a evolução paradigmática entre o que se denominou Positivismo e o Pós-Positivismo.

Da doutrina contemporânea conclui-se que o Positivismo Clássico, expostos através de seus expoentes Kelsen e Hart, encontra-se em crise, pois a Norma Jurídica sob a forma de Regra, aplicada através do silogismo lógico dedutivo, com a subsunção das premissas menores (fatos) às premissas maiores (Regras), resultando dessa relação a decisão para o caso concreto, já não atende aos anseios sociais de solução de questões cada vez mais complexas.

As Regras já não abarcam todas as situações vivenciadas na sociedade, as questões apresentadas para solução e pacificação por parte do Julgador não se resolvem através da visão mecanizada das Regras, exige-se um fundamento inclusivo, com a decisão abrangendo uma consciência de justiça e de valores sociais, geralmente externados através dos Princípios Jurídicos.

O Pós-Positivismo busca responder a esse anseio de justiça e valores sociais na solução dos conflitos, seus teóricos apresentam métodos para promover a articulação dos Princípios Jurídicos na Decisão Judicial, contudo, mantém-se com essa prática uma contraindicação inaceitável, o subjetivismo do Julgador, exposto

através da Discricionarieidade interpretativa.

A pesquisa conduzida, desse modo, ambicionou propor a possibilidade de uma nova forma de lidar com a aplicação dos Princípios Jurídicos, preconizando critérios para sua execução como fundamento da Decisão Judicial e, ao mesmo, tempo afastar a subjetividade do Julgador, restringindo a Discricionarieidade e favorecendo a Segurança Jurídica.

Com base nessa concepção, foram elencadas três hipóteses, que o trabalho buscou responder:

a) os marcos teóricos tradicionais, que tratam da aplicação dos Princípios Jurídicos como fundamento da Decisão Judicial, promovem a Discricionarieidade do Julgador, reclamando revisão para lidar adequadamente com o desejo de Segurança Jurídica;

b) as visões clássicas e de oposição entre Positivismo e Pós-Positivismo não têm contribuído para o afastamento da Discricionarieidade do Julgador, fazendo-se indispensável refletir sobre saídas para esse subjetivismo e garantir Segurança Jurídica nas decisões.

c) é necessário restringir a aparente generalidade e universalidade da natureza dos Princípios Jurídicos, interpretando-os de forma articulada com outros critérios de julgamento legítimos, para com isso alcançar sua real e restrita aplicação ao caso concreto.

O trabalho desenvolveu-se para que, ao final, o tema problematizado fosse solvido, construindo-se uma proposta original e inédita para responder as hipóteses.

O primeiro capítulo cuidou do tema Norma Jurídica, conceituando-a como ordem artificialmente criada para regular a conduta humana, revelada através de um

conjunto de símbolos (palavras-linguagem), o mandamento é estabelecido pelo Estado, que também garante seu cumprimento através do monopólio da sanção.

A Norma Jurídica foi analisada como sinônimo de texto normativo, como mandamentos de condutas devidamente positivados dentro de um sistema jurídico organizado, de uma comunidade definida, que se exteriorizam através de uma construção gramatical que pode possuir características de Regras ou Princípios Jurídicos, mas que somente vão encontrar seu real sentido no momento da interpretação, pois o Direito é uma atividade interpretativa.

Pontuou-se, da mesma forma, a diferenciação entre a Norma Jurídica e o que se denominou 'Norma de Decisão', tratando essa como resultado da interpretação daquela, enfim, concluiu-se que a Norma de Decisão é a resposta produzida pelo Julgador para solução do caso concreto, o que comumente se denomina sentença.

A classificação das normas entre Regras e Princípios Jurídicos demonstrou-se importante, pois apesar de divergências teóricas, a prática, impondo-se de forma enfática, aponta que cada uma delas verdadeiramente assume características diversas na construção interpretativa, e por isso mesmo possuem especificidades quando da aplicação e do alcance na solução dos conflitos.

Contudo, em qualquer de suas formas de exteriorização (Regras ou Princípios Jurídicos), neste trabalho as normas não foram compreendidas como respostas pré-estabelecidas de questões ainda não apresentadas, elas somente encontram seu sentido e alcance após a atividade interpretativa, quando se desenvolvem como 'Norma de Decisão', não existindo interpretação antes ou fora do fato concreto.

Em conclusão sobre o tema, a Norma Jurídica (que nesse trabalho é examinada também com sentido de Texto Normativo), que se exterioriza através de uma construção gramatical mandamental, tem a finalidade de limitar a amplitude decisória, pois a tese estabelece que a informação não amplia as opções de solução do litígio, mas ao contrário, quanto maior a parcela de informações em poder do

Intérprete, mais constrangido estará para decidir de acordo com essas balizas.

Somente a ignorância ou a corrupção podem fazer com que o Intérprete deixe de lado as informações colhidas, para decidir contrariando-as⁵³⁹.

O segundo capítulo deixou clara a superação do que se denominou Positivismo Jurídico, especificamente no que toca a separação entre Direito e Moral, contudo, o trabalho absorveu a importância desse paradigma nos pontos em que deduziu o Direito como uma construção artificial da sociedade e quanto à positivação dos Textos Normativos, duas características que promovem inegável Segurança Jurídica.

O Pós-Positivismo foi analisado como um novo paradigma no pensamento jurídico, que acolhe as características de segurança do Positivismo Jurídico, mas busca o restabelecimento da ligação entre Direito e Moral.

Demonstrou-se no segundo capítulo que o Direito é uma ciência da regulamentação (dever-ser), mas também do agir humano além da norma (ser), e sendo assim ele resulta do imbricamento necessário entre Direito e Moral.

O trabalho também esclareceu que as normas jurídicas estão impregnadas de valores importantes à comunidade, constatou-se que na contemporaneidade estes valores morais, construídos na forma deontológica, foram também positivados, essencialmente através de Princípios Jurídicos incorporados ao ordenamento, em especial nas constituições do pós-guerra, e ao Intérprete é inaceitável ser indiferente ao exame destas normas jurídicas válidas e eficazes.

Ainda assim, Princípios Jurídicos não são valores, não podem ser confundidos, apesar da conexão entre estes institutos, princípios são normas

539 “Toda comunidade tem seus paradigmas de Direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância.” (DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 110.)

jurídicas, portanto, mandamentos de condutas, possuem caráter deontológico (dever-ser), enquanto valores se mantêm como desejos morais e éticos de uma comunidade no tempo, possuem unicamente caráter axiológico.

Em suma, o segundo capítulo convence sobre a importância do exame das questões que envolvem os Princípios Jurídicos, sua eficácia e a segurança na aplicação, sendo esse o instrumento apropriado para solução das questões complexas postas para decisão e que envolvem aspectos morais e éticos dos casos concretos, ocorrências onde as Regras não são suficientes e não respondem as exigências da sociedade, pois já não basta apresentar uma resposta, é substancial que ela seja também correta e justa.

O terceiro capítulo demonstrou que o processo é instrumento, para tanto percorre através de procedimentos e métodos um caminho para conhecer das circunstâncias do litígio, reconstruir essas informações e produzir a resposta adequada para os fatos concretos, portanto, é o local onde se exerce a função pacificadora dos litígios, construindo a Norma de Decisão.

Ainda no terceiro capítulo, tratou-se da Decisão Judicial como resultado do processo, conclusão da conjugação das Fontes do Direito ao fato concreto, arrematando a incompatibilidade da teoria monista que indica somente a regra como fonte primeira e única da decisão, concordando o trabalho que fontes são todos os argumentos, aceitos pela tradição social, que podem ser utilizados como fundamento da decisão.

A dissertação adotou para o estudo da hermenêutica jurídica a divisão em três linhas, o objetivismo, o subjetivismo, e trabalhou ainda outros autores que buscam a evolução paradigmática destas teorias, apresentando novas possibilidades para interpretação das Fontes do Direito, foram abordados Kelsen, Hart, MacCormick, Alexy, Atienza, Dworkin, Streck e Zanon Junior, mas individualmente, em todos eles se concluiu pela manutenção da Discricionariedade do Julgador, sobretudo no que toca a interpretação de Princípios Jurídicos como fundamenta da Decisão Judicial.

Além do mais, o estudo debruçou-se sobre a exigência de justificação das decisões, entendendo-a como o ato de explanar os motivos, oferecer as razões das escolhas das fontes do direito aplicadas, bem com o porquê de outras terem sido afastadas da decisão, a justificação, portanto, foi vinculada aos fundamentos articulados pelo Julgador, mas não se trata de reprisá-los, trata-se sim de argumentar motivando estas escolhas e deixando claro porque elas construirão a melhor e por isso a correta e justa resposta ao caso concreto.

No quarto capítulo o trabalho reconheceu o instituto da Segurança Jurídica como Princípio Jurídico, visto não especifica condutas, mas traça planos que devem ser seguidos, na medida do possível e dentro de possibilidades jurídicas e fáticas existentes, empregado na intermediação da criação das normas jurídicas e das normas de decisão, para que elas atestem os requisitos de compreensão, confiabilidade e calculabilidade.

A tese também detalhou que o Direito é tarefa argumentativa, onde a Norma Jurídica somente ganha significado após a interpretação e aplicação ao caso concreto, o Julgador utiliza-se das Fontes Jurídicas legítimas, e se propõe a partir delas construir soluções para pacificação dos conflitos.

No decorrer do quarto capítulo examinaram-se os métodos interpretativos da subsunção, da ponderação, da integridade e coerência em Dworkin e do diálogo de fontes e o diálogo de Cortes, concluindo-se que nenhum deles satisfaz a redução da Discricionariedade do Julgador, precipuamente quando da articulação de Princípios Jurídicos como fundamento de uma Decisão Judicial.

Não se adotou neste trabalho a tese da existência de uma única decisão correta para cada caso concreto, por sua vez aceitou-se para a solução do conflito a melhor resposta possível, considerando-a a mais satisfatória às partes e à sociedade em um determinado momento histórico.

Exibiu-se, ainda, razões da subjetividade do Julgador, sejam decorrentes das

Fontes do Direito, do próprio caso concreto ou de vieses cognitivos íntimos, alertando que essas peculiaridades são fatores de Discricionariedade e produzem incertezas e inseguranças.

A solução para o excesso de Discricionariedade e de falta de segurança consubstanciou-se em uma proposta original e inovadora, com inspiração na Teoria Complexa do Direito, de Orlando Luiz Zanon Júnior, especialmente no ponto que trata da força constrangedora dos argumentos juridicamente aceitos pela comunidade (Fontes Jurídicas) sobre o Julgador, propondo o trabalho que elas sejam articuladas por meio da Teoria da Argumentação Jurídica, exposta por Atienza.

As premissas teóricas acolhidas durante todo o trabalho favorecem a original conclusão de que os Princípios Jurídicos encontram sua limitação aplicativa ao caso concreto nos marcos promovidas pelas Fontes do Direito, ou seja, nos próprios Princípios Jurídicos, na Jurisprudência, nas políticas públicas estatais, nas convicções Éticas compartilhadas pela sociedade, na doutrina e nos Costumes.

O influxo de cada Fonte Jurídica aplicável ao caso concreto constrange o Intérprete em restringir o alcance interpretativo do Princípio Jurídico que se deve aplicar, delimitando-o para solução do caso concreto.

A proposta se afirma como inédita quando promove a abordagem articulada do constringimento das fontes (Teoria Complexa do Direito) com a justificação argumenativa da Teoria da Argumentação Jurídica de Atienza, essa trabalhando o contexto da descoberta e também o da justificação, além de incorporar critérios para se analisar a correção dos argumentos e da decisão final, tudo como meio de melhor interpretar o alcance dos Princípios Jurídicos na solução do caso concreto.

As Fontes Jurídicas (contexto de descoberta) serão justificadas entre as hipóteses de solução que forem articuladas (contexto de justificação), cabendo ao Julgador expor de modo claro e lógico os argumentos favoráveis à decisão que

melhor responde ao conflito, acrescentando que essa solução tem a obrigação, ainda, de respeitar critérios de correção.

Na proposição desta tese o caso concreto sempre é o ponto de partida para o Julgador, e nesse cenário, concluindo ele pela complexidade dos fatos, decorrente da impossibilidade de soluções satisfatórias em Textos Normativos com característica de Regras, mas encontrando-as em Textos Normativos com identidade de Princípios Jurídicos, passa-se então a articulá-los para produção da 'Norma de Decisão', onde a incidência de todos estes padrões de julgamento impõe contornos, balizando-o durante o caminho da sentença.

A proposta agora apresentada afasta o que se denomina de colisão de Princípios Jurídicos, bem como a ponderação como meio de resolvê-los, pois na tese deixou-se claro que Princípios Jurídicos podem ser articulados em conjunto, contudo, cada qual balizando uma peculiaridade para resposta, e com seus alcances aparados pelas demais Fontes Jurídicas, não se 'calculam aritmeticamente' as variáveis de peso, intensidade e certeza, mas argumentam-se as Fontes do Direito para limitar e obter o alcance do princípio aplicável ao caso concreto.

Quanto à Discricionariedade do Julgador, o projeto explicita que sua redução decorre de tantas quantas forem as Fontes Jurídicas articuladas aos princípios para produção da 'Norma de Decisão'.

Sobre a Segurança Jurídica, é garantida sua ampliação pela obrigação do Julgador apresentar e argumentar no processo judicial os fundamentos e justificativas de sua decisão, tanto pelo viés da descoberta (os motivos pelos quais se tomou aquela decisão, aparentemente pouco controlável), como também pelo viés da justificação (razões que justificam a decisão, permitindo considerá-la correta e justa, esse sim passível de maior sindicabilidade).

Enfim, o trabalho confirmou as hipóteses da pesquisa, constatou-se que os meios correntes a disposição para articulação dos Princípios Jurídicos no

fundamento da Decisão Judicial, não são pautados pela redução da Discricionariedade do Julgador ou proporcionam Segurança Jurídica, diante disso, oferece-se para debate a proposta original e inédita acima estruturada.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AARNIO, Aulis. ATIENZA, Manuel. LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de Direito – Vol. 3**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Comares: Granada, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Organizadores Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 1ª ed. 4ª Impresión. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2014.

ATIENZA, Manuel. **O Direito como argumentação**. Lisboa: Editora Ariel, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos Princípios Jurídicos**. 14. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

BARBERIS, Mauro. **Filosofia del diritto – um'introduzione teórica**. 3ª ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 2008.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed., amplamente revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Anotações preliminares sobre o conteúdo e as funções dos princípios**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SCARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BARROS, André Borges de Carvalho. **A solução de antinomias no ordenamento jurídico brasileiro nas relações de consumo: dos critérios clássicos à teoria do diálogo das fontes**. *Revista Brasileira de Direito Comercial*, Porto Alegre: LexMagister, nº 23 – jun-jul/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004,

BARROSO, Luis Roberto. **Casos difíceis e a criação do Direito**. Seminário Teoria da Decisão Judicial : 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília : CJF, 2014, 186 p. : Il. – Série cadernos do CEJ ; 30.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Artigo encontrado no sitio <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acessado em 06/07/2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos. BUNN, Alini. **Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de Direito comparado**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3, dez. 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 115 – jan-fev/2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 19ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Il Positivismo giuridico – Lezioni di Filosofia del diritto**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 1º ed., Bauru, SP: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed., Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, Reimpressão em 1999

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli (It): Morano Editore, 1958.

CARVALHO FERNANDES, Ricardo Vieira de. DOLABELLA BICALHO, Guilherme Pereira. **Do Positivismo ao Pós-Positivismo jurídico – O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 48. nº 189, jan/mar. 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Nuovi saggi di diritto processuale civile**. Napoli (it): Casa Editrici Ca. N. Jovene. 1912.

CICCO, Alceu. **Evolução do Direito processual**. <http://jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-Direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil#ixzz3aWMmiEm0>, acessado em 06/06/2018.

COLLOCA, Stefano. **Il rapporto tra validità ed eficácia nel principio di effettività**. Rivista Internazionale di Filosofia Online, maggio de 2011, anno VI, nº 11, pp. 13, disponível em http://www.metabasis.it/articoli/11/11_Collocapdf, acesso em 19/07/2017.

CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1991.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico, introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.2).

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 3ª ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1997.

DONIZETTI, Elpídio. **Evolução (fases) do processualismo: sincretismo, autonomia, instrumentalismo e neoprocessualismo**. <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940209/evolucao-fases-do-processualismo-sincretismo-autonomia-instrumentalismo-e-neoprocessualismo>, acesso em 07/06/2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1.999.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2.000.

FELLET, André. **Regras e princípios, valores e normas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karan. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris - Teoria del derecho y de la democracia. 1. Teoria del Derecho**. Editorial Trotta: Madri, 2011.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. Editora Manole. Edição do Kindle,

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FINNIS, John M. **Legge naturale e diritti naturali**. Torino: G.Giappichelli

Editore, 1996.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma e interpretação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma e interpretação e hermenêutica jurídica**. 9ª ed. Barueri-SP: Manole, 2015.

GIULIANI, Alessandro. **Contributi ad una nuova teoria pura del diritto**. Università Degli Studi di Pavia, Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1954.

GIULIANI, Alessandro. **L'applicazione della Legge**. Maggioli Editore – Rimini, 1983.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do Direitos e os princípios)**. 7º ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica**. 17ª Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito ponto e o Direito pressuposto**. 8ª ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

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

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política, fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do estado**. Petrópolis: Ed. Vozes, 1991.

HOFFMANN RITT, Leila Eliane. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos Direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>>. Acessado em 29/01/2014.

HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

HUPFFER, Haide Maria. **O legado do jusnaturalismo moderno-iluminista para a positivação do Direito**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9694>. Acesso em out 2016.

JAYME, Erik. **Entrevista com o Prof. Erik Jayme**. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 1, Vol. 3, jul/set. 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito. Versão condensada pelo próprio autor.** 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: RT. 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Ed. 5ª. São Paulo: Ed. Perspectiva S.A. 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del processo civile.** Milano (It): Morano Editore, 1962.

LIMA, George Marmelstein. **As funções dos princípios constitucionais.** Artigo encontrado na rede mundial de computadores, endereço: <http://jus.com.br/imprimir/2624/as-funções-dos-princípios-constitucionais>, 16/04/2015.

LOUZADA DA SILVA, Laura Rodrigues. **Diálogo das fontes na resolução de conflitos judiciais sobre planos de saúde.** Artigo constante da obra Direito em diálogo de fontes. Editora D'Plácido. Edição do Kindle

LUIZ, FERNANDO VIEIRA. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada a constituição de Lenio Streck.** Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito.** 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARDEN, Carlos e WYKROTA, Leonardo Martins. **NeuroDireito: o início, o fim e o meio.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 8, nº 2, ago. 2018.

MARÍN, R. Hernández. **Las obligaciones básicas de los jueces**. Madri: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora RT, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 45 – jan-mar/2003.

MARTINS DE ARAÚJO, Luiz Cláudio. **O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais: Uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais**. Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 39, jan./mar. 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coordenadores). **Tratado de Direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos**. São Paulo: Atlas, 2000.

MAZZARESE, Tecla. **Forme di razionalità delle decisioni giudiziali**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC. 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994.

MELLO, Marco Aurélio. Interpretação constitucional e Direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTÍN, Nuria Belloso (Coords.). **Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito constitucional**. 4ª ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIGUEL, Leonardo Rogério e PASSOS VIDEIRA, Antônio Augusto. **A distinção entre os “contextos” da descoberta e da justificação à luz da interação entre a unidade da ciência e a integridade do cientista: o exemplo de William Whewell**. Revista Brasileira de História da Ciência, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 34, jan | jun 2011

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Publicações Dom Quixote: Lisboa, 1978.

MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania - Por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e Regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América**

Latina. Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 201, jan./mar. 2014.

ORTEGA, Manuel Segura. **Sobre la interpretación del derecho.** Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico. 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 13 ed.rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

POZZOLO, Susanna. **Neocostituzionalismo e Positivismo giuridico.** Torino: G.Giappichelli Editore, 2001.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos.** 1º ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** 5ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito.** 4ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIPEPE, Eugenio. **La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano.** [http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/la-teoria-dell-ordinamento-giuridico-santi-romano_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/). Acessado em 25/06/2017.

ROCHA, Mauro Sérgio. **Aplicação direta dos princípios constitucionais.**

Controle de constitucionalidade das decisões judiciais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2016.

ROIG, Rafael de Asis. **Jueces y normas - la decisión judicial desde el Ordenamiento.** Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. 1995

ROSS, Alf. **Direito e justiça.** Bauru, SP: Edipro, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais.** 2ª Tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ª Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento, vol. 1.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora RT, 1998.

SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência.** 2ª ed. (actualizada e ampliada). Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011.

SILVEIRA, Alessandra. CANOTILHO, Mariana. **Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia comentada.** Coimbra (PT): Edições Almedina, 2013.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Uma introdução ao dualismo, ou a influência da teoria do diálogo das fontes na teoria do Direito**

constitucional. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 989 – mar./2018.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença Cível, fundamentos e técnica**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Princípios Constitucionais**. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Vader (Coords.). Tratado de Direito constitucional, vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

WEBER, Max. **Ciência e Política – duas vocações**. Ed. 20. Ed. São Paulo: Ed. Cultrix. 2013.

VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do Direito**. 5ª edição correcta e actualizada segundo a 10ª edição italiana. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, EDUC, 1977.

ZACCARIA, Giuseppe. **Sul concetto di positività del diritto**. In ZACCARIA, Giuseppe (org). *Diritto Positivo e Positivà Del Diritto*. Vol. 14, G.Giappichelli Editore: Torino, 1991

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 5 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Prestação Jurisdicional**. v. 1, n. 02, Revista do CEJUR/TJSC, p. 11 – 26, out. 2014.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. Documento eletrônico. - Florianópolis: Academia Judicial/Centro de Estudos Jurídicos. 2013.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2º ed. rec. ampl., Curitiba-PR: Editora Prisma, 2014.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Garantismo jurídico: o esforço de Ferrajoli para o aperfeiçoamento do Positivismo jurídico**. Revista da ESMESC, V.22, nº 28, 2015.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA - UNIPG
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

**ARTICOLAZIONE DI PRINCIPI GIURIDICI CON ALTRI
CRITERI DI GIUDIZIO LEGITTIMO, COME MISURA PER
RIDURRE LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA**

MARCO AURÉLIO GHISI MACHADO

Itajaí-SC, 2019

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA - UNIPG
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

**ARTICOLAZIONE DI PRINCIPI GIURIDICI CON ALTRI CRITERI DI GIUDIZIO
LEGITTIMO, COME MISURA PER RIDURRE LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA**

MARCO AURÉLIO GHISI MACHADO

Riassunto della Tesi presentata al Corso di Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche dell'Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, in lingua italiana, in osservanza al requisito previsto nella Convenzione di Cotutela di Dottorato firmata con l'Università degli Studi di Perugia.

Direttore di Tesi: Professore Dottore Maurizio Oliviero, UNIPG

Co-Direttore di Tesi: Professore Dottore Orlando Luiz Zanon Júnior, UNIVALI

Co-Direttrice di Tesi: Professoressa Dottoressa Alessandra Silveira, UMINHO

Itajaí-SC, novembro 2019

INTRODUZIONE

La presente Tesi sviluppa lo studio della sicurezza giuridica delle decisioni giudiziarie quando, per suo fondamento, sono applicati principi giuridici senza intermediazione di regole. La ricerca si pone nel contesto della elevata discrezionalità delle sentenze realizzate con base nei principi e l'indispensabile preoccupazione con la sicurezza giuridica di tali decisioni. In questo scenario, si pretende presentare la proposta di metodo di articolazione dei principi, in associazione con altri criteri di giudizio legittimo, e con questo raggiungere la riduzione della discrezionalità giudiziaria e perfezionare la salvaguardia giuridica.

Per effetto della delimitazione del tema, la ricerca è gravitata intorno a determinate asserzioni centrali. La prima risiede nel concordare con la tesi che le norme giuridiche sono classificate in regole e principi, ognuna con le sue specificità e le sue funzioni dentro l'ordinamento giuridico, ma entrambe con efficacia concreta e totale. La dichiarazione seguente si proietta con la fattibilità dei principi che servono come contributo e fondamento per una decisione giuridica, senza intermediazione di regole. Il prossimo enunciato affronta il processo come *locus* della decisione giuridica, dove vengono assunti i principi attraverso teorie interpretative/ermeneutiche dei fatti di diritto.

Infine, tutti questi contenuti saranno tra loro connessi per dimostrare la correttezza della ipotesi secondo la quale è possibile offrire sicurezza giuridica per le sentenze fondate su principi, raggiungendo la diminuzione della discrezionalità in associazione con altri criteri legittimi di giudizio, articolati attraverso la Teoria di Argomentazione di Atienza.

Capitolo 1: Principi Giuridici

Il primo capitolo ha presentato l'istituto del principio giuridico, descrivendolo e classificandolo come una specie di norma giuridica, differenziandolo dalle regole, anche in merito alla sua costruzione grammaticale, al suo destino e applicazione. I quadri teorici adottati nella ricerca delle norme tra regole e principi giuridici, sono stati estratti, soprattutto, da opere di positivisti come Hans Kelsen, H. L. A. Hart e Norberto Bobbio e de post-positivisti come Ronald Dworkin, Robert Alexy, Neil Maccormick, Manuel Atienza, tra gli altri.

Kelsen si è occupato del tema norma, dichiarando che si tratta di un ordine volitivo emanato da qualcuno che desidera il compimento da parte di altri di quanto determinato, che serve quindi per regolare la condotta umana⁵⁴⁰, un regolamento di 'dover essere'⁵⁴¹.

Per l'autore le norme sono prodotte attraverso un procedimento proprio, autorizzato da norme superiori, creando un sistema dove esiste gerarchia normativa, incontrando il suo apice in una norma presupposta, non materiale e che ha denominato 'norma fondamentale'⁵⁴², avvisando che l'obbedienza alle norme di questo sistema è separata dalle questioni morali⁵⁴³.

A sua volta, Hart ha teorizzato la norma in modo differente, mantenendo

540 “Che una norma è ‘diretta’ ad una persona, non significa altro se non che la condotta di un individuo, una condotta umana, è dovuta.” (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986. P. 12.)

541 “il dover essere – la norma – significa volere, è un atto di volontà, e – se la norma costituisce una prescrizione, un comandamento – è il senso di un atto diretto alla condotta di altri, di un atto il cui senso è che altri devono comportarsi in questo modo”. (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986. P. 03.)

542 “Come notiamo, la norma che rappresenta il fondamento della validità di un'altra norma è, una norma superiore. Ma la ricerca del fondamento della validità di una norma non può, così come la ricerca della causa di un determinato effetto, perdersi nell'interminabile. Deve terminare in una norma che si presuppone come l'ultima e la più elevata, il fondamento della sua validità non può quindi essere posta in discussione. Una tale norma, considerata come la più elevata, sarà qui definita come norma fondamentale(Grundnorm).” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. 6ª ed.. São Paulo: Martins fontes, 1998. P. 221.)

543 “Quanto una teoria di diritto positivo si propone di distinguere tra diritto morale in generale e diritto e giustizia in particolare, per non confondersi tra loro, essa va contro il concetto tradizionale, indiscutibile per la maggior parte dei giuristi, che presuppone che esiste appena una unica morale valida – che è quindi assoluta – da cui risulta una Giustizia assoluta. L'esigenza di una separazione tra diritto e morale, diritto e giustizia, significa che la validità di un ordinamento giuridico positivo è indipendente da questa morale assoluta, unica valida, della morale per eccellenza, della morale.” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. 6ª ed.. São Paulo: Martins fontes, 1998. P. 75.)

tuttavia la comprensione della separazione tra diritto e morale⁵⁴⁴. Per questo studioso, il primo criterio che caratterizza una norma è la sua obbedienza⁵⁴⁵, ossia, l'agente smette di praticare un determinato atto proibito non soltanto a causa dell'eventuale sanzione, ma per essere abituato ad agire in accordo con il comandamento

Hart ha anche affermato che la norma, oltre all'obbedienza, deve far parte di un sistema riconosciuto come valido⁵⁴⁶, validità che dipende da una norma speciale che ha denominato come riconoscimento, non ipotetica come in Kelsen, ma in questo caso reale⁵⁴⁷.

Per Bobbio, invece, la norma giuridica è una proposizione prescrittiva, dove gli ordini vengono emanati attraverso un insieme di parole con significato e destinate a regolare condotte, essendo garantita la loro obbedienza attraverso sanzioni esterne e istituzionalizzate, con incontestabile separazione tra diritto e morale⁵⁴⁸.

L'importanza del positivismo del diritto è stata inserita nella Tesi attraverso Alessandro Giuliani, nella sua opera *L'applicazione della Legge*, dove è chiara la primordiale funzione edificante delle norme di condotta, affermando la garanzia di

544 "... questo non significa che i criteri di validità giuridica delle leggi specifiche usate in un sistema giuridico debbano necessariamente includere, in modo esplicito o tacito, un riferimento alla morale o alla giustizia." (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009. P. 240.)

545 "Perché un sistema normativo venga imposto a qualcuno con la forza, è vero che, come già enfatizzato nel discutere la necessità e la possibilità delle sanzioni, deve avere un numero sufficiente di persone che le accettino volontariamente. Senza questa cooperazione che crea autorità, il potere coercitivo del diritto e del governo non può essere istituito." (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009. P. 259-260.)

546 "Si esigono, quindi, due condizioni minime, necessarie e sufficienti, per l'esistenza di un sistema giuridico. Da un lato, le norme di comportamento valide in accordo con i criteri ultimi di validità del sistema devono essere generalmente obbedite; d'altro lato, le norme di riconoscimento che specificano i criteri di validità giuridica e le norme di modifica e giudizio devono essere effettivamente accettate, come modelli pubblici comuni di comportamento ufficiale da parte delle autorità del sistema." (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009. P. 150.)

547 "La forma più semplice di soluzione per l'incertezza propria del regime di norme primarie è l'introduzione di ciò che chiameremo 'norma di riconoscimento'. Questa norma specifica le caratteristiche che, se presenti in una determinata norma, saranno considerate come indicazione conclusiva che si tratta di una norma di gruppo, ad essere appoggiata dalla pressione sociale che questa esercita." (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009. P. 122.)

548 "Nel linguaggio giuspositivista il termine 'diritto' è quindi assolutamente senza valore, cioè, privato di qualsiasi connotazione o risonanza emotiva: il diritto prescinde dal fatto di essere buono o cattivo, di avere valore o meno." (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131.)

certezza del suo contenuto e della sua applicazione⁵⁴⁹; è stato attraverso il giuspositivismo che il diritto, come sistema di norme, ha raggiunto la razionalizzazione e l'istituzionalizzazione⁵⁵⁰.

I post positivisti hanno analizzato lo sviluppo degli aspetti morali come elemento delle norme quando hanno concluso per l'esistenza di modelli differenti dalle regole nelle decisioni di giudizio .

Dworkin ha affermato che i giudici, nell'esaminare le cause arrivate in giudizio, molte volte si imbattono in situazioni dove le regole non presentano soluzioni per il conflitto e per questo la cercano attraverso credenze morali o politiche⁵⁵¹, che non possono essere disprezzate⁵⁵².

Robert Alexy abbraccia, in un certo modo, la tesi di Dworkin quanto alla presenza indispensabile degli aspetti morali nella elaborazione di norme, incorporate nel sistema giuridico attraverso principi⁵⁵³, indicando questa connessione come una

549 “[...] Tale dottrina, che presuppone la riduzione del diritto alla legge, è riconducibile ad un fenomeno, che potrebbe essere definita moralizzazione del diritto. La certezza, e la configurazione del diritto come un rigoroso sistema di regole di imputazione, è in funzione di un problema morale: la responsabilità individuale presuppone una norma certa, che precede la condotta umana...” (GIULIANI, Alessandro. **L'applicazione della Legge**. Maggioli Editore – Rimini, 1983, p. 13.)

550 “Nella dottrina del positivismo giuridico la funzione razionalizzatrice del sistema è affidata unicamente alle fonti del diritto: la prevalenza di criteri autoritativi è destinata nella versione forte ad eliminare il problema stesso delle *leges legum*, e nella versione debole ad attrarlo nella propria logica. Criteri razionali non trovano una loro giustificazione dal punto di vista di una concezione imperativistica, in quanto la gerarchia delle fonti funge da norma di riconoscimento; tali norme possono essere ammesse come articolazioni di una fondamentale norma di riconoscimento: la volontà del legislatore. Vengono elusi i problemi legati alla dottrina delle *leges legum*, con una fuga nella dottrina del giudice come destinatario delle norme. Un ordinamento giudiziario burocratico – con lo strumento della responsabilità disciplinare del giudice – appare il principale strumento per garantire la certezza del diritto. Una volta che il fondamento della legge non è più la ragione, ma la volontà del legislatore, le regole sull'applicazione della legge possono essere giustificate come norme organizzative, formali, burocratiche...” (GIULIANI, Alessandro. **L'applicazione della Legge**. Maggioli Editore – Rimini, 1983, p.19-20.)

551 “In questi casi drammatici la Suprema Corte presenta ragioni – essa non cita leggi scritte, ma si appella a principi di giustizia e di politica pubblica. Questo significa che, in ultima istanza, la Corte sta seguendo regole, anche se di natura più generale ed astratta? Oppure questo significa che la corte sta decidendo sul caso in accordo con le sue proprie credenze morali e politiche?” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2002. p. 08.)

552 “Così, le diverse correnti di approccio professionale della teoria del diritto hanno fallito per la stessa ragione sottostante. Esse ignorano il fatto cruciale che i problemi di teoria del diritto sono, in fondo, problemi relativi a principi morali e non strategie o fatti giuridici. Hanno interrotto questi problemi per l'insistenza nell'approccio giuridico convenzionale. Ma per avere successo, la teoria del diritto deve dare una luce a questi problemi e affrontarli come problemi di teoria morale.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2002, p. 12.)

553 “Così, vale la proposizione: a partire da una fase minima di sviluppo, tutti i sistemi giuridici contengono necessariamente principi. Questo basta come base per dare fondamento alla connessione necessaria tra diritto e morale attraverso l'argomento dei principi.” (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009, p. 90.)

particolarità del post-positivismo⁵⁵⁴.

Per l'autore tedesco, tuttavia, non basta l'esistenza di una connessione tra diritto e morale, dipendendo anche dal fatto che questa affinità è giusta, portando a risolvere il dilemma che ha chiamato 'argomento di correzione' come criterio di validità della norma⁵⁵⁵.

Anche Neil McCormick accetta la divisione delle norme in regole e principi, avendo questi ultimi la funzione di connettere aspetti morali al sistema giuridico⁵⁵⁶, affermando che i principi sono norme generali con valore positivo, che trovano la loro esistenza giuridica concreta mediante l'esame congiunto, di un ordinamento giuridico positivo, pertanto, non sono semplicemente incontrate, ma create dentro il sistema⁵⁵⁷, e posseggono la funzione di fornire una guida al giudice per interpretare l'ordinamento e determinare il campo di applicazione delle regole che risolva nel miglior modo il caso concreto⁵⁵⁸.

554 "Tutte le teorie non-positiviste difendono, al contrario, la tesi della connessione. Questa afferma che il concetto di diritto deve essere definito in modo che contenga elementi morali. Con questo, nessun non-positivista serio ha escluso dal concetto di diritto gli elementi della legalità autoritaria e dell'efficacia sociale. Ciò che li distingue dai positivisti è innanzitutto il concetto di diritto definito in modo che contenga, oltre a queste caratteristiche che si adattano ai fatti, anche elementi morali. Qui, nuovamente, sono possibili le più svariate interpretazioni e assegnazioni di peso." (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 242.)

555 "L'argomento della correttezza costituisce la base per dare fondamento alla mia tesi. Esso afferma che tanto le norme giuridiche isolate e le decisioni giuridiche isolate quanto i sistemi giuridici nella loro totalità indicano una pretesa di correttezza. [...] norme isolate di un sistema giuridico che non portano a richiedere correttezza o che non la soddisfano, sono giuridicamente difettose, ma non per questo perdono il loro carattere giuridico o la loro validità giuridica. Perché questo occorra, l'ingiustizia deve soddisfare la formula di Radbruch, ovvero, oltrepassare la soglia dell'ingiustizia estrema." (ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 279.)

556 "In questo senso, e a partire da questo punto di vista, sarebbe illusorio che qualcuno avesse la pretesa che il diritto possa essere ignorato dalla morale – o anche ignorato dalla politica." (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009, p. 202.)

557 "Ci si permetta di riaffermare ciò che pensiamo di dire quando parliamo di 'principi di diritto' in contrasto con le norme di diritto. Secondo me, si può concepire che le norme giuridiche (permettetemi di chiamarle per questo effetto di 'norme giuridiche compulsorie'), individualmente o, con frequenza molto maggiore, in gruppi affini, tendono a garantire o hanno l'obiettivo di garantire, un fine che si consideri prezioso, o qualche modo di condotta generale che si reputi desiderabile. Esprimere la linea d'azione per raggiungere il suo obiettivo o la convenienza di questo modo di condotta generale, in un enunciato normativo generale è quindi enunciare 'il principio della legge' sottostante alla norma o norme in questione." (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009, p. 202.)

558 "Ripetiamo, ancora una volta, che i giudici devono di fatto fare giustizia, ma fare 'giustizia in accordo con la legge'. Questo non significa, in verità non può significare, che i giudici debbano decidere casi esclusivamente in modo giustificabile per semplice deduzione a partire dalle norme giuridiche di carattere compulsorio. D'altro lato, però, non può significare che essi possano essere

Manuel Atienza rinforza la tesi che la caratteristica principale del post Positivismo è la relazione tra diritto e morale, affermando che la positivizzazione dei principi morali, la loro inclusione negli ordinamenti giuridici, rende impossibile la separazione pretesa dai positivisti⁵⁵⁹.

Il lavoro che viene qui presentato, si rivolge all'applicazione dei principi giuridici come criterio valido per il giudizio, ma cercando la riduzione della discrezionalità e la ricerca di una sicurezza giuridica, adotta il concetto di norma dal punto di vista post Positivista, credendo nell'indispensabile separazione tra diritto e morale.

La differenziazione e la demarcazione dei limiti tra regole e principi sono di grande importanza sia dal punto di vista scientifico, che esige aggiornamento concettuale degli istituti di diritto, come anche dal punto di vista pratico, poi come è stato esaminato in questo lavoro, regole e principi sono elementi di determinazione per l'elaborazione di sentenze che agiscono in modo differente all'interno del sistema giuridico⁵⁶⁰.

Il lavoro concorda con l'argomento che regole e principi giuridici sono istituti differenti, enumerando quattro criteri dottrinari per l'esame di questa distinzione, i

lasciati totalmente liberi per seguire le proprie intuizioni di senso comune e dell'utilità della giustizia, liberi da qualsiasi limitazione. Il raggio d'azione della loro libertà, potere e, in realtà, dovere di cercare soluzioni giustificabili attraverso una valutazione in termini consequenziali delle necessità del caso generico, è limitata dall'esperienza di dimostrare un qualsiasi fondamento giuridico per ciò che viene fatto. I 'principi generali' che forniscono questo necessario orientamento da un lato, ma limitazione dall'altro, esprimono le ragioni sottostanti per le norme specifiche esistenti." (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2009, p. 215-216.)

559 "Esto es una consecuencia de la 'moralización' de nuestros Derechos, esto es, del hecho de que los sistemas jurídicos han positivizado (vía la Constitución) los principios de una moral universal que no pretende ser simplemente la moral social de un determinado grupo. La moral ha emigrado, pues, al interior de los Derechos, de manera que, en general, los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre Derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el derecho." (ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 1ª ed. 4ª Impresión. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2014, p. 125.)

560 "Senza non può esserci nessuna teoria adeguata sulle restrizioni ai diritti fondamentali, e nemmeno una dottrina soddisfacente sulle collisioni, senza una teoria sufficiente sul ruolo dei diritti fondamentali nel sistema giuridico. Questa distinzione costituisce un elemento fondamentale non soltanto della dogmatica dei diritti di libertà e uguaglianza, ma anche del diritto alla protezione, all'organizzazione e procedimento, e alle prestazioni in senso stretto. Con il suo aiuto, problemi come gli effetti di diritto fondamentali dinanzi a terzi e la suddivisione delle competenze tra tribunale costituzionale e parlamento possono essere più chiari. La distinzione tra regole e principi costituisce un punto di partenza e anche la struttura di una teoria normativo-materiale di diritti fondamentali e, con questo, un punto di partenza per la risposta alla domanda sulla possibilità e sui limiti della razionalità nell'ambito dei diritti fondamentali [...]" (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 85.)

criteri di generalità⁵⁶¹, di contenuto⁵⁶², di struttura normativa⁵⁶³ e delle particolarità di applicazione⁵⁶⁴.

Attualmente non è possibile la tendenza di legame intimo tra principi giuridici, primordialmente quando positivizzati nelle costituzioni, e i valori sociali. Il nuovo costituzionalismo principiologico non si soddisfa per essere una semplice norma descrittiva o programmatica dello Stato, ma si trova inondato di valori morali e politici che si organizzano in un sistema di diritti fondamentali autoapplicabili e che si manifestano in principi⁵⁶⁵.

561 “Le caratteristiche materiali citate si accompagnano ad una differenziazione formale (o distinta forma presentazione): i principi sono dotati di un elevato grado di astrazione, il che non significa impossibilità di determinazione – e, conseguentemente, di bassa densità semantico-normativa (ma potendo essere integrati attraverso l’interpretazione/applicazione, specialmente attraverso altre norme e persino in merito a situazioni specifiche, come decisioni giuridiche e atti amministrativi, al passo che le altre norme (regole) posseggono un minore grado di astrazione e più alta densità normativa.” (ROTHENBURG, Walter Claudius. **princípios Constitucionais**. 2ª Tiragem. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 17-18.)

562 “[...] La differenza nella programmazione selettiva del contenuto valutativo sembra essere la seguente: i principi, che si strutturano tipicamente mediante una relazione più elastica tra ‘se’ e ‘allora’, ossia tra antecedente e conseguente, tendono a coinvolgere una postura più flessibile e aperta verso l’incorporazione dei valori; le regole, che si strutturano con una connessione ‘se-allora’ meno elastica, tendono ad avere una attitudine più stretta e meno aperta per l’incorporazione di valori.” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins fontes, 2014. P. 41.)

563 “Así pues – por lo que aquí interesa -, la distinción esencial parece ser la siguiente: las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de dissenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de ‘supuesto de hecho’, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino solo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos de puede entender su alcance.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 5 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. P. 110.)

564 “Il punto decisivo nella distinzione tra regole e principi è che i principi sono norme che ordinano che qualcosa venga realizzato nella maggior misura possibile dentro le possibilità giuridiche esistenti. Principi sono quindi comandamenti di ottimizzazione, e per il fatto che la misura dovuta della sua soddisfazione non dipende soltanto dalla sue possibilità di fatto, ma anche dalle possibilità giuridiche. L’ambito delle possibilità giuridiche è determinato dai principi e dalle regole collidenti.

Già le regole sono norme che sono sempre soddisfatte o non soddisfatte. Se una regola vale, si deve fare esattamente quello che la stessa esige, né più né meno. Regole contengono quindi determinazione nell’ambito di quello che è fatto e giuridicamente possibile. Questo significa che la distinzione tra regole e principi è una distinzione qualitativa e non una distinzione di grado.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**, 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 90-91.)

565 “Pare inarrestabile la linea di evoluzione che porta a trovare il fondamento positivo, anche se non esclusivo, dei principi generali dell’ordinamento giuridico nella Costituzione. Nel nuovo contesto il punto di vista dogmatico, secondo cui la positivizzazione di un principio consiste nella sua

L'inferenza che appare chiara in questo primo capitolo è che le norme (regole e principi) producono effetti, non sono opinioni o direttive da essere seguite in maniera discrezionale, ma obbligano e devono essere compiute generando effetti sin dalla sua entrata in vigore⁵⁶⁶.

Un altro punto sostanziale analizzato è stato il concetto di norma e enunciato normativo, intendendo entrambe come espressioni linguistiche, generalmente presentate in forma grammaticale, tuttavia, le norme sono espresse attraverso un linguaggio prescrittivo, attraverso il quale saranno dati i comandi, i consigli, gli ordini, ecc., con l'obiettivo di regolare le condotte, in quanto gli enunciati normativi sono espressi attraverso un linguaggio descrittivo, tipicamente utilizzato dal linguaggio scientifico, e trattandosi di diritto è il lessico della scienza di diritto.

Abbiamo in questo modo che una norma si presenta come un concetto primario a riguardo di un enunciato normativo, ossia, l'enunciato normativo esporrà il significato della norma, evidenziando che questa potrà esprimersi attraverso innumerevoli enunciati normativi, data la maggior libertà linguistica nelle sue formulazioni.

Importante differenziare norma e enunciato normativo in ragione dell'esame del criterio di validità di questi istituti, in quanto si può analizzare una norma dal punto di vista della sua validità o invalidità, ma mai se vera o falsa, dal punto di vista della veridicità e della giustizia, perché soltanto gli enunciati normativi possono essere soppesati⁵⁶⁷.

incorporazione nel texto, pare superata. Non va trascurata l'incidenza su questo fenomeno del progressivo collegamento del diritto interno con il diritto sovranazionale, che pone a vari livelli (trattati internazionali, diritto comunitario) il ricorso a principi del diritto, in un senso non ammesso dal positivismo. Basti pensare all'articolo 215, 2° comma, del Trattato di Roma, istitutivo della Comunità Europea: nelle applicazione del collegamento dei nuovi principi con la tutela di diritti fondamentali.

Non è casuale che nella più recente giurisprudenza si sia potuto affermare, in un nuovo clima, il ricorso esplicito a principi *sans texte formel* (logici, economici, scientifici ecc), che permettono in taluni casi lá tutela di diritti costituzionalmente garantiti..." (GIULIANI, Alessandro. **L'applicazione della Legge**. Maggioli Editore – Rimini, 1983, p. 75.)

566 "[...] Se il diritto e, soprattutto, la Costituzione, dipende per la sua efficacia dai fatti concreti della vita, non si pensi che sia possibile che l'interpretazione faccia di essi tabula rasa. Essa non deve contemplare queste condizioni, collegandosi con le preposizioni normative della Costituzione. L'interpretazione adeguata è quella che riesce a concretizzare, in maniera eccellente, il senso (sinn) della proposizione normativa dentro le condizioni reali dominanti in una determinata situazione." (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 22.)

567 "Il carattere distintivo che sembra decisivo è quello che si riferisce al criterio di valutazione. Sulle proposizioni descrittive, si può dire che sono vere o false, mentre su quelle prescrittive no. Le proposizioni descrittive non sono nè vere e nè false, nel senso che non sono soggette alla valutazione

Il capitolo ha anche analizzato la norma dal punto di vista della decisione giuridica, e in questo l'ha esaminata come sinonimo del testo normativo, precetti di condotte dovutamente positivizzate dentro un sistema giuridico organizzato, di una comunità definita, che si esteriorizzano attraverso la costruzione grammaticale che può possedere caratteristiche di regole o principi giuridici, ma che soltanto incontrano il vero senso nel momento dell'interpretazione, poi il diritto è un'attività interpretativa.

Il lavoro ha messo in evidenza, nello stesso modo, la differenziazione tra le norme giuridiche e quello che venne denominato 'norma di decisione', trattando questa ultima come risultato della interpretazione di quelle; infine, si è concluso che la 'norma di decisione' è la risposta prodotta da chi giudica, mediante l'articolazione delle fonti di diritto, tra cui le norme giuridiche per la soluzione di caso concreto, e che comunque si denomina sentenza.

La classificazione delle norme tra regole e principi giuridici si è dimostrato importante, perché nonostante le divergenze teoriche, la pratica sempre ha il sopravvento e indica che ognuno di questi istituti realmente assume diverse forme nel momento della loro costruzione interpretativa, e per questo posseggono specificità quando raggiungono una soluzione dei conflitti.

Quindi, in qualsiasi delle sue forme di esteriorizzazione (regole o principi giuridici), in questo lavoro le norme non sono state comprese come risposte prestabilite di questioni ancora non presentate, infatti loro trovano il significato e la portata dopo l'attività interpretativa, quando si sviluppano come 'norma di decisione', non esistendo interpretazione prima o fuori dal fatto concreto.

Concludendo sul tema, la norma giuridica (che in questo lavoro è esaminata anche con il significato di testo normativo), che si manifesta attraverso una costruzione grammaticale di mandato, ha la finalità di limitare l'ampiezza della decisione, poi la tesi stabilisce che l'informazione non dà ampiezza alle opzioni di soluzione di litigio, ma al contrario, quanto maggiore è la porzione di informazioni in potere dell'interprete, più difficile sarà decidere in accordo con questi segnali.

di verità o falsità. [...] Allora diremo che, mentre non ha senso chiedersi se un precetto è vero o falso, ha invece senso chiedersi se è giusto o ingiusto (opportuno o inopportuno, conveniente o non conveniente) valido o invalido." (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 1^o ed., Bauru, SP: Edipro, 2001. p. 81.)

Capitolo 2: I Paradigmi della Scienza Giuridica ed i principi giuridici

Il secondo capitolo ha lavorato sui paradigmi della scienza giuridica, tenendo in considerazione le scuole teoriche del giusnaturalismo, del Positivismo giuridico e del post Positivismo, avvisando che quest'ultima non ha ancora trovato la sua unità, poi abbraccia anche teorie antagoniste, come il sostanzialismo di Dworkin e il pragmatismo di Posner.

La scienza giuridica si basa sullo studio dell'agire umano, ma analizzando specificamente il comportamento umano secondo modelli di regolamento⁵⁶⁸, ovvero, l'esame delle norme, incontrando in Kelsen il suo esponente, attraverso quello che è stata denominata 'Teoria Pura del diritto'⁵⁶⁹.

Anche se il tentativo di studio delle norme unicamente dal punto di vista del 'dover essere', non copre tutte le possibilità dell'agire umano, essendo indispensabile per il suo complemento l'esame della norma anche sotto l'aspetto dell' 'essere', Alessandro Giuliani ha parlato dell'importanza di umanizzare la 'scienza della norma', illustrando che essendo una materia dell'agire umano, è inseparabile da un esame

568 “La Giurisprudenza o Scienza del diritto ha come oggetto lo stesso fenomeno storico-sociale che chiamiamo fenomeno giuridico. La nostra preoccupazione è diversa però; non si confonde con lo storico del diritto, e nemmeno con il sociologo. Il giurista studia la stessa realtà sotto l'aspetto normativo o regolativo. Il sociologo descrive e comprende il fatto sociale, ma il giurista ha la funzione di vedere il fenomeno associativo sotto il prisma di un dovere giuridico, alla ricerca del suo significato come condotta, poi la Giurisprudenza è uno degli studi normativi o regolativi della convivenza umana, una materia di atti futuri, per essere una serie di comportamenti sociali in base a schemi tipici esemplari, cioè secondo modelli normativi.

Nessun sociologo, nel dirigere la sua attenzione al fenomeno del diritto, si preoccupa di porre norme o di interpretare quelle che sono in vigore in una collettività, avendo come fine la loro applicazione. Il giurista, al contrario, soltanto incontra la pienezza, con la sua visione di realtà sociale, nella misura e mentre accoglie regole, norme, precetti, imperativi, e ciò dimostra quanto deve sempre essere informato il giurista sulle indagini della Storia e della Sociologia, anche se non si subordinano ai suoi 'campi di ricerca'. (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 75-76.)

569 “Secondo il Maestro di Vienna: la giurisprudenza 'concentra la sua visualizzazione sulla norma giuridica', cercando di studiarla e descriverla con assoluta neutralità, rigettando considerazioni di ordine valutativo come ideale di giustizia, la finalità della norma, i motivi per modificare o revocare una disposizione legale. Da qui la funzione teoretica e non politica del giurista. Ha anche cercato di escludere la teoria pura del diritto nell'ambito della giurisprudenza lo 'stato empirico di fatti casualmente considerati che occorrono al lato dell'aspetto normativo di diritto, ossia, di tutti gli elementi che appartengono al mondo dell'essere, che a sua volta, devono essere analizzati dalle scienze causali- come, per esempio, dalla Sociologia giuridica - che studiano e spiegano i fenomeni attraverso la via metodica della causalità. È nitida quindi la contrapposizione fatta da Kelsen tra scienza causale e scienza normativa, che interpreta la condotta reciproca degli uomini, secondo il principio epistemologico dell'imputazione, 'non descrivendo come il processo alla condotta umana determinata da leggi casuali nel dominio della realtà naturale', ma, come essa, determinata da norme positivizzate, si deve processare” (FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma e interpretação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. P. 35.)

anche dal punto di vista morale⁵⁷⁰.

In questo modo, il lavoro ha dimostrato la certezza che il diritto è una scienza della regolamentazione ('dover essere'), ma anche dell'agire umano oltre la norma ('essere'), e in seguito saranno esaminate le scuole paradigmatiche del Giusnaturalismo, del Positivismo giuridico e del Post- Positivismo⁵⁷¹.

Nell'esame dei giusnaturalisti si sono dedotte le loro caratteristiche nell'esistenza di norme prodotte dall'uomo, debitamente positivizzate, ma indicano l'indubitabile priorità e superiorità di quelle decorrenti dall'osservazione della natura, dell'origine divina o proveniente dalla ragione umana, considerando queste le uniche norme veritiere, universali ed immutabili, sempre prevalenti in caso di conflitto con una eventuale norma positivizzata⁵⁷². La norma positivizzata contraria alla naturale passa ad essere considerata ingiusta, e come risultato di questo "non essere corretto" perde la sua validità e non è così applicata⁵⁷³.

570 "Al pari della scienza del diritto anche il linguaggio giuridico soffre oggi a causa del razionalismo e dello scientismo imperante. È opinione diffusa che il diritto 'è un ordinamento del comportamento umano' e che le norme giuridiche hanno per scopo la 'regulation of human conduct': non è però adeguatamente avvertita la necessità di una migliore comprensione dei problemi che il linguaggio di una scienza dell'azione umana ci pone. Ad una concezione razionalistica del diritto si è accompagnata una terminologia razionalistica; è necessario che questa si umanizzi e diventi più 'familiare', se desideriamo che la scienza giuridica abbia il posto che le spetta fra le scienze dell'azione umana.

La scienza dell'azione umana è scienza del futuro ed i problemi che coinvolgono il linguaggio di una scienza del futuro sono così importanti, che, è stato detto, lo studio degli imperativi è l'introduzione migliore allo studio delle scienze morali." (GIULIANI, Alessandro. **Contributi ad una nuova teoria pura del diritto**. Università Degli Studi di Pavia, Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1954. P. 185.)

571 "... le scienze in generale sono ponderate in modelli di pensiero (paradigmi), che informano gli scienziati a rispetto dei meccanismi per descrivere la realtà e anche per prescrivere soluzioni, nei loro rispettivi campi di analisi. Lo stesso occorre con la Scienza giuridica che, come detto, si concentra su sistematizzazione, disseminazione, revisione e sicurezza sulla produzione delle conoscenze morali, etiche e giuridiche (moralità politica), le quali si riferiscono agli studi sul processo decisionale nella Società, soprattutto le limitazioni dell'uso della forza e dell'arbitrio, in modo da favorire la prevedibilità." (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do direito, 2016, p. 119.)

572 "Più particolarmente, i principi di legge naturale spiegano la forza obbligatoria (nel senso più pieno di 'obbligo') delle leggi positive, anche quando tali leggi non possano essere dedotte da quei principi. E l'attenzione ai principi, nel contesto di questa spiegazione del diritto e dell'obbligo giuridico, giustifica il considerare certe leggi positive come radicalmente difettose, proprio in quanto leggi, per mancanza di conformità a quei principi." (FINNIS, John M. **Legge naturale e diritti naturali**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996. p. 26.)

573 "[...] La totalità di questi obblighi giuridici validi prima e sopra il positivo viene chiamato, dai greci, il 'giusto per natura' (*physei/physikon dikaion*) in opposizione al 'diritto posto' (*nomos/nomikon dikaion*). In latino, si parla di un 'diritto naturale' (*ius naturae*) e dinanzi alla stretta moderna del concetto di legge, fino a diventare un rispettabile termine di scienza naturale, si parla anche di 'legge della natura' (*lex naturae*). A lato di ciò, persino ben dentro la modernità, si parla di un 'diritto divino' (*ius divinum*) e di una 'legge eterna' (*lex aeterna*) e, sin dall'illuminismo europeo si parla anche di

La scuola di pensiero giuridico denominata Positivismo Giuridico o Giuspositivismo sorge per opporsi ai naturalisti, dichiarando la sua superazione, avendo come punto di convergenza dei suoi seguaci la negazione dell'esistenza di un diritto naturale immutabile e di origine metafisica.

I giuspositivisti lasciano da parte la questione sulla trascendenza della norma teologica/razionale, accettando come norma unicamente ordini o regole di condotta provenienti da una autorità politica competente per la sua elaborazione, nel caso dello Stato, che è anche detentore del monopolio del potere politico e della sanzione in caso di inadempienza⁵⁷⁴.

La forza del diritto positivizzato non trova posto in natura, nel divino, nella ragione umana, ma emana dallo Stato, che garantisce il suo compimento attraverso la forza istituzionale della sanzione⁵⁷⁵, rapportandosi intimamente con il momento in cui il diritto diventa scritto.

Le grandi codifiche hanno dato indicazioni e sicurezza al Positivismo Giuridico, oltre ai limiti per l'applicazione delle norme, visto che coltivavano l'ambizione di descrivere anticipatamente e di forma astratta tutte le azioni tutelate dallo Stato e indicare le sue soluzioni attraverso la sussunzione⁵⁷⁶.

'diritto della ragione'.

Eventualmente il 'diritto naturale' è inteso in senso ampio, come concetto che abbraccia tutti gli impegni sovrapposti della *práxis* umana. Nel senso specifico qui trattato, si tratta appunto di istituzioni, particolarmente di diritto e di stato, mentre la *práxis* si consegna all'etica. Ma, senza dubbio, lo specifico pensiero di diritto naturale è, molte volte, influenzato dalla discussione generale dell'etica." (HÖFFE, Otfried. **Justiça política, fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado**. Título Original alemão: Politische Gerechtigkeit. Tradução: Ernildo Stein. Petrópolis: Ed. Vozes, 1991. P. 75-76.)

574 "Intendiamo per diritto positivo un sistema di norme giuridiche che, in un determinato momento storico, informa e regola effettivamente la vita di un popolo. Il diritto positivo è, così, costituito da norme che sono effettivamente imposte, che si fanno effettivamente valere. Prima c'è la caratteristica, ovvero: la nozione di positività - è indifferente il valore intrinseco del sistema." (VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. Traduzione di Antônio José Brandão. 5ª edizione corretta e aggiornata della 10ª edizione italiana. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 404.)

575 "Come si vede, è per lo Stato che l'obbligatorietà del diritto raggiunge la sua maggiore garanzia, che il diritto vale più dei contrasti delle opinioni. Da qui diciamo che lo Stato rappresenta il luogo geometrico della positività del diritto, da qui diciamo che, anche se non è il momento logico del diritto, la statalità esprime una tendenza di sviluppo storico, che si nota principalmente nello Stato che per convenzione viene chiamato Stato Moderno, il quale si caratterizza per l'affermazione del primato del proprio ordinamento giuridico per la supremazia del diritto in esso e da esso oggettivato, che è il diritto statale." (REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 5ª edição, rev. São Paulo: Saraiva, 2.000. pp. 318-319.)

576 "Il positivismo giuridico, definendo il diritto come un insieme di comandi emanati dal sovrano, introduce nella definizione il solo elemento della validità, considerando pertanto come norme giuridiche tutte le norme emanate in un determinato modo stabilito dallo stesso ordinamento giuridico,

Due dottrinatori sono stati considerati come esempi del Positivismo giuridico, Hans Kelsen e o Herbert Hart⁵⁷⁷, e da questi sono state estratte le caratteristiche paradigmatiche del movimento: (a) incontestabile separazione tra diritto e morale; (b) la positivizzazione delle regole e la formazione di un ordinamento; (c) la sistematizzazione di questo ordinamento di forma scaglionata e gerarchica secondo il criterio di validità; (d) la sussunzione come modo di applicare quanto imposto; la discrezionalità di chi decide per la soluzione di casi difficili, considerati quelli che non trovano risposte nell'ordinamento positivizzato⁵⁷⁸.

a prescindere dal fatto che esse siano o no effettivamente applicate nella società: nella definizione del diritto non si introduce il requisito dell'efficacia." (BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico – Lezioni di Filosofia del diritto**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996. P. 141.)

577 "Hans Kelsen (1994), più tardi, corona il positivismo iniziato da Comte con la sua Teoria Pura, stabilendo il *Positivismo giuridico* o *giuspositivismo* (LACERDA, 2009). Per lui il diritto dovrebbe essere considerato come tale, indipendentemente da altre scienze o dalla morale. Le fonti di diritto "devono essere cercate appena nel diritto, escludendo le fonti extragiuridiche, come abiti e costumi condivisi, oltre ai valori disseminati socialmente" (Idem). Lo studio del diritto dovrebbe essere sprovvisto di valori; la morale sarebbe estrinseca all'ordinamento giuridico... [...] Quindi, il fondamento della validità di tutto il sistema si basa sulla *norma fondamentale*, che si mostra come il fatto produttore di norme, la cui essenza è dinamica, presupposta, nel quale tutto il contenuto può essere inserito nel diritto; non si confonde con la Costituzione, che è il contenuto statico di questa norma (Idem, p. 217-221). La norma fondamentale, presupposta e dinamica, si inserisce nel senso logico-giuridico della Costituzione, in quanto Costituzione vigente, in senso giuridico-positivo (Ibidem, p. 222). Così la giustizia sarebbe nella propria legge, spettando a chi applica il diritto di afferire soltanto la validità formale della norma e non la giustizia o correttezza della sua applicazione, una volta che la norma fondamentale che rende valido tutto il sistema è condizione logico-trascendente, sprovvista di contenuto valutativo (KELSEN, 1994, p. 225-228). La positivizzazione di una norma che fosse identificata come valida sarebbe la forma di standardizzazione del contenuto materiale di diritto – la verifica della validità della norma occorre attraverso la sua compatibilità con la Costituzione. Se un determinato contenuto è stato positivizzato, deve essere inteso come *retto* e *giusto* (KELSEN, 2000). [...] Hebert Hart (1996) ha contribuito con il Positivismo giuridico per quello che si riferisce all'analisi del criterio di verifica della validità della norma - punto centrale del positivismo. Nel suo pensiero, che ha guadagnato l'analisi e la critica di Dworkin (2002), informa che la validità della norma passa per la sua accettazione come obbligatoria da parte del gruppo da essa diretta. Altra innovazione dell'autore è considerare due specie di regole: la primaria, d'obbligo, dice a rispetto di ciò che le persone devono o non devono fare, come forma di controllo sociale; e le secondarie, in cui si include la *regola del riconoscimento*, assicurando che le regole primarie possano essere create – se una norma è valida, significa che lei soddisfa i criteri della regola di riconoscimento; categorie complesse non previste dai suoi predecessori. Ma continua a intendere il diritto distante dalle questioni valutative o morali ... (CARVALHO FERNANDES, Ricardo Vieira de. DOLABELLA BICALHO, Guilherme Pereira. **Do positivismo ao Pós-Positivismo jurídico – O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 48. n° 189, jan/mar. 2011, pp. 108-109.)

578 "Tra i suoi aspetti più marcati, si deve citare la separazione tra diritto e morale, la formazione dell'Ordinamento giuridico esclusivamente (o per lo meno in prevalenza) per regole positivizzate, la costruzione di un sistema scaglionato soltanto con il criterio di validità formale, l'applicazione del diritto posto mediante sussunzione e discrezionalità giuridica per la risoluzione dei casi cosiddetti difficili (hard cases). Tali peculiarità sono state coniate dagli scienziati del diritto giustamente per superare le deficienze del modello precedente di giusnaturalismo, e così assicurare un vincolo deduttivo (sussunzione) dell'autorità alla legge (diritto posto), in uno sforzo per allontanare le incertezze e le insicurezze decorrenti dall'uso illimitato di una supposta ragione superiore, sulla base di presunti valori morali assoluti e inquestionabili, fittiziamente validi ed efficaci in ogni tempo e luogo." (ZANON

Il post-Positivismo si presenta come un nuovo modello di pensiero giuridico, un nuovo paradigma con il desiderio di allontanarsi dal Giuspositivismo, incontrando questa differenziazione, in grande parte, nella ricerca per il ristabilirsi del legame tra diritto e morale, negata fermamente dalla scuola anteriore⁵⁷⁹, ma senza riprendere la metafisica naturalista.

I post positivisti, seguendo la lezione di Orlando Luiz Zanon Júnior⁵⁸⁰, possono essere divisi in tre linee di pensiero filosofico: la prima è basata sulle teorie di argomentazione, e per questo i suoi seguaci erano stati denominati processualisti, con Robert Alexy come esponente, la seconda linea di pensiero si basa sulle teorie ermeneutiche e sull'importanza dei diritti fondamentali, essendo classificati come sostanzialisti, insegnata da Ronald Myles Dworkin, la terza linea segue l'influenza delle teorie pragmatiche nordamericane, e per questo motivo sono chiamati pragmatisti, teorizzata da Richard Allen Posner.

Oltre al compito di lasciare chiare le divergenze tra le tre linee di pensiero post-positivista - processualista, sostanzialista e pragmatica -, è possibile elencare caratteristiche che le uniscono e identificano quale sarebbe la scuola paradigmatica del Post Positivismo: a) il sistema giuridico poi deve essere analizzato dal punto di vista del valore; b) tanto principi giuridici quanto regole sono considerate norme giuridiche; c) i principi sono positivizzati, avendo come luogo per questa normatività le costituzioni; d) la preponderanza del ruolo di magistrato come responsabile dell'interpretazione della norma giuridica e della sua applicazione per la risoluzione dei casi; e) non abbandono dell'inevitabile evoluzione dovuta alle codifiche e alla sicurezza giuridica derivante da questa caratteristica del Positivismo⁵⁸¹.

JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do direito, 2016, p. 125.)

579 “Il Post-Positivismo si presenta, in un certo senso, come una terza via tra le concezioni positiviste e giusnaturaliste: non tratta con irrilevanza le richieste di diritto per chiarezza, certezza e oggettività, ma non lo concepisce disconnesso da una filosofia morale e da una filosofia politica, non per negare la specificità dell'oggetto di ognuno di questi domini, ma per riconoscere l'impossibilità di trattarli come spazi totalmente segmentati, che non si influenzano a vicenda. Se è innegabile l'articolazione complementare tra di loro, la tesi della separazione, che è centrale nel positivismo e che ha dominato il pensiero giuridico per molte decadi, rende tributo ad una ipocrisia.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 270.)

580 ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do direito, 2016, pp. 191-192.

581 “tutto ciò, tuttavia, non significa affatto rifiutarsi di riconoscere il principio autoritativo del diritto, il suo carattere normativo, il monopolio da parte dell'autorità legittima dell'uso della forza. Il necessario

Nel Post Positivismo, i principi giuridici smettono di possedere appena la funzione integrativa e programmatica di diritto, senza legittimità (visione positivista), conquistando lo *status* di norme giuridiche vincolanti, questo primordialmente dopo l'incorporazione formale nelle costituzioni⁵⁸², così come nell'ordinamento infra-costituzionale.

Si è voluto analizzare la norma giuridica oltre il fatto, sotto l'aspetto del valore⁵⁸³, perché mentre i positivisti affermano che questo criterio del valore è passato alla sua elaborazione, essendo realizzato da quelli che hanno il potere di elaborarle (legislatore), allontanando dall'interprete l'analisi di questi orientamenti (il diritto dovrebbe essere valutato e studiato come fatto e non come valore⁵⁸⁴), nel Post Positivismo la stessa norma passò ad essere investigata anche sotto l'ottica del valore, partendo dalla premessa che esistono per tutelare ciò che l'uomo possiede di

superamento di un concetto di positività, sottratto al confronto con l'effettiva realtà vitale, non può significare rinuncia al principio di positività del diritto, né il suo abbandono.

Pur acquisito il fatto che la positività giuridica non si identifica più con quella dei testi delle norme, il testo letterale dell'enunciato normativo conserva, al fine di configurare un diritto certo e positivizzato, un'irrinunciabile funzione di limite, definibile soprattutto in negativo: lo spazio di concretizzazione della norma, e le possibilità di sviluppo che in esso si danno, non possono mai andare oltre i confini tracciati dalla lettera del testo."(ZACCARIA, Giuseppe. **Sul concetto di positività del diritto**. In ZACCARIA, Giuseppe (org). **Diritto Positivo e Positivtà Del Diritto**. Vol. 14, G.Giappichelli Editore: Torino, 1991. P. 346.)

582 "Sebbene l'uso del termine 'principio' sia ormai diffuso tra i giuristi, indipendentemente dalle loro credenze, il richiamo che il neocostituzionalismo fa ai principi di un modello teorico anti-giuspositivista, dove questi standard normativi svolgono almeno quattro funzioni:

a) Configurano il diritto come un sistema che offre sì ragione per agire, ma ragioni per agire ultime;

b) Configurano il diritto come un sistema la cui legittimità deriva dall'interno grazie alla sua connessione con la giustizia;

c) Configurano il diritto come un sistema diretto allo sviluppo del bene comune, ove la coercizione ne è solo un elemento, e non fondamentale;

d) Configurano il diritto come un sistema di norme obbligatorie in senso morale;

e) Configurarono il diritto come un insieme naturalmente ordinato." (POZZOLO, Susanna.

Neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Torino: G.Giappichelli Editore, 2001. P. 70.

583 "Così il giudizio, da cui nasce il diritto, è essenzialmente giudizio di valore." (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, Napoli (It): Morano Editore, 1.958, p. 04.) obs. 440 pp

584 "Ebbene, il positivista giuridico assume un atteggiamento scientifico di fronte al diritto, in quanto, come diceva Austin, egli studia il diritto qual è, non quale dovrebbe essere. Il positivismo giuridico rappresenta quindi lo studio del diritto, come fatto, non come valore: nella definizione del diritto deve essere esclusa ogni cosa che porti alla distinzione del diritto stesso in buono e cattivo, giusto e ingiusto. Il diritto oggetto della scienza giuridica è quello che effettivamente si manifesta nella realtà storico-sociale: il giuspositivista studia tale diritto reale senza chiedersi se oltre ad esso esista anche un diritto ideale (come quello naturale), senza esaminare se il primo corrisponda o no al secondo, e soprattutto senza fa dipendere la validità del diritto reale dalla sua corrispondenza col diritto ideale; il romanista, ad esempio, considererà diritto romano tutto ciò che la società romana considerava tale, senza far intervenire un giudizio di valore che distingua fra diritto 'giusto' o 'vero' e diritto 'ingiusto' o 'apparente': così la schiavitù sarà considerata un istituto giuridico alla pari degli altri, anche se di essa si può dare una valutazione negativa." (BOBBIO, Norberto. **Il positivismo giuridico - Lezioni di Filosofia del diritto**. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996. pp. 134-135.)

importante, quello che ha valore per la sua vita e per la società dove è inserito⁵⁸⁵.

Si è dimostrato, in questo modo, che le norme giuridiche sono impregnate di valori morali stimati dalla comunità che li ha creati, e andando ancora più a fondo in questo esame, si è concluso che le costituzioni contemporanee hanno positivizzato questi valori morali attraverso principi giuridici ad essa incorporati, come l'uguaglianza, la giustizia, la sicurezza, la vita, la salute, tra le tante, e l'interprete non deve essere indifferente all'esame di questa normativa impregnata di aspetti morali⁵⁸⁶.

Sull'integrazione necessaria tra valore e norma, Miguel Reale ha affermato che è indispensabile questa unione per la costruzione di quello che viene denominato diritto, essendo chiaro che i modelli normativi sorgono quando in determinate situazioni di fatto incidono valori importanti per la società⁵⁸⁷.

Il lavoro ha messo in evidenza, inoltre, che abbandonare l'esame della norma dal punto di vista del valore significa evitare di cercare il suo significato umano e sociale, e, principalmente in casi difficili, non dare alla norma la sua reale portata

585 “Come essere storico-culturale, l'uomo è portatore di valori che vanno esprimendosi come predicati di esseri reali. Questa comprensione è necessaria non perché possiamo capire gli impulsi umani, ma anche per giustificare le norme che esistono in ragione di essi. Il mondo non è neutro agli occhi dell'uomo che emette un giudizio di valore per tutto. Se lo fa per razionalità oppure no, questo è un problema che deve essere considerato a parte. Il grado di necessità e interessi che sono presenti nell'emettere un giudizio di valore deve essere preoccupazione della Politica del diritto, perché si possa capire il legame tra il desiderio della cosa e il valore ad essa attribuito. Se è vero che non soltanto il desiderio spiega il valore attribuito, è anche vero che molte volte il desiderio produce una valutazione.” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política jurídica**. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994. P. 107.)

586 “Nel suo ammirevole trattato sulla Giustizia Politica, Otfried Höffe ci parla sui principi della giustizia come modelli di valutazione critica per una facoltà etico-politica di giudicare, i quali sarebbero stati, in passato, temi importanti, ma adesso poco considerati dalla filosofia moderna. Höffe chiarisce che non si tratta di, per mancanza di chiarezza concettuale, mescolare i fenomeni diritto e morale, ma di verificare da dove viene la sua reale connessione. Commentando la celebre frase di Agostino (Stato senza giustizia – che cosa sono essi se non una banda di ladroni?), dice Höffe: ‘Se la supposizione agostiniana è esatta, allora la giustizia avrebbe una doppia funzione nella sfera politica. Da un lato essa sarebbe criterio per distinguere entità di diritto e Stato come eticamente legittime (giuste) e eticamente illegittime (ingiuste) e, d'altro lato, il principio con il cui ausilio si distingue una coercizione giuridica di semplice forza.’ (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política jurídica**. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1994. P. 113-114.)

587 “Secondo me, come già esposto nelle mie opere, il diritto soltanto si costituisce quando determinate valutazioni dei fatti sociali culminano in una integrazione di natura normativa. Al contrario di quello che sostengono i seguaci dell'irrazionalismo giuridico, il diritto è impensabile senza un momento di razionalizzazione, coincidente con il suo momento di carattere normativo. L'ammissione, tuttavia, di forma razionale, come elemento essenziale al diritto, non significa che possano essere dimenticati tutti i fattori irrazionali o illogici che sono presenti tanto nella genesi delle regole giuridiche quanto nel processo finale e decisivo della sua applicazione ai casi concreti, così come nella sua 'ricezione' da parte della *Lebenswelt*...” (REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 4ª ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986. pp. 103-104.)

ed efficacia.

Nel capitolo si è dibattuto anche sul legame tra il valore e l'efficacia delle norme, in relazione all'obbedienza ai dettami trattati nell'ordine emanata⁵⁸⁸.

Per i positivisti l'efficacia della norma giuridica è conclusione logica della sua validità, e non si discute la questione del suo valore, ossia si rimuovono le questioni relative alla norma di essere giusta o ingiusta⁵⁸⁹, la validità dipende unicamente dalla sua formalità⁵⁹⁰.

Per i post positivisti, poi, non si tratta l'efficacia come risultato normale della validità, posto che è imprescindibile l'esame passato del suo valore per raggiungere la sua efficacia. Stefano Colloca, della *Università degli Studi di Pavia*, ha riassunto molto bene la questione, affermando l'importanza dell'esame di valore della giustizia come condizione di validità ed efficacia della norma giuridica⁵⁹¹.

588 “La efectividad y la inefectividad de las normas pueden ser ahora identificadas con la efectividad y la inefectividad de la dimensión pragmática de los significados normativos prescritos con ellas. Decir que una norma es efectiva (o inefectiva) equivale a decir que es pragmáticamente efectivo (o inefectivo) el significado normativo expresado con ella (T8.85, T8.86). Retomando la equivalencia formulada en el §5.7 entre efectos jurídicos y razones jurídicas para la acción, entre eficacia y normatividad, diremos que una norma es efectiva si los efectos predispuestos por ella sirven para determinar los comportamientos de los sujetos como razones de su actuar (o de su no actuar).” (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris - Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*. Editorial Trotta: Madrid, 2011. P. 426.)

589 “Notiamo come sia inesatto considerare incompleta la definizione giuspositivistica basata sul solo requisito della validità: essa infatti si adegua e riflette fedelmente l'atteggiamento operativo che effettivamente il giurista assume. Il giurista infatti nello svolgere la propria attività si pone di fronte al diritto da un punto di vista normativo, considera le norme giuridiche sul piano del dover essere: egli, prima di studiare il contenuto di una norma o di un istituto giuridico, si chiede se essi siano validi, ma non si chiede anche se siano efficaci, cioè se o in quale misura siano stati, siano o saranno applicati.” (BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico – Lezioni di Filosofia del diritto*. Torino: G.Giappichelli Editore, 1996. pp. 142.)

590 “Come abbiamo già notato, la norma che rappresenta il fondamento della validità di un'altra norma è, una norma superiore. Ma l'indagine sul fondamento della validità di una norma non può, così come l'indagine della causa di un determinato effetto, perdersi nell'interminabile. Deve terminare in una norma che si presuppone come ultima e più alta. Come norma più elevata essa deve essere presupposta, visto che non può essere offerta da un'autorità la cui competenza dovrebbe basarsi in una norma ancora più elevata. La sua validità già non può essere derivante da una norma più elevata, il fondamento della sua validità non può quindi essere messa in questione. Una tale norma, presupposta come la più elevata, sarà quindi definita fondamentale (Grundnorm). Per essa dovremo quindi fare riferimento ad altro proposito.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*, 6ª ed. São Paulo: Martins fontes, 1998. p. 217.)

591 “Infine, intendo proporre (pur senza condividerla) una terza declinazione del principio di effettività, che vediamo talvolta operante nel diritto. Essa è una declinazione assiologica. Secondo il principio assiologico di effettività, l'efficacia di un ordinamento (o di una norma) è condizione necessaria della sua giustizia. Questo principio opera una indebita transustanziazione del fatto in valore. Come si nota, anche questo principio, come il principio ontologico di effettività, è paradossale. Infatti, la tesi secondo la quale l'efficacia è condizione necessaria di giustizia implica logicamente la tesi, assai contro intuitiva, che la giustizia sia condizione sufficiente di efficacia.” (COLLOCA, Stefano. *Il rapporto tra validità ed eficácia nel principio di effettività*. Rivista Internazionale di Filosofia

Atienza ha capito l'importanza per l'interprete di analizzare l'aspetto morale della norma, la giustizia che essa determina e obbliga, come criteri per determinare la sua validità⁵⁹².

Capitolo 3: Processo e decisione giuridica

Il terzo capitolo si è voluto occupare del processo come *locus* dove si esercita la funzione pacificatrice dei litigi, producendo la soluzione della controversia per il caso concreto⁵⁹³, quindi segue procedimenti e metodi per conoscere le circostanze del litigio, e le riproduce documentalmente e infine elabora le risposte adeguate per i fatti concreti, che si incarna nelle decisioni del Tribunale⁵⁹⁴.

Chi giudica ha il compito, con la sua attività, di pacificare i conflitti, attraverso l'interpretazione e l'applicazione al caso concreto di fonti legittime di diritto, tutto nel campo denominato processo⁵⁹⁵.

Il lavoro segue la corrente che intende il processo come una relazione giuridica, di tendenza pubblicista, dove si stabiliscono vincoli giuridici tra chi giudica e le parti, assoggettando entrambi a diritti e doveri, spettando al magistrato l'obbligo del giudizio finale, la soluzione della controversia attraverso la decisione giudiziaria.

Online, maggio de 2011, anno VI, n° 11, pp. 13, disponível em http://www.metabasis.it/articoli/11/11_Colloca.pdf, acceso em 19/07/2017.)

592 “El reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido, no puede hacerse sin recurrir a la moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema (a diferencia de lo que opinaba Hart) implica necesariamente un juicio moral. Y los juicios morales son también necesarios para llevar a cabo las operaciones de producir, aplicar e interpretar el Derecho.” (ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. 1ª ed. 4ª Impresión. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2014, p. 125.)

593 “S'è detto, in ultima analisi, che il diritto serve a salvare l'individuo. L'individuo corre dunque dei pericoli anche nel processo? S'è anche detto che il pericolo per l'individuo nasce dal conflitto tra il suo interesse e l'altrui; un conflitto determinato dalla limitazione dei beni, che non bastano mai a soddisfare i bisogni. S'è detto infine che il conflitto di interessi, se l'individuo non é frenato, mette capo al disordine, ch'è il fallimento del diritto.” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Napoli (It): Morano Editore, 1.958, p. 33.) obs. 440 pp

594 “Senza il processo, dunque, il diritto non potrebbe raggiungere i suoi scopi; ma neanche il processo senza il diritto. Il rapporto tra i due termini è circolare. Perciò si costituisce quel ramo del diritto, che si chiama diritto processuale.” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, Napoli (It): Morano Editore, 1.958, p. 33.) pp 440

595 “Nel suo significato pieno e vero, l'azione non compete infatti a chiunque e non ha contenuto generico. Al contrario, essa si riferisce ad una fattispecie determinata ed esattamente individuata, ed è il diritto ad ottenere che il giudice provveda a difenderla, formulando (od attuando) la regola giuridica speciale che la governa.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*, Milano (It): Morano Editore, 1.962, p. 46.) obs. Total pp. 521

Ma oltre alla relazione giuridica, il processo si contrappone come strumento per la pacificazione dei conflitti, dove gli interessati presentano richieste e desideri, controversie che devono essere analizzate e avere delle risposte da parte dello Stato⁵⁹⁶, meccanismi al servizio dello stato sociale, guadagnando contorni sociali, politici e giuridici, obiettivi che devono essere raggiunti e tutelati quando dalla soluzione del caso concreto, muovendosi in una direzione di un ordine giuridico giusto, si raggiunge attraverso l'esame e l'applicazione dei valori presenti nell'ordinamento e concretizzati nei principi giuridici^{597 598}.

In questo lavoro la decisione giudiziaria avanza dalla coniugazione del diritto (fonti del diritto) al fatto concreto, si sovrappone unicamente per pacificare il conflitto, per promuovere la giustizia, riconoscendo gli aspetti morali contenuti nell'ordinamento⁵⁹⁹, dove chi giudica e le parti, integranti di questa relazione

596 “Secondo tale criterio, il processo è il metodo mediante il quale si ottiene la pronuncia ufficiale di comandi giuridici (concreti), sia che preesistano e sia che non preesistano leggi (giuridiche), delle quali i comandi concreti costituiscano applicazione. Col metodo legislativo si ottiene una *lex generalis*; col metodo giurisdizionale o processuale si ottiene una *lex specialis* (dove *lex* è usata col significato specifico di comando).” (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, Napoli (It): Morano Editore, 1.958, p. 19.) obs. 440 pp

597 “Tutto quanto è stato fatto e si vuole fare in questo senso, mira, come si capisce, all'effettività del processo come mezzo di accesso alla giustizia. E la concretizzazione di questo desiderio è qualcosa che dipende meno dalle riforme legislative (anche se importanti) che dalla postura mentale degli operatori del sistema (giudici, avvocati, pubblici ministeri). È indispensabile la coscienza che il processo non è mero strumento tecnico al servizio dell'ordinamento giuridico, ma sopra questo, un potente strumento etico destinato a servire la società e lo Stato.” (CINTRA, Antônio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 8ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 46.)

598 “Con tutto ciò, è arrivato il *terzo momento metodologico* del diritto processuale, caratterizzato dalla coscienza della strumentalità come importantissimo polo di irradiazione di idee e coordinamento dei diversi istituti, principi e soluzioni. Il processualista sensibile ai grandi problemi giuridici sociali e politici del suo tempo e interessato ad ottenere soluzioni adeguate sa che adesso i concetti inerenti la metafisica alla sua scienza già sono arrivati a livelli più che soddisfacenti e non si giustifica più la classica postura metafisica consistente nelle indagini concettuali destituite di indirizzo teleologico. Insistere nell'autonomia del diritto processuale costituisce, oggi, come chi si preoccupa del fisico o con la dimostrazione della divisibilità dell'atomo. Non si giustifica, nell'ambito della scienza processuale, mettere al centro delle indagini la polemica sulla natura privata, concreta o astratta dell'azione; o le sottili differenze tra giurisdizione e le altre funzioni statali, o persino la precisa configurazione concettuale dello *jus excepcionis* e della sua supposta assimilazione all'idea di azione. Quello che sappiamo concettualmente degli istituti fondamentali di questo ramo giuridico già è un supposto sufficiente per volerlo, ovvero per la costruzione di un sistema giuridico-processuale adatto a condurre i risultati pratici desiderati. Incombe in questo contesto il denominato aspetto etico del processo, la sua connotazione deontologica.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 22-23.)

599 “Le garanzie giuridiche, dall'angolo soggettivo, corrispondono ai mezzi processuali di protezione dei diritti, vale a dire alle azioni – e rispettivi procedimenti – deducibili dinanzi al Potere Giudiziario. Ad esso spetta rendere la giurisdizione che è l'attività statale destinata a fare agire il diritto obiettivo, promuovendo la tutela degli interessi violati o minacciati. La funzione giurisdizionale è

giuridica, partecipano all'elaborazione del diritto, materializzato nella decisione del giudice.

La semplicità di quanto evidenziato sopra svanisce dinanzi all'incontestabile divergenza tra quello che si accetta come fonte di diritto, come le tecniche che devono essere utilizzate per interpretarle, e le questioni che dicono a rispetto delle giustificazioni delle soluzioni trovate e le sue esigenze tecniche⁶⁰⁰.

Sulla decisione giudiziaria, lo studio è iniziato analizzando l'aspetto più genuino, un sillogismo logico-deduttivo⁶⁰¹, dove la premessa maggiore è la norma generale, e la premessa minore sono i fatti, e attraverso la sussunzione dei fatti alla norma generale si può trovare il risultato, la soluzione della controversia si esterna attraverso questo procedimento⁶⁰², dove si osserva la giustificazione come qualcosa di eventuale e a volte non necessario, posto che la decisione è il semplice risultato della sussunzione descritta, la funzione dell'interprete sarebbe meramente lasciar

tipicamente di restaurazione dell'ordinamento giuridico, quando violata, ed è destinata alla formulazione e all'azione pratica della norma concreta che deve disciplinare una determinata situazione. Il suo esercizio presuppone così un conflitto, una controversia intorno alla realizzazione del diritto e mira a rimuoverlo per la definitiva e obbligatoria interpretazione della legge.” (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.121).

600 “Bisogna decidere, ho detto. La decisione si impone al giudice con la necessità dell'azione. Il che significa che la decisione evade, ad un certo punto, dal campo del pensiero per invadere quello dell'azione. È azione perché è va oltre giudizio; e oltre il giudizio non c'è che l'azione. Per questo si parla di decisione, anziché di giudizio. Decidere, da *de caedere*, allude precisamente a un tagliare. Dice Alessandro Manzoni che 'le ragioni e il torto non si dividono mai con un taglio così netto, che ogni parte abbia soltanto dell'uno o dell'altro'; ma il giudice codesto taglio lo deve fare. Viene in mente il taglio del nodo gordiano. Se il blasone della giustizia è composto con la bilancia e con spada, il secondo di codesti simboli non allude soltanto al processo di esecuzione. Insomma, alla fine, per decidere bisogna decidersi.” (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, Morano Editore: Napoli (it), 1958, p. 220.) obs. 440 pp

601 “Ora, sotto un profilo logico, si pone il quesito se l'attività decisoria sia assimilabile ad un processo di natura logico-deduttiva. In altri termini, si pone il quesito se sia possibile assimilare una decisione giudiziaria ad un processo inferenziale di tipo sillogistico in cui:

a) la premessa maggiore (o premessa giuridica) è data dall'enunciato che è formulazione della norma generale alla cui fattispecie sono riconducibili i fatti oggetto della controversia;

b) la premessa minore (o premessa fattuale) è data dall'enunciato che è formulazione dei fatti oggetto della controversia;

c) la conclusione è data dal dispositivo (dalla norma con cui l'organo decisionale pone fine alla controversia).” (MAZZARESE, Tecla. **Forme di razionalità delle decisioni giudiziali**, Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 29.)

602 “Conseguentemente, l'applicazione della legge – per presunzione, insieme di norme generali – sarebbe un caso di esercizio della facoltà di giudicare, in cui il caso particolare sarebbe il dato da inglobare al generale (regola legale): essendo l'applicazione come la ricerca della regola generale adeguata ad un dato particolare.” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Editora Manole. Edição do Kindle, locais do Kindle 309-312.)

chiaro che i fatti sono in dettaglio dentro la norma generale, e in questo modo applicare la conclusione determinata dal proprio sistema.

L'evoluzione del lavoro ha chiarito sufficientemente che il sillogismo giuridico-deduttivo è insufficiente per risolvere tutte le questioni presentate, e la formulazione della premessa maggiore, la norma generale da applicare al caso concreto, non è il risultato di un processo meccanico, di facile elucidazione, ma al contrario, dipende primordialmente dall'attività interpretativa dell'agente, e molte volte non è incontrata dentro le fonti tradizionali delle norme⁶⁰³. La questione della premessa minore del sillogismo presenta le stesse avversità della premessa maggiore, poi anche i fatti devono essere oggetto di interpretazione e valutazione da parte dell'interprete⁶⁰⁴. Persino la soluzione derivante dall'atto di sussumere la premessa minore alla premessa maggiore è oggetto di corretta impugnazione, poi è inammissibile che la decisione giudiziale possa essere giustificata con l'argomento di trattarsi di un risultato logico-deduttivo. Il lavoro si è occupato, in seguito, delle fonti del diritto, abbandonando il monismo che indica soltanto la legge come fonte prima e unica delle decisioni giudiziarie⁶⁰⁵, sostenendo che le fonti sono tutti gli argomenti

603 "In un grande numero di casi, la decisione giuridica che mette fine ad una disputa giuridica, espressa in un enunciato normativo singolare, non segue logicamente le formulazioni delle norme giuridiche che si suppongono vigenti, insieme con gli empirici che si devono riconoscere come veritieri o provati. Quindi, esistono come minimo quattro motivi: (1) l'imprecisione del linguaggio del diritto, (2) la possibilità di conflitto tra le norme, (3) la possibilità di avere casi che richiedano una regolamentazione giuridica, una volta che non si adattano a nessuna norma valida esistente, così come (la possibilità, in casi speciali, di una decisione contraria alla letteralità della norma." (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19-20.)

604 "La determinazione dei fatti oggetto di una controversia, non diversamente dall'individuazione della norma da applicare per la sua risoluzione, non è il risultato di un'operazione meramente meccanica ed univoca. In altri termini, la determinazione dei fatti oggetto della controversia non è, come si cercherà di argomentare più articolatamente in seguito, il risultato di un'attività meramente cognitiva. E ciò, ancora una volta, precipuamente per due ragioni, che, sommariamente, possono essere così sintetizzate:

(a) la determinazione dei fatti oggetto della controversia non è un'operazione meramente meccanica e univoca;

(b) i dati assunti come rilevanti ai fini della risoluzione di una controversia sono oggetto di valutazione, non di verifica."(MAZZARESE, Tecla. **Forme di razionalità delle decisioni giudiziarie**, Torino: G. Giappichelli Editore, 1996, p. 35-36.)

605 "In senso ampio, fonti sono tutti gli elementi che possono essere usati per prendere decisioni e quindi il concetto operativo ingloba la totalità della conoscenza già costruita o possibile di essere costruita per una opera razionale. In una tale accezione ampia, tutti gli argomenti sono passibili di essere inseriti in un discorso per la produzione della norma che servirà come fondamento per una determinata decisione. Dentro le fonti, possono essere identificati canoni religiosi, apprezzamenti morali, criteri etici, legislazione, vettori di principio dell'ordinamento giuridico vigente, analisi dei fatti in questione, conoscenze scientifiche diverse e interdisciplinari relativi alla questione che deve essere

che possono essere utilizzati come fondamento della decisione⁶⁰⁶.

La Tesi ha anche affrontato l'interpretazione, come atto di attribuire significato a qualcosa, attraverso una operazione intellettuale di conoscere, analizzare e in seguito dar significato a quanto osservato⁶⁰⁷.

La dissertazione ha abbracciato, per lo studio, l'ermeneutica giuridica e la divisione in due linee, oggettivismo e soggettivismo, e poi ha analizzato alcuni autori che cercano l'evoluzione paradigmatica e hanno presentato nuovi metodi di interpretazione delle fonti di diritto.

Per la linea oggettivista dell'ermeneutica sono stati considerati gli autori Kelsen⁶⁰⁸ e Hart⁶⁰⁹, e si è data enfasi come caratteristica al sentimento che la norma

risolta, dentro gli illimitati punti di vista che possono essere collegati agli infiniti problemi passibili di analisi." (ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito** - Documento eletrônico. - Florianópolis : Academia judicial, Centro de Estudos jurídicos, 2013.)

606 "Quindi, la caratteristica fondamentale del concetto post-positivista di fonti giuridiche qui presentato è principalmente che tutti gli argomenti ammissibili in un discorso giuridico funzionano come limitatori della attività decisionale, nella misura in cui orientano l'interprete e l'applicatore in una determinata direzione, a scapito della sua ampiezza decisionale. Non c'è spazio in questa proposta per tesi che sostengono che certi modelli di giudizio aumentano la flessibilità dell'interprete, permettendo che la sua decisione sia più fluida e di conseguenza imprevedibile." (Zanon Junior, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito** - Documento eletrônico. - Florianópolis : Academia judicial, Centro de Estudos jurídicos, 2013.)

607 "La interpretación puede ser descrita como una operación intelectual em virtude de la cual se atribuye sentido o significado a algo. Cuando la interpretación se proyecta sobre el Derecho esse algo viene constituido por el conjunto de normas que están vigentes en un determinado sistema jurídico. Se trata, pues, de comprender el contenido de ciertos textos de manera que se les puede assignar um significado preciso. La finalidad básica de cualquier acto interpretativo es la de entender el mensaje expresado en la norma." (ORTEGA, Manuel Segura. **Sobre la interpretación del derecho**, Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico. 2003, 130p., p. 13-14.)

608 "In tutti questi casi di indeterminazione, intenzionale oppure no, dello scaglione inferiore, si offrono varie possibilità all'applicazione giuridica. L'atto giuridico che rende effettiva o esegue la norma può essere conformata in modo da corrispondere ad una o ad un'altra dei vari significati verbali della stessa norma, in modo da corrispondere alla volontà del legislatore – a determinare per qualsiasi forma che sia – o all'espressione da lui scelta, in modo da corrispondere all'una o all'altra delle due norme che si contraddicono o in modo da decidere come se le due norme in contraddizione si annullassero reciprocamente. Il diritto da applicare forma, in tutte queste ipotesi, un quadro dentro il quale esistono varie possibilità di applicazione, per cui è conforme al diritto ogni atto che si mantenga dentro questo quadro o cornice, che riempia questa cornice in ogni senso possibile." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 6ª ed.. São Paulo: Martins fontes, 1998. P. 390-391.)

609 "La struttura aperta del diritto significa che esistono, in verità, aree di condotta in cui molte cose devono essere lasciate di essere sviluppate dai tribunali o dai funzionari, i quali determinano equilibrio, alla luce delle circostanze, tra interessi conflittuanti che variano di peso, di caso in caso.[...] Qui, ai margini delle regole e nel campo lasciato aperto dalle teorie dei precedenti, i tribunali svolgono una funzione creatrice di regole che gli organismi amministrativi eseguono in maniera centralizzata nella elaborazione di modelli variabili. In un sistema in cui lo *stare decisis* è fermamente riconosciuto, questa funzione dei tribunali è molto somigliante all'esercizio dei poteri delegati di elaborazione di

già porta con sé l'idea di correzione e l'applicazione attraverso il sillogismo logico-deduttivo che possiede come conclusione logica la giustizia⁶¹⁰, nell'oggettivismo si accetta la discrezionalità dell'interprete nei casi in cui non si trovano risposte per risolvere il litigio nell'ordinamento giuridico (lacune e antinomie).

Per la linea soggettivista sono stati presi in considerazione Neil MacCormick, Robert Alexy e Manuel Atienza, identificandola con l'autorizzazione dell'interprete nell'esaminare tutte le fonti di diritto e persino elementi estranei a esso per incontrare la soluzione del caso concreto, spettando all'interprete dar significato a questi elementi di soluzione, dentro le diverse possibilità, aprendo la possibilità di esprimere i suoi valori personali e risultando in una indubitabile discrezionalità.

Il sentimento del giusto e della correzione decorrenti dal procedimento ermeneutico derivano dall'extralegale senso di giustizia dell'interprete, il quale non si vede limitato dall'obbligatorietà di immergersi nelle fonti di diritto⁶¹¹.

Per analizzare il superamento del dualismo oggettivista/soggettivista sono state apprezzate le opere di Ronald Dworkin, Lenio Streck e Orlando Luiz Zanon Junior, con teorie che pretendono di allontanare la discrezionalità dell'interprete nel

regolamenti per un organismo amministrativo. In Inghilterra, questo fatto è molte volte oscurato dalle apparenze: perché i tribunali frequentemente negano qualsiasi funzione creatrice di questo tipo e insistono che il compito appropriato dell'interpretazione della legge e dell'uso del precedente è, rispettivamente, cercare l'intenzione del legislatore e il diritto che già esiste." (HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. P. 148-149.)

610 "Il primo cambiamento di paradigma è stata la separazione del formalismo giuridico. L'idea che la legge, la norma giuridica porta in sé una giustizia immanente alla legge come espressione della ragione. Questa era una premessa filosofica, e forse ideologica, con la quale abbiamo convissuto durante buona parte del secolo XX. E, in questo ambiente in cui la legge era l'espressione della giustizia, il giudice non eseguiva nessuna funzione creatrice di diritto. Poi oggi sappiamo che la legge è, frequentemente, l'espressione di un interesse che è diventata dominante in un determinato momento e luogo. Sappiamo che, per molti problemi giuridici, la soluzione non si trova pienamente pronta nella legge; quindi, il formalismo giuridico soccombe alla modernità." (BARROSO, Roberto Luiz. **Casos difíceis e a criação do direito**. Seminário Teoria da decisão judicial : 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília : CJF, 2014, 186 p. : Il. – Série cadernos do CEJ ; 30.)

611 "Il soggettivismo presenta varie forme e possiede come punto in comune la credenza che il testo legale possiede un vasto numero di possibili significati, essendo che l'interpretazione consiste nello scegliere uno di questi, processo in cui il giudice, esprimendo i suoi valori personali (extralegali), farà la sua scelta. In questa concezione, i giudici, e non le regole, posseggono la funzione creativa del significato (norma). In questa visione, si crede che il senso di giustizia soggettivo inerente ai giudicati sarà la molla maestra per la soluzione del litigio di forma giusta. [...]".(LUIZ, FERNANDO VIEIRA. **Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada a constituição de Lenio Streck**. Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle, Locais do Kindle 652-655.)

momento della decisione. Lo studio poi si è occupato della giustificazione delle decisioni giudiziarie, intendendola come l'atto di spiegare i motivi, offrire le ragioni delle scelte delle fonti applicate, così come il motivo per cui altre fonti erano state invece ignorate dalla decisione^{612 613}.

La giustificazione, poi, è vincolata ai fondamenti articolati dall'interprete, e non si tratta di riprenderli, ma di spiegare queste scelte, lasciando chiaro perché costruiranno la migliore e la più corretta delle risposte al caso⁶¹⁴.

Le riflessioni hanno portato alla classificazione della giustificazione come interna⁶¹⁵ ed esterna⁶¹⁶, così come ha trovato in Atienza la classificazione della decisione giudiziaria nel contesto della scoperta e della giustificazione⁶¹⁷.

Il terzo capitolo si è concluso lasciando chiaro che il processo è *locus* e strumento di pacificazione dei litigi, attraverso l'articolazione delle fonti di diritto

612 “[...] Es importante además darse cuenta de que justificar una decisión no es lo mismo que explicarla y de que el razonamiento jurídico es básicamente justificativo.

Explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que la motivaron e los fines que se pretenden alcanzar al tomar esa decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, 266.)

613 “Com ello no quiero decir que la justificación no tenga importancia; indudablemente cumple la función de exteriorizar los motivos – aparentemente reales – por los que el sujeto que decide considera preferible una determinada opción interpretativa y, desde este punto de vista, su elección no sólo es conocida sino que también puede ser impugnada a través del empleo de otros instrumentos interpretativos” (ORTEGA, Manuel Segura. **Sobre la interpretación del derecho**. Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003, p. 102.)

614 “Hemos quedado en que la argumentación tiene básicamente un carácter justificativo. [...] En principio, argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar.” (ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed. 4ª reimp. Barcelo: Editora Ariel, 2014, 268.)

615 “I problemi legati alla giustificazione interna sono stati ampiamente discussi sotto il nome di ‘sillogismo giuridico’. Attualmente esistono una serie di pubblicazioni in cui si tratta dei problemi relativi al tema, applicandosi i metodi della logica moderna.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 219.)

616 “L'oggetto della giustificazione esterna è la base delle premesse usate nella giustificazione interna. Queste premesse possono essere di tipo differente. Si possono distinguere: (1) regole di diritto positivo, (2) enunciati empirici e (3) premesse che non sono nè enunciati empirici e nè regole di diritto positivo.” (ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 228.)

617 “Una de esas cuestiones se refiere a la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Como se sabe, esta es una distinción que procede del ámbito de la teoría de la ciencia (de la epistemología neopositivista), pero que se ha trasladado al campo de la argumentación jurídica y, en particular, al de la decisión judicial. Así, una de las características de lo que en ocasiones he llamado teoría estándar de la argumentación jurídica es que reduce el estudio de la argumentación jurídica al contexto de justificación.” (ATIENZA, Manuel. **Derecho y Argumentación** (Spanish Edition) (Locais do Kindle 352-356). Universidad Externado. Edição do Kindle.)

legittimamente adottate in ogni comunità al caso concreto, costruendo così la decisione giudiziaria come risposta adeguata per la soluzione della controversia.

Capitolo 4: sicurezza giuridica e applicazione dei principi

Il quarto capitolo si è occupato della sicurezza giuridica, sforzandosi di concettualizzarla e caratterizzarla in modo chiaro, e alla fine propone il criterio per raggiungerla nell'identificazione, interpretazione e applicazione dei principi giuridici che devono essere articolati con altre fonti di diritto nella creazione della decisione giudiziaria.

Il termine sicurezza adottato per questo lavoro ha portato con sé l'idea di proteggere qualcuno o qualcosa dall'azione o omissione di altri, mantenere la salvaguardia contro pregiudizi, minacce o danni (materiali o emozionali) decorrenti dall'azione o omissione di terzi⁶¹⁸, ossia, è necessario che qualcosa sia modificato per ottenere una maggiore protezione (allontanare ciò che causa insicurezza) o impedire che lo *status quo* venga modificato, poi la variazione risulterebbe in danni e pregiudizi (mantenere le cause che garantiscono sicurezza).

Il lavoro si basa sull'analisi della sicurezza giuridica come norma, ma senza dimenticarsi delle sue altre tonalità, ora agendo come elemento definitivo⁶¹⁹, altre volte come fatto⁶²⁰, e persino come valore⁶²¹.

618 “Si utilizza la parola ‘sicurezza’ nel senso di ricerca da parte dell'uomo di proteggersi contro le minacce esterne (sicurezza esterna, fisica o oggettiva), come occorre nel caso in cui l'uomo pretende restare protetto contro la violenza, il crimine o il dolore.[...]”

Si utilizza anche la parola ‘sicurezza’ nel senso di ricercare uno stato di libertà dinanzi alla paura e all'ansia (sicurezza interna, psicologica o soggettiva), ad esempio di quello che si suscita nell'ipotesi in cui l'uomo desidera raggiungere uno stato di tranquillità emotiva dinanzi alla realtà.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 119)

619 “La sicurezza giuridica può fare riferimento ad un elemento di definizione di diritto e, in questa funzione, essere una condizione strutturale di qualsiasi ordinamento. In questo senso, ordinamento giuridico privato con certezza non potrà, per definizione, essere considerato giuridico.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 124.)

620 “La sicurezza giuridica può riferirsi ad uno stato di fatto, ossia, ad una determinata realtà concreta passibile di constatazione. [...] Essa si vincola, invece, ad una realtà di fatto che si pensa esistente.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 126.)

621 “La sicurezza giuridica può, allo stesso modo, denotare una asserzione su uno stato desiderabile, ovvero, di uno stato che sia qualificato come degno di essere cercato, per ragioni sociali, culturali o economiche, tuttavia non specificato da una imposizione normativa.” (ÁVILA, Humberto.

La sicurezza giuridica come norma è stata delimitata attraverso il concetto di una prescrizione mediante la quale si stabiliscono mezzi e fini che dicono a rispetto di uno stato di cose che deve essere cercato per promuoverla, ovvero precetti da adottare con la finalità di aumentare il grado di prevedibilità giuridica di fatti o di comportamenti⁶²², per questo si identifica come principio giuridico⁶²³, con la caratteristica di una relazione di intermediazione tra le norme (regole e principi) e la realtà⁶²⁴.

Lo stato delle cose che il principio di sicurezza giuridica deve promuovere, come è chiaro nel lavoro, è raggiunto attraverso la conoscibilità⁶²⁵, l'affidabilità⁶²⁶ e la calcolabilità⁶²⁷, che agiscono insieme per promuovere la

Teoria da segurança jurídica. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 126.)

622 “In questa accezione – ad essere progressivamente dettagliata in questo lavoro –, la sicurezza giuridica dice rispetto ad uno stato di cose che deve essere cercato mediante l’adozione di condotte che producono effetti che contribuiscono alla sua promozione. L’uso dell’espressione ‘sicurezza giuridica’ denota, poi, un giudizio prescrittivo a rispetto di quello che deve essere cercato in accordo con un determinato ordinamento giuridico. [...] La sicurezza giuridica, in questa concezione, non significa la possibilità che qualcuno possa prevedere le conseguenze giuridiche di fatti o comportamenti, ma solo la prescrizione perché qualcuno adotti il comportamento che aumenti il grado di prevedibilità.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 127-128.)

623 “Nel presente lavoro la sicurezza giuridica viene esaminata soprattutto in qualità di norma giuridica della specie ‘principi’, cioè, come prescrizione, diretta ai Poteri Legislativi, Giudiziario e Esecutivo, che determina la ricerca di uno stato di affidabilità e di calcolabilità dell’ordinamento giuridico come base della sua conoscibilità.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 130.)

624 “Quindi, l’applicazione dei principi di sicurezza giuridica esige la sua relazione con una realtà giuridica o per dirla in modo più semplice la sua applicazione presuppone il confronto di una norma (principio della sicurezza giuridica) con un’altra norma (norma legale, amministrativa o giuridica). In questo senso, è necessario verificare se la norma inferiore è in accordo con il principio della sicurezza giuridica [...]. Vale a dire, è necessario verificare la compatibilità di una norma inferiore con il principio della sicurezza giuridica.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 138.)

625 “Si deve quindi adottare il concetto di conoscibilità, come capacità materiale ed intellettuale, di comprensione delle alternative interpretative e dei criteri indispensabili alla sua concretizzazione, nel luogo della determinazione, come capacità di conoscere un unico senso normativo previo.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 269.)

626 “D’altro lato, intanto, si può comprendere la sicurezza giuridica come esigenza di ‘stabilità nel cambiamento, ovvero come la protezione di situazioni soggettive già garantite individualmente e l’esigenza di continuità dell’ordinamento giuridico attraverso regole di transizione e di clausole di equità. La parola più consistente per denotare questo significato é, quindi, ‘affidabilità’, intesa come l’esigenza di un ordinamento giuridico che protegge le aspettative e garantisce cambiamenti stabili.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 142.)

627 “La calcolabilità, nel significato qui stipulato, non riguarda l’anticipazione degli avvenimenti, ma invece, la capacità di anticipare, in misura ragionevole in profondità ed estensione, le conseguenze giuridiche che l’ordinamento giuridico determina che vengano implementate. Non si anticipa il futuro, ma il senso normativo del presente nel futuro, o più tecnicamente, il senso normativo della azione

salvaguardia necessaria nell'applicazione del diritto⁶²⁸.

La percezione di calcolabilità cerca di allontanare l'imprevedibilità delle conseguenze giuridiche degli atti e dei fatti, poi il 'calcolo' realizzato dall'agente deve essere vincolato al significato del testo, la legittimità delle fonti di diritto, rispettando la tradizione e la storia del sistema giuridico della comunità, oltre al dovuto controllo razionale argomentativo della giustificazione⁶²⁹.

La caratteristica di intermediazione della sicurezza giuridica agisce contrassegnando la creazione di norme generali e individuali, affinché soddisfino i requisiti della comprensione, affidabilità e calcolabilità, garantendo in questo modo che tutti possano orientare la propria condotta con la garanzia di modellare il presente e pianificare il futuro, senza battute d'arresto, sorprese o arbitrarietà.

Si è delimitato il concetto di sicurezza giuridica quanto al suo oggetto, ossia, la norma, l'ordinamento giuridico e la decisione giudiziaria, che sono stati analizzati dal punto di vista della capacità dell'agente di conoscere il diritto e valutare i risultati che saranno attribuiti a lui per i suoi atti, sia dal punto di vista del passato, sia per il presente (affidabilità). come dal presente per il futuro (calcolabilità).

Il principio di sicurezza giuridica, quando applicato ad un testo giuridico, esige inizialmente la sua conoscibilità da parte dell' agente, e questo comporta l'istituzione di un diritto con livello minimo di affidabilità e calcolabilità, passa

nella non-azione praticata nel presente per una decisione che sarà presa nel futuro." (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 190.)

628 "Quindi, se il diritto cessa di essere un elemento previamente dato, la cui esistenza precede il proprio processo interpretativo, per passare ad essere qualcosa che sarà realizzato, la cui esistenza dipende dal processo interpretativo e applicativo, più che di sicurezza 'del' diritto, si dovrà parlare di sicurezza 'nel' diritto." (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 138.)

629 "[...] l'adozione di un concetto di sicurezza giuridica vincolato ad uno stato di calcolabilità non implica l'assenza di controllo delle previsioni. Da una parte, perché l'interpretazione, nonostante coinvolga un certo grado di indeterminazione, non è svincolata e nemmeno indipendente da criteri di legittimazione, come quelli forniti dalla proporzionalità e dalla ragionevolezza. Dall'altra, perché la scelta del significato dipende, ugualmente, da strutture esterne date da regole di procedimento, [...]. Oltre a questo, l'attività interpretativa è ricostruttiva, nel senso di essere, da un lato, costitutiva, e dall'altro, di non essere discrezionale, perché la norma di decisione è forzata dai significati del testo." (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 271.)

attraverso l'imposizione di comporre un comandamento legale duraturo e stabile, orientando così la comunità in merito alla correzione che è stata praticata (dal passato al presente) e garantire congruità su quanto verrà praticato (dal presente al futuro)⁶³⁰.

Questo progetto ha voluto costruire la premessa che il diritto è un'attività interpretativa di fonti legittime, e che si propone di costruire soluzioni per la pacificazione di conflitti concreti, e per raggiungere questo obiettivo è evidente che la sicurezza giuridica deve essere analizzata anche sotto la prospettiva delle decisioni giudiziarie, evidenziando l'applicazione delle norme per la costruzione della soluzione, del caso concreto, perché sia uniforme e non arbitraria⁶³¹.

Le strutture ermeneutiche, le teorie argomentative utilizzate dall'interprete nell'analisi dei fatti e delle fonti di diritto per la costruzione della soluzione del litigio, devono fornire a quelli che saranno raggiunti dalla decisione un senso di chiarezza e uso della ragione, quindi è incompatibile con il principio della sicurezza giuridica la decisione basata esclusivamente su aspetti soggettivi e senza la dovuta giustificazione avvalorata da fonti legittime di elementi della decisione. Il carattere argomentativo del diritto, orientato in fonti legittime, è indubitabile garanzia della sicurezza giuridica, poi nessuna soluzione del caso concreto può essere costruita a partire dal vuoto, quindi, la comprensione di queste fonti legittime nasce attraverso la tradizione e la storia giuridica delle comunità, fornendo affidabilità e calcolabilità alle

630 “E, dovuta a questa constatazione, invece di parlare di ‘determinazione’ e ‘previsibilità’, si utilizzano le parole ‘determinabilità’ e ‘calcolabilità’ per fare riferimento alla capacità da parte del cittadino in generale, e del contribuente in particolare, di conoscere i possibili significati della norma a cui obbedire e di controllare la concretizzazione data a quella dal Potere Esecutivo e dal Potere Giudiziario. In questa accezione, determinabilità significa la capacità di conoscere i significati alternativi della norma, e calcolabilità, la capacità di controllare i significati alternativi delle decisioni normative future.” (ÀVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 167-168.)

631 “Tutta l'applicazione del porta qualche insicurezza, poi per spiegare una norma, è necessario un minimo di indeterminazione: concettualmente, se norma e realtà coincidessero, l'applicazione della stessa non sarebbe necessaria. Siccome un grado minimo di indeterminazione è, per così dire, condizione per la sua applicazione – senza l'indeterminazione la relazione tra norma e realtà sarebbe biunivoca e i giudici potrebbero essere sostituiti dal computer –, l'applicazione del diritto fissa un livello in cui la ragione e la praxis aprono lo spazio ad un certo arbitrio. E, a sua volta, è questa possibilità di arbitrio che esige il diritto alla sicurezza.” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação jurídica**. Editora Manole: Edição do Kindle. Locais do Kindle 1713-1718.)

decisioni⁶³².

Il principio di sicurezza giuridica orienta, allora, quello che la decisione giudiziaria deve osservare per la sua validità, i requisiti della comprensione, dell'affidabilità e della calcolabilità, lasciando chiaro che il suo contenuto filtra, chiaramente e razionalmente, le alternative offerte dalle fonti di diritto per la soluzione della controversia, alternative limitate tuttavia dal lavoro ermeneutico che sfida la costruzione della decisione corretta per il caso concreto⁶³³.

La giustificazione è stata analizzata in questo lavoro, soprattutto dal punto di vista del panorama della sicurezza giuridica, con la quale esiste una incontrovertibile connessione. La giustificazione, sia degli argomenti lanciati dal legislatore per l'elaborazione di testi normativi, come anche del giudicante nella strutturazione della decisione giudiziaria, è garanzia della salvaguardia giuridica, fomenta la conoscibilità, l'affidabilità e la calcolabilità.

Nella giustificazione il giudice presenta per discernimento la teoria ermeneutica articolata per l'interpretazione dei fatti, del diritto e per la costruzione della soluzione, esibendo semanticamente lo schema logico che è risultato nella soluzione della controversia.

L'affidabilità e la calcolabilità della giustificazione sono conseguenti alla conoscibilità, della obbligatoria chiarezza e trasparenza della giustificazione elaborata dal giudicante, sarà con le informazioni fornite attraverso la giustificazione

632 “Come sarà più chiaro in seguito, la comprensione del diritto come una pratica argomentativa e l'accettazione che la norma non coinvolge appena un senso, ma sensi normativi alternativi – come sarà ripreso più avanti -, tutto questo non impedisce la persecuzione degli ideali di conoscibilità, di affidabilità e di calcolabilità. Questo perché, da un lato, il carattere argomentativo del diritto è limitato da postulati ermeneutici e applicativi che diminuiscono soprattutto l'ambito decisionale, come è il caso dei postulati (o metanorme di applicazione) della proporzionalità e della ragionevolezza; e dall'altro lato perché lo spettro in cui si situano le conseguenze normative alternative è limitato mediante la pratica dottrina e giurisprudenziale che, gradualmente, va qualificando alcune opzioni di significato come le più corrette o quelle maggiormente sostenute dall'ordinamento costituzionale.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 188-189.)

633 “Le decisioni giudiziarie, in un sistema di separazione dei Poteri, non sono proferite se non a rispetto di testi normativi preesistenti a rispetto dei quali possano essere ricostruiti significati normativi minimi. In altre parole, le decisioni giudiziarie fanno riferimento a norme astratte antecedenti. In questo modo, tanto si può affermare che l'oggetto della calcolabilità sono le norme – il cui contenuto finale, ad essere dichiarato dal Potere Giudiziario, il cittadino deve essere capace di prevedere come se fosse situato al centro delle alternative interpretative della norma giuridica (ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 611.)

che la comunità analizzerà la stabilità della decisione costruita e realizzerà il calcolo mentale della prevedibilità, per esaminare se la decisione è conseguenza delle possibilità fornite dalle fonti di diritto legittime.

Nell'ordinamento giuridico brasiliano la giustificazione è un obbligo imposto dalle regole costituzionali⁶³⁴ e di processo, nello stesso modo del sistema giuridico italiano⁶³⁵, tuttavia, anche nell'ipotesi dell'inesistenza della base legale, la giustificazione anche così sarebbe indispensabile, esigenza che decorre dall'applicazione del principio della sicurezza giuridica, cioè l'assenza di giustificazione è causa insuperabile sicurezza, caratterizzando abuso e arbitrarietà, rendendo invalida la decisione giuridica.

La giustificazione è esigenza di sicurezza giuridica, ma anche mezzo per convincere la comunità della correttezza della decisione costruita da chi giudica, momento in cui è contagiato da un moto continuo, o in altre parole, la giustificazione ha come finalità convincere la comunità della giustizia e della correttezza della soluzione giuridica offerta, in modo da aumentare la fiducia (sicurezza giuridica) della propria decisione, ed essendo la comunità convinta, passa ad avere più forza di persuasione delle decisioni prese, che esalano ogni volta un sentimento di sicurezza.

Durante il quarto capitolo sono stati esaminati i metodi interpretativi della sussunzione, della ponderazione, dell'integrità e della coerenza in Dworkin e del dialogo delle fonti e il dialogo di Cortes, tuttavia, nessuna di queste tecniche si è rivelata soddisfacente per garantire la dovuta sicurezza giuridica nella decisione giudiziaria quando sono articolati principi giuridici nella sua produzione, o perché alcuni di questi metodi sarebbero inapplicabili ad esso o per non ridurre la discrezionalità del giudice.

Tuttavia, anche se i metodi presentati non producono la sicurezza giuridica

634 “art. 93, IX Tutte le decisioni degli organi del Potere Giudiziario saranno pubbliche, e le decisioni fondate, sotto la pena di nullità, [...]” (Constituição da República Federativa do Brasil.)

635 “art. 111. [...] *Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati* [...]” (Costituzione della Repubblica Italiana.)

necessaria per garantire un'applicazione uniforme e non arbitraria dei principi giuridici, sono serviti per indicare che la certezza della salvaguardia integrale è irraggiungibile, una fallacia che non è compatibile con l'ufficio del giudice, guidato da una insormontabile soggettività, decorrente dal suo materiale di lavoro, nel caso di questa tesi specialmente i principi giuridici, così come i suoi pregiudizi cognitivi personali.

Nella Tesi è stata parzialmente respinta la teoria dell'esistenza di una unica decisione corretta per ogni caso concreto presentato per la soluzione⁶³⁶, che deve essere attenuata perché così il giudice diventerà umanamente capace di, all'interno del sistema giuridico, trovare la migliore risposta per la soluzione del conflitto, quella che sarà presentata come la più soddisfacente per le parti e per la società, nel dovuto momento della storia, e dirimere la divergenza, essendo questo sforzo ed il risultato che devono essere desiderati, con l'obiettivo chiaro che la migliore risposta impedisce la discrezionalità di indicare 'qualsiasi risposta come corretta, e viene fatta richiesta di correzione⁶³⁷.

Nonostante la somiglianza tra l'esistenza dell' 'unica risposta corretta' e della 'miglior risposta', il lavoro ha voluto lasciare chiara la distinzione, principalmente dal punto di vista della modulazione, perché il giudice si veda dapprima obbligato a trovare l'unica soluzione certa, poi le altre sarebbero chiaramente errate (false), mentre nella ricerca della 'miglior risposta' allontanerebbe le risposte ovviamente errate, ma resterebbe con un insieme minimo di possibili soluzioni, per considerare

636 “El intérprete, por ello, ha de considerar que su interpretación presenta el objeto interpretado, un determinado Derecho, como el mejor ejemplo posible de esa práctica; la interpretación excluye por tanto el escepticismo, y Dworkin considera incluso que siempre – o casi siempre – existe una única respuesta para cada caso, porque siempre hay una teoría substantiva de carácter Moral y político (de entre las que se adecuan a los materiales del Derecho) que es la mejor, la más profunda, los jueces de carne y hueso no siempre serán capaces de encontrarla, y de ahí que Dworkin cree el modelo de un juez Hércules, dotado de capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumano, capaz de lograr esta hazaña.” (ATINZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 1ª ed., 4ª impresión. Barcelona: Editorial Ariel, 2014, p. 321.)

637 “Pertanto, l'attività legale non è mai una verità assoluta, ma solo una mera probabilità, anche quando il grado di certezza (e di sicurezza) abbia variazioni significative. All'interprete e applicatore spetta appena la pretesa di correttezza, nel senso di intraprendere sforzi per la costruzione normativa più adeguata alla specie, in modo da tentare di ottenere una conoscenza più sicura quanto alle conseguenze delle opzioni di condotta che ha a disposizione.” (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2ª ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2014, p. 210.)

tra loro quella che meglio risponde al conflitto, la difficoltà si presenterebbe nell'incontrare il criterio per definire la migliore risposta, il che è risolto dal proprio caso concreto⁶³⁸, poi le fonti giuridiche dove possono essere trovate le risposte e i fatti sono in costante interazione, cambiando di posizione durante l'atto interpretativo⁶³⁹.

Promossa la spiegazione sulla teoria della risposta accettabile per la soluzione del conflitto che questo lavoro adotta, il dibattito si è soffermato sulle ragioni della soggettività del giudice, decorrente dalle fonti di diritto, del proprio caso concreto e dei suoi pregiudizi cognitivi.

I pregiudizi cognitivi del giudice si esteriorizzano attraverso le distorsioni e le manomissioni nei suoi giudizi⁶⁴⁰, dove sono percepiti con una apparente razionalità, anche se mostrano una mancanza di informazione che risulta in una decisione istintiva e razionale.

638 “Naturalmente, no se trata de negar la existencia de discrepancias em la práctica jurídica, sino de mostrar que quienes actúan en la misma guían realmente su comportamiento por la idea de que existe (casi siempre) y que se puede encontrar (en ocasiones con no poco esfuerzo) una sola respuesta correcta, precisamente porque lá búsqueda de la misma no es ‘en abstracto’.” (AARNIO, Aulis. ATIENZA, Manuel. LAPORTA, Francisco J. **Bases teóricas de la interpretación jurídica**. Madrid: J. San José S.A. 2010, p. 71.)

639 “Questo il punto da enfatizzare: questioni di fatto e questioni di diritto si compenetrano, in modo che per ogni decisione di caso reale sotto la norma – dice Hassemmer [1985:73] -, la persona che deve prendere la decisione ha bisogno di informazioni che non si allontanano dalla norma, ma che tuttavia determinano la decisione. Ricordarsi che la norma è prodotta, dall’interprete, non solo da elementi che sono fuoriusciti dal testo (mondo del dover-essere), ma anche a partire da elementi di caso al quale sarà applicata, ovvero a partire da elementi della realtà (mondo dell’essere).” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76.)

640 “Adesso che si è presentato S1 e S2, possiamo fornire alcuni esempi polarizzazioni. L’ esaurimento dell’ego (ego depletion), per iniziare, è il pregiudizio provocato dall’alto consumo energetico per uno sforzo di volontà o autocontrollo, che sono attività stancante per S2, esattamente come succede nell’esempio citato in precedenza dei giudici israeliani — in questo esempio, lo “svuotamento dell’ego” è ciò che giustifica il regresso nel prendere decisioni standard.. C’è anche il priming o pregiudizio associativo, bem sintetizzato nell’ aforisma “la prima impressione è quella che conta”. È che spiega — per esempio, perché l’ordine in cui um candidato presenta le sue qualità o i suoi difetti può influire nella scelta per um posto di lavoro o anche solo nella valutazione preliminare dell’affidabilità di uma persona. 47 Già il pregiudizio confermativo (confirmation bias) definisce la tendenza nel confermare l’esistenza di intuizioni e risposte immediate di cui già disponiamo, e ciò forse potrebbe spiegare il basso indice di di richieste di chiarimenti e di ritrattazioni in appello, nei quali il proprio giudice avrebbe bisogno di rivedere quanto deciso (la prudenza suggerisce anche che non si deve dispensare il doppio grado di giurisdizione senza grande circospezione)” (MARDEN, Carlos e WYKROTA, Leonardo Martins. **Neurodireito: o início, o fim e o meio**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 8, nº 2, ago. 2018, p. 57.)

La corrente di pensiero denominata Realismo Giuridico nordamericano si è occupata del tema della soggettività interna del giudicante, ma in maniera limitata, analizzando unicamente casi decisi dalla Suprema Corte nordamericana, e hanno dedotto che l'influenza politico-ideologica possedeva una certa ascendenza sulle decisioni, che la obbligava, in qualche modo, alla sua conclusione nella risposta per la soluzione del conflitto⁶⁴¹.

L'esperienza nordamericana è servita per svelare ciò che occultava la decisione giudiziaria, e la sua fallacia di purezza razionale ha lasciato esposto il giudicante come essere soggetto a influenze, impulsi e pressioni estranee alle fonti formali di diritto, e che questi fattori extra-giuridici, siano politici, economici o morali, a volte interferiscono nella decisione⁶⁴².

L'archetipo alieno non è estraneo a ciò che occorre nel giudiziario di altri Paesi, essendo inconfutabile, e persino notoria, l'influenza politica dei partiti su alcuni Ministri del Supremo Tribunale Federale del Brasile nel giudizio di casi controversi che coinvolgono individui fuori dal modello usuale di processati (principalmente nella sfera penale)⁶⁴³.

641 “Sin dal decennio del 1940, scienziati politici nord americani si dedicano allo studio delle influenze esterne nella decisione giudiziaria. In questa epoca, i giudizi della Suprema Corte che nella sua maggioranza, erano decisioni unanime, passarono ad essere giudicati da un collegiato diviso sempre di più in linee ideologiche, progressisti o conservatori. Inoltre, per influenza del Realismo Giuridico nord americano, già si trattava con una certa naturalezza l'idea che le preferenze politiche-ideologiche avrebbero potuto un grande peso nella risoluzione che un magistrato darà alla causa – in opposizione ad una visione in tesi ingenua, “legalista”, e che i testi giuridici sarebbero determinanti per la decisione giudiziaria.” (HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, p. 279.)

642 “Così, alcuni rappresentanti del realismo americano – soprattutto Frank (1970) – hanno sostenuto, effettivamente, che le sentenze ‘sono sviluppate in maniera retrospettiva, a partire da conclusioni formulate con carattere provvisorio’ (p.109); che non si può accettare la tesi che presenta il giudice ‘applicando leggi e principi ai fatti, cioè, adottando qualche regola o principio [...] come sua premessa maggiore, impiegando il fatto del caso come premessa minore e arrivando quindi alla risoluzione mediante processi di puro razicinio’ 9p. 1110; e che, riassumendo, le decisioni si basano sugli impulsi del giudice, che fondamentalmente non estrae questi impulsi da leggi o principi generali di diritto, ma soprattutto da fattori individuali che quindi sono ‘più importanti di qualsiasi altra cosa che potrebbe essere ritenuta come preconcetto politico, economico o morale 9p.114.’” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 09)

643 “Studi empirici recenti suggeriscono che, nonostante sostenga un discorso che è guardiano

Interferenze giuridiche non raggiungono soltanto i Tribunali Superiori dove di regola la scelta dei suoi occupanti viene fatta per nomina politica da parte dei partiti del governante di turno, inoltre coinvolgono i giudicanti vincitori del concorso, tuttavia in questi casi le influenze non sarebbero politico-ideologiche, ma soprattutto personali, morali e addirittura in questione di abiti⁶⁴⁴.

Importante enfatizzare che il giudice, quando non è contaminato per mala fede processuale, ignora che la sua decisione influenza aspetti extra giuridici, o che disprezza il contesto della scoperta e si appoggia unicamente sulla giustificazione, gli influssi estranei alle fonti di diritto sono occulti per l'attività automatizzata di decidere, dove essa finisce per fare uso della sua intuizione, incontrando *a priori* la risposta per il caso litigioso concreto, passando poi a cercare la giustificativa per la decisione⁶⁴⁵.

dei diritti di cittadinanza, rinforzato dai rumorosi casi recenti che si sono occupati di questioni come l'unione omosessuale, la libertà di espressione e il diritto all'aborto, i numeri mostrano che il STF agisce soprattutto su questioni di diritto Amministrativo, nella competenza di enti federali e in difesa di interessi corporativi. I dati dimostrano anche che le indicazioni presidenziali possono avere risultati effettivi nel risultato di giudizi polemici da parte del STF, come accaduto nel caso del 'Mensalão'. Oltre a ciò, i Ministri di quella Corte hanno potere di azione diretta nel processo politico e di questo fanno uso, come la possibilità di anticipare posizioni sulla stampa, bloccare processi all'infinito attraverso la richiesta d'esame e proferire decisioni monocratiche che finiscono per definire cause senza passare per il collegiato. Insomma, le recenti evidenze suggeriscono che modelli strategici, debitamente adattati alla nostra configurazione istituzionale, possono produrre risultati interessanti." (HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, pp. 281-282.)

644 Una caricatura, diffusa da molti, come Ronald Dworkin, 25 è che lo scetticismo dei proponenti del realismo giuridico quanto ai condizionamenti giuridici della decisione giudiziaria significherebbe che il diritto dipenderebbe essenzialmente da quello che i giudici hanno "mangiato a colazione". Nonostante sembri assurda, questa affermazione è stata oggetto di studio empirico, e, sorprendentemente, gli scienziati trovano un risultato che sembra trovarsi d'accordo con essa. Analizzando più di mille decisioni reali sulla concessione o meno della liberazione condizionale in Israele, Shai Danziger e colleghi hanno scoperto che la variabile più rilevante per liberare o meno il condannato non erano i fatti e gli aspetti giuridici del caso, o le caratteristiche personali del richiedente, ma l'orario in cui le decisioni erano prese. All'inizio delle sessioni di giudizio, la tasso di concessione di liberazione era del 65% e andava gradualmente diminuendo sino al termine della sessione. Dopo la pausa per il coffee-break, la percentuale di decisioni valide tornava al livello del 65%. Il provocante studio suggeriva che la stanchezza e la fame avrebbero potuto avere conseguenze concrete nella effettivazione del diritto dei condannati." (HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, p. 282.)

645 "In una breve sintesi, questi modelli partono dalla constatazione che, lungi dall'essere agenti razionali che pesano tutti gli aspetti di un caso prima di decidere come procedere, esseri umani posseggono una razionalità limitata e prendono decisioni in condizioni di urgenza di tempo, informazione incomplete e risorse mentali scarse. In questo modo, molte decisioni quotidiane sono prese con base in previsioni e intuizioni. Invece di processare in modo esaustivo tutte le informazioni

In questo processo il giudizio funziona 'in modo automatico', dove il caso concreto litigioso è rapidamente confrontato mentalmente con situazioni somiglianti già esaminate, informazioni che sono processate e ripetute per l'abitudine di giudicare, per il potere dell'abito, questo è il motivo per cui egli non riesce a distinguere questi due momenti.

Le influenze extra giuridiche nella decisione giudiziaria sono una realtà che favorisce la discrezionalità del giudicante, fattore di incontestabile insicurezza giuridica, e per questo motivo qualsiasi lavoro che desideri affrontare l'interpretazione di principi giuridici e la sua applicazione alle decisioni giudiziarie deve anche riconoscere questo ostacolo⁶⁴⁶.

Al lato della soggettività interna del giudice, l'oggetto da affinare, nel caso delle fonti giuridiche, è il proprio conflitto che si mostra per la soluzione, che sono fattori di discrezionalità sia per l'ambiguità inerente al linguaggio con cui si esprimono le fonti, sia per le lacune e la coerenza (antinomie) dei testi normativi, e anche per la mancanza di informazioni sopra i fatti o difetti della sua comprensione da parte di coloro che sono coinvolti.

Questo insieme di proprietà che favoriscono la discrezionalità del giudice, risultando in incertezze e insicurezze, devono conformarsi, ed i metodi esposti non si presentano come sufficienti, motivo per cui è costretto a cercare un altro modo per metterlo in imbarazzo, se non impedendo, poi è impossibile, almeno diminuendo

disponibili e optare per i processi più complessi e precisi di decisione, gli umani si servono "scorciatoie cognitive", le cosiddette "euristiche". In funzione di ciò, il raziocinio umano è soggetto ad una serie di deviazioni sistematiche in merito a quello che ci si aspetterebbe da una decisione corretta, obiettiva, neutra – i cosiddetti "aspetti". (HORTA, Ricardo de Lins e COSTA, Alexandre Araújo. **Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista sobre as influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017, p. 282.)

646 "In una prima impressione, può essere che il contatto con le idee, qui riunite (sotto il nome di Neurodiritto in generale e alcune conquiste della Neuroscienza in particolare) suscitano un certo sentimento di "terra bruciata", specialmente per la rottura con i modelli tradizionali di razionalità e neutralità di modelli illuministi (ancora rilevati nel senso comune giuridico). Non si tratta, però, di abbracciare la completa irrazionalità dell'agire umano, non per discreditarne completamente del modello giuridico, ma di incontrare forme di capire meglio e trattare operativamente con questa irrazionalità." (MARDEN, Carlos e WYKROTA, Leonardo Martins. **Neurodireito: o início, o fim e o meio**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 8, nº 2, ago. 2018, p. 61.)

abbondantemente la discrezionalità e garantendo l'incremento del margine di sicurezza giuridica.

La proposta di questo lavoro presenta come soluzione e riceve l'influenza della denominata Teoria Complessa di Diritto, di Orlando Luiz Zanon Júnior, principalmente per quanto riguarda l'importanza della forza irresistibile degli argomenti giuridicamente accettati dalla comunità (fonti giuridiche) sul giudice⁶⁴⁷, così come l'idea che le norme (di decisione) sono il risultato dell'interpretazione dei testi giuridici, pensiero esposto anche da Eros Roberto Grau⁶⁴⁸.

Importante chiarire che sino a questo momento il lavoro si è occupato della norma giuridica come sinonimo degli ordini di condotta debitamente positivizzati dentro un sistema giuridico organizzato, di una comunità definita, queste norme giuridiche sono esteriorizzate attraverso una costruzione grammaticale che può possedere caratteristiche di regole o principi giuridici, e questo concetto si mantiene valido, ma deve necessariamente essere differenziato dalla 'norma di decisione', ossia, la 'norma di decisione' è il risultato della interpretazione delle 'norme giuridiche'.

Da qui in avanti, sempre che si tratta di norma come risultato concreto dell'interpretazione di testi normativi, si utilizzerà il termine coniato da Eros Grau,

647 “Quindi, la caratteristica principale del concetto post-positivista di fonti giuridiche qui presentato è precisamente che tutti gli argomenti ammissibili in un discorso giuridico funzionano come limitatori dell'attività decisoria, nella misura in cui orientano l'interprete e chi la applica in una certa direzione, a detrimento della sua ampiezza decisoria.

[...]Seguendo il tema sulla funzione limitante delle fonti giuridiche, la quale tende a promuovere la sicurezza giuridica (certezza e previsibilità), spetta accentuare che ogni elemento di determinazione potrà restringere l'attività decisoria in differenti intensità, in accordo con l'importanza che possiede in ogni tradizione giuridica specifica. (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2ª ed., ampl. Curitiba: Editora Prisma, 2014, p. 162 e 163.)

648 “L'interpretazione, perciò, è mezzo di espressione dei contenuti normativi delle disposizioni, mezzo attraverso il quale cerchiamo le norme contenute nelle disposizioni. Che cosa diremo essere – l'interpretazione – attività che si presta a trasformare disposizioni (testi, enunciati) in norme.

Le norme, quindi, sono il risultato dell'interpretazione. E l'ordinamento, nel suo valore storico concreto, è un insieme di interpretazioni, Questo è, un insieme di norme. L'insieme delle disposizioni (testi, enunciati) è appena ordinamento in potenza, un insieme di possibilità di interpretazione, un insieme di norme potenziali. Il significato (questo è, la norma) è il risultato del compito interpretativo. Vale a dire, il significato della norma è prodotto dall'interprete.” (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 40.)

ovvero 'norma di decisione'⁶⁴⁹.

Siccome non sarebbe accettabile che qualsiasi informazione servisse come fondamento per una decisione giudiziale, sia per l'ampiezza infinita di possibilità o la mancanza di garanzia della procedenza di questi riferimenti, gli argomenti passibili di alimentare la soluzione giuridica per un conflitto devono essere limitati, spettando alla tradizione giuridica di ogni comunità indicare quali siano le fonti giuridiche ammissibili per la produzione di una 'norma di decisione'.

Fonti giuridiche, quindi, sono quegli argomenti accettati dalla tradizione di determinate società come capaci di essere articolate dal giudice come fondamento e giustificativa di una decisione giudiziaria⁶⁵⁰, non impedendo affatto che questo insieme soffra alterazioni a causa dei mutamenti nella pratica giuridica, che si sa, si trova in costante evoluzione, seguendo il proprio progresso sociale e tecnologico della società.

La tradizione brasiliana usualmente consente come fonti di diritto le norme giuridiche, ovvero i testi normativi, espressi però attraverso un carattere di regole o principi, la giurisprudenza, le politiche pubbliche statali, le convinzioni etiche condivise dalla società, la dottrina (conoscenze tecniche) ed i costumi. Le fonti giuridiche agiscono come limitatrici dell'attività interpretativa della ricerca della soluzione per il caso⁶⁵¹, restringendo il cammino e indicando la direzione al giudice nel produrre la 'norma come decisione' che meglio può risolvere il conflitto⁶⁵².

649 "Insomma, la norma di decisione è la norma giuridica applicata ad un caso concreto." (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63.)

650 "Così, fonti giuridiche sono quegli argomenti teorici (elementi di determinazione) ammessi dal diritto come legittimi limitatori per prendere decisioni in una Società specifica." (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2ª ed., ampl. Curitiba: Editora Prisma, 2014, p. 160.)

651 "Tenendo conto di ciò, in accordo con la proposizione in tela, tutti gli elementi di determinazione agiscono come vettori che restringono, in accordo con la rispettiva efficacia (insuperabile, vincolante, decisiva o limitata), il margine di opzione disponibile all'interprete e applicati, in modo da dargli una considerevole diminuzione di opzioni." (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2ª ed., ampl. Curitiba: Editora Prisma, 2014, p. 213.)

652 "In verità, l'operazione coinvolge la creazione di una norma giuridica, mediante l'articolazione o conformazione delle diverse fonti giuridiche rilevanti tematicamente al caso concreto, le quali vanno

Le fonti giuridiche agiscono intimidendo l'interprete nella sua azione interpretativa, tuttavia questo procedimento soltanto è applicabile dinanzi al problema che deve essere risolto⁶⁵³, poi non è possibile interpretare con la finalità di trovare una soluzione prima dell'esistenza del conflitto⁶⁵⁴.

Quindi, le informazioni del contesto reale passato all'inizio del procedimento di soluzione del conflitto già operano come metodo di restrizione interpretativa delle fonti giuridiche; la comprensione dei fatti elaborati dal giudice, la ricostruzione delle informazioni, devono essere stabilite all'interno di un processo giudiziario, ingegno istituzionale per la produzione della 'norma di decisione'⁶⁵⁵.

In questo modo, il punto di partenza dell'ufficio del giudicante sempre sarà il conflitto concreto che deve essere risolto, è occuparsi del caso, e a causa di ciò le fonti giuridiche saranno stabilite e si produrrà una 'norma di decisione'.

Nonostante tutto, quello che è stato presentato sino al momento si mostra ancora insufficiente, essendo basilare disporre anche di un metodo per la definizione delle fonti giuridiche e il modo di applicarle, servendo molto bene per supplire a questo iato la Teoria dell'Argomentazione Giuridica di Atienza.

imponendo contorni e limiti al risultato dell'interpretazione, mediante sforzo argomentativo ad essere debitamente esposto sotto forma di giustificazione, soggetto alla fiscalizzazione democratica." (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2ª ed., ampl. Curitiba: Editora Prisma, 2014, p. 213.)

653 "Soltanto con l'avvento di un problema nella fattualità (concretamente o ipnoticamente), è che sorge la domanda che darà movimento all'operazione interpretativa e applicativa dell'organo giudicante, che passerà a produrre la norma giuridica, secondo le linee tracciate dall'enunciato normativo e in accordo con i dettagli della situazione di fatto." (ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2ª ed., ampl. Curitiba: Editora Prisma, 2014, p. 213.)

654 "Per questo non esistono soluzioni previamente strutturate – come prodotti semi-industrializzati in una linea di montaggio – per i problemi giuridici." (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 57.)

655 "L'interpretazione del diritto è, in quanto comprensione dei fatti, peculiare. Poi l'interprete li ricostituisce, a partire da questa ricostituzione istituendo la sua propria realtà. Da qui l'importanza della relazione dei fatti (= narrativa dei fatti all'interprete, fatti che sono da lui considerati) per l'interpretazione." (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 57.)

Il metodo presentato nella Teoria della Argomentazione Giuridica di Atienza cerca di rappresentare nella forma più reale possibile il processo naturale dell'argomentazione, indicando come di fatto i giuristi argomentano e decidono, lavorando il contesto della scoperta e anche della giustificazione⁶⁵⁶, oltre a presentare criteri per analizzare la correzione di argomenti e della decisione finale⁶⁵⁷.

La Teoria dell'Argomentazione Giuridica di Atienza, esaminata in maniera attenta nel terzo capitolo di questo lavoro, si sviluppa inizialmente con l'identificazione del conflitto e il riconoscimento dei problemi che, individualmente o insieme, possono essere incontrati, relativi a 'pertinenza' (dubbi sulla norma applicabile al caso), 'interpretazione' (dubbi su ciò che dice la norma), e 'qualificazione' (dubbio se un determinato fatto faccia parte del problema o meno), dovendo poi esaminare se questi problemi derivano dall' insufficienza o dall'eccesso di informazioni.

Seguendo questa linea, il giudice dovrà costruire le ipotesi di soluzione dei problemi, elaborando premesse che serviranno come risposta per la soluzione del conflitto concreto, questo è il momento in cui l'interprete articola le fonti giuridiche per produrre la 'norma di decisione'.

Tuttavia, non basta articolare le fonti giuridiche (contesto di scoperta), è indispensabile giustificare le ipotesi di soluzione che sono state articolate (contesto di giustificazione), esponendo in maniera chiara e logica gli argomenti favorevoli alla decisione che meglio risponde al conflitto, aggiungendo che questa soluzione ha l'obbligo di rispettare anche i criteri di correttezza.

656 "La teoria modello dell'argomentazione giuridica parte dalla distinzione tra il contesto della scoperta e il contesto della giustificazione delle decisioni giudiziarie. In altre parole, una cosa sarebbe il processo psicologico, sociologico, ecc., mediante il quale il giudice (o un insieme di giudici: un tribunale) arriva a prendere una decisione su un determinato caso, e altra cosa il fondamento che offre (in maniera più o meno esplicita) la decisione." (ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Editora Ariel, 2012, p. 128.)

657 "Detto in un altro modo, un oggettivismo Morale minimo è una condizione necessaria per dare senso all'argomentazione giudiziaria, ed in generale giuridica. Ovvero, se tutta l'argomentazione giuridica (giudiziaria, legislativa, ecc.) è in ultima istanza (o presuppone) una giustificazione Morale, allora, se non fosse possibile una giustificazione in senso stretto (se i giudizi morali non avessero una pretesa obiettiva di correttezza) non sarebbe nemmeno possibile la giustificazione giuridica." (ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Lisboa: Editora Ariel, 2012, p. 317.)

Ancora sulla Teoria dell'Argomentazione Giuridica, Atienza si è detto d'accordo con la segmentazione dei casi presentati per la soluzione in facili e in difficili, con modi diversi di argomentare e decidere, ma ne ha approfittato per indicare un terzo tipo di situazione che ha definito come casi tragici.

Per i casi che ha definito facili, le premesse sono chiare e precise, essendo non necessarie eccessive discussioni e lo sforzo argomentativo è piccolo, le conclusioni, per questo, possono essere il risultato di un sillogismo logico-deduttivo; quanto ai casi difficili, sono quelli che, tanto dal punto di vista dei fatti quanto del diritto, possono presentare problemi di pertinenza, di interpretazione e di qualificazione; i casi tragici sarebbero quelli dove qualsiasi soluzione importa il sacrificio di un'esigenza essenziale, di un valore fondamentale, affermando l'autore su questi che ' non sempre è possibile fare giustizia attraverso il diritto'.

Elaborate queste premesse teoriche, si passa ad esporre specificamente la proposta di un metodo per l'applicazione dei principi giuridici nella giustificazione della decisione giudiziaria, con la garanzia di una maggior sicurezza giuridica.

Come è stato definito, il caso concreto è il punto di partenza per il giudice, e in questo scenario se la discordia presentata per la soluzione trova una risposta evidente nel testo normativo che possiede le caratteristiche delle regole, la difficoltà per l'interprete è minima, spettando applicarlo all'evento genuinamente attraverso il metodo logico-deduttivo, con una semplice argomentazione giustificatrice del cammino tracciato, e con questo viene risolto tecnicamente il conflitto.

Quindi, l'obiettivo di questo lavoro è la soluzione dei casi concreti che non trovano soluzione nel testo normativo con caratteristiche di regole, ma solo in quelle identificate come principi giuridici, e sarebbero i casi identificati come difficili/tragici.

La premessa per la soluzione è identica a quella dei casi facili, poi così come non si conoscono le risposte prima delle domande, non è possibile sapere la

difficoltà della soluzione prima di aver ottenuto tutte le informazioni pertinenti, e ciò è garantito attraverso il processo giudiziario, in cui sono assicurate alle parti ampie possibilità di produzione delle prove e con ciò la ricostruzione dei fatti.

Conosciuto il caso concreto nei dettagli e concludendo il giudice nella sua complessità decorrente dall'assenza di possibilità di soluzioni soddisfacenti in testi normativi con caratteristiche di regole, ma incontrandole in quelle con identità di principi giuridici, si passa allora ad articularli per la produzione della 'norma di decisione' che dipana il litigio.

L'articolazione dei principi giuridici segue ed è confermata dalle altre fonti giuridiche, seguendo la lezione della Teoria Complessa del Diritto, dove l'incidenza di tutti questi modelli di giudizio impone contorni, contrassegnando il cammino che porta alla produzione della 'norma di decisione'.

Questa proposta allontana quella che viene denominata collisione di principi giuridici, così come la ponderazione come mezzo per risolvere questo confronto, poi adesso i principi giuridici possono essere articolati unitamente, tuttavia, ognuno segnando una peculiarità per la risposta, e con la sua portata definita da altre fonti legali, non si 'calcolano aritmeticamente' le variabili di peso, intensità e certezza, ma si argomentano le fonti per limitare ed ottenere la portata del principio applicabile al caso concreto.

Sebbene sottile, aspetto molto importante che questa proposta presenta realmente, ossia, nell'applicazione dei principi giuridici al caso concreto, la sua portata interpretativa è contenuta dalle altre fonti giuridiche.

I principi giuridici trovano la loro limitazione applicativa al caso concreto nei punti di riferimento promossi dalla giurisprudenza, dalle politiche pubbliche statali, dalle convinzioni etiche condivise dalla società, dalla dottrina, dai costumi, ogni influsso di queste fonti giuridiche obbligano il giudice a restringere la portata del principio giuridico, delimitandolo per la soluzione del caso concreto.

L'abbandono di questo cammino da parte del giudice insinuerebbe mancanza di conoscenza o corruzione, situazioni passibili di correzione attraverso ricorsi processuali o degli organi di correzione.

La proposta si afferma come inedita quando promuove l'approccio articolato dall'imbarazzo delle fonti (Teoria Complessa del Diritto) con la giustificazione argomentativa della Teoria dell'Argomentazione Giuridica di Atienza, questa lavorando il contesto della scoperta e anche della giustificazione, oltre ad incorporare il criterio per analizzare la correzione di argomenti e della decisione finale, tutto come mezzo per interpretare in maniera ottimale la portata dei principi giuridici nella soluzione del caso concreto.

La discrezionalità del giudice è diminuita tanto più quanto le fonti giuridiche sono articolate ai principi per la produzione della 'norma di decisione', poi è importante ripeterlo, tutti questi criteri di giudizio posseggono un potere limitante dell'attività interpretativa, obbligandolo a seguire in direzione di una soluzione che può essere giustificata come corretta, accettabile o dovuta.

La sicurezza giuridica è garantita dall'obbligo del giudice di presentare ed argomentare nel processo giudiziario i fondamenti e le giustificative della sua decisione, tanto per la scoperta (i motivi per cui si è presa quella decisione), quanto per la giustificazione (ragioni che giustificano la decisione, permettendo di considerarla corretta e giusta) .

Alla fine, il lavoro ha confermato le ipotesi della ricerca, e ha constatato che i mezzi correnti a disposizione per l'articolazione dei principi giuridici per dare fondamento alla decisione giudiziale non sono guidati dalla riduzione della discrezionalità del giudice o offrono sicurezza giuridica, e dinanzi a questo, si è offerta per il dibattito la proposta originale e inedita sopra strutturata.