



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

AIRTON CLEYSSON DA SILVA FERREIRA

**DISCRICIONARIEDADE E ARGUMENTAÇÃO EM  
DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS**

Recife

2023

AIRTON CLEYSSON DA SILVA FERREIRA

**DISCRICIONARIEDADE E ARGUMENTAÇÃO EM  
DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Teoria do Direito;  
Argumentação jurídica.

**Orientador:** Artur Stamford da Silva

Recife

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Ferreira, Airton Cleysson da Silva.

Discricionariedade e argumentação em decisões judiciais de casos difíceis /  
Airton Cleysson da Silva Ferreira. - Recife, 2023.  
44 f.

Orientador(a): Artur Stamford da Silva

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de  
Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Teoria do Direito. 2. Argumentação jurídica. I. Silva, Artur Stamford da.  
(Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

AIRTON CLEYSSON DA SILVA FERREIRA

**DISCRICIONARIEDADE E ARGUMENTAÇÃO EM  
DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 14/04/2023.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profº. Dr. Artur Stamford da Silva (Orientador)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Profº. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Profº. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

## RESUMO

A discricionariedade é uma característica fundamental do poder judiciário, permitindo que os juízes possam tomar decisões adequadas para cada caso específico, considerando as circunstâncias e as particularidades do processo. Contudo, essa discricionariedade não é ilimitada, e deve ser exercida de forma justa e coerente com os princípios e normas jurídicas. Nesse sentido, a argumentação se apresenta como um elemento crucial para a tomada de decisões judiciais em casos difíceis, que envolvem questões complexas e controversas. A argumentação permite que o juiz justifique sua decisão de forma clara e fundamentada, garantindo a legitimidade e a transparência do processo. Neste trabalho, será abordada a relação entre discricionariedade e argumentação em decisões judiciais de casos difíceis. O objetivo é analisar como os juízes utilizam sua discricionariedade para tomar decisões em casos difíceis, levando em consideração as diferentes perspectivas e argumentos envolvidos. Para tanto, serão apresentados conceitos teóricos buscando compreender como a discricionariedade e a argumentação podem influenciar no resultado do processo.

**Palavras-chave:** Teoria do Direito; Discricionariedade Judicial; Argumentação Jurídica; Casos Difíceis.

## **ABSTRACT**

Discretion is a fundamental characteristic of the judiciary, allowing judges to make appropriate decisions for each specific case, considering the circumstances and particularities of the process. However, this discretion is not unlimited, and must be exercised fairly and in accordance with legal principles and rules. In this sense, argumentation is presented as a crucial element for making judicial decisions in hard cases, which involve complex and controversial issues. The argumentation allows the judge to justify his decision in a clear and reasoned way, guaranteeing the legitimacy and transparency of the process. In this work, the relationship between discretion and argumentation in judicial decisions of difficult cases will be addressed. The objective is to analyze how judges use their discretion to make decisions in hard cases, taking into account the different perspectives and arguments involved. Therefore, theoretical concepts will be presented in order to understand how discretion and argumentation can influence the outcome of the process.

**Keywords:** Theory of Law; Judicial discretion; Legal Argumentation; Hard Cases.

## SUMÁRIO

<b>1 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL</b>	8
1.1 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SEGUNDO HANS KELSEN	9
1.2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SEGUNDO HART	10
1.3 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SEGUNDO DWORKIN	12
1.4 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SEGUNDO ROBERT ALEXY	14
1.5 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SEGUNDO NEIL MACCORMICK	15
<b>2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA</b>	17
2.1 TÉCNICAS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	20
2.2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO KELSEN	21
2.3 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO HART	23
2.4 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO DWORKIN	24
2.5 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO ALEXY	26
2.6 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO MACCORMICK	28
<b>3 CASOS DIFÍCEIS SEGUNDO DWORKIN</b>	30
3.1 CASOS DIFÍCEIS SEGUNDO DWORKIN – CRÍTICAS	32
3.2 CASOS DIFÍCEIS SEGUNDO DWORKIN – CRÍTICAS – POSNER	33
3.3 CASOS DIFÍCEIS SEGUNDO DWORKIN – CRÍTICAS – HART	35
<b>4 DISCRIONARIEDADE EM DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS</b>	37
<b>5 ARGUMENTAÇÃO EM DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS</b>	40
<b>6 CONCLUSÃO</b>	43
<b>REFERÊNCIAS</b>	

## 1 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A discricionariiedade judicial é uma questão central no debate filosófico sobre o papel do judiciário na tomada de decisões. Em termos gerais, a discricionariiedade judicial refere-se à margem de manobra que os juízes têm para decidir um caso, mesmo quando o direito aplicável não for claro ou quando houver diferentes interpretações possíveis.

Autores como Hart, Kelsen e Dworkin, por exemplo, têm abordagens diferentes sobre o papel da discricionariiedade judicial, e suas teorias oferecem uma visão geral sobre como a questão tem sido tratada na filosofia do direito.

Hart<sup>1</sup> acreditava que a discricionariiedade judicial era necessária em certos casos em que a lei era incerta ou inadequada para lidar com a situação em questão. Ele defendia que os juízes deviam ter a capacidade de exercer a discricionariiedade dentro de limites claros e definidos pela lei, garantindo assim que as decisões fossem justas e previsíveis. Para Hart, a discricionariiedade judicial era uma ferramenta importante para lidar com casos difíceis e ajudar a promover a estabilidade do sistema jurídico.

Por outro lado, Kelsen<sup>2</sup> via a discricionariiedade judicial como um problema para a teoria pura do direito. Ele argumentava que a lei deveria ser clara e objetiva o suficiente para evitar a necessidade de discricionariiedade judicial. Para Kelsen, a lei era uma série de normas hierarquicamente organizadas, e a tarefa do juiz era simplesmente aplicá-las aos casos. A discricionariiedade judicial não era necessária, uma vez que a lei fornecia respostas para todas as situações jurídicas.

Dworkin<sup>3</sup> argumentava que a discricionariiedade judicial era inevitável e, em alguns casos, desejável. Ele defendia que a lei era um sistema coerente de princípios e regras que deveriam ser aplicados de maneira consistente e justa. No entanto, em alguns casos, as regras e princípios do direito poderiam ser ambíguos ou conflitantes, o que exigiria que o juiz tomasse uma decisão baseada em sua compreensão do melhor argumento jurídico. Para Dworkin, a discricionariiedade judicial era necessária para a integridade do sistema jurídico e para a proteção dos direitos individuais.

Podemos ver que Hart, Kelsen e Dworkin oferecem diferentes abordagens sobre a discricionariiedade judicial. Embora todos concordem que a discricionariiedade judicial é uma questão importante, eles têm visões diferentes sobre a necessidade e o papel da discricionariiedade no sistema jurídico. A discussão sobre a discricionariiedade judicial continua sendo uma questão relevante na filosofia do direito e é fundamental para entender como o sistema jurídico funciona e como as decisões judiciais são tomadas.

É possível notar que, apesar das diferenças entre as abordagens de Hart, Kelsen e Dworkin, todos eles reconheciam que a discricionariiedade judicial não pode ser ilimitada. O

---

<sup>1</sup> HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p.65

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.23

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 21

poder do juiz deve estar submetido a regras e princípios que garantam a segurança jurídica e a coerência do sistema.

Por fim, é importante ressaltar que o debate sobre discricionariedade continua a ser relevante e atual, especialmente diante dos desafios impostos pela complexidade dos casos e pela evolução das sociedades. A busca por um equilíbrio entre a margem de escolha do juiz e a necessidade de segurança jurídica é uma questão que exige reflexão constante por parte dos teóricos e dos operadores do direito.

## 1.1 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SEGUNDO HANS KELSEN

A discricionariedade judicial é um assunto complexo e controverso na teoria do direito e da filosofia jurídica. Hans Kelsen, um dos mais importantes filósofos do direito do século XX, foi um dos primeiros teóricos a explorar a natureza e os limites da discricionariedade judicial em suas obras. Kelsen propôs uma teoria do direito que buscava eliminar qualquer traço de subjetividade ou arbitrariedade na interpretação e aplicação da lei, o que o levou a rejeitar a ideia de discricionariedade judicial.

Kelsen<sup>4</sup> argumenta que a lei é a fonte exclusiva de autoridade no sistema jurídico, e que a interpretação e aplicação da lei devem ser objetivas e baseadas em critérios claros e precisos. Para Kelsen, a discricionariedade judicial é um problema porque permite que o juiz decida de acordo com sua própria vontade, em vez de seguir a lei. Isso pode levar a decisões arbitrárias e subjetivas, que não são baseadas em nenhum princípio objetivo e que não são justificáveis racionalmente.

No entanto, Kelsen reconhece que a lei muitas vezes não é clara ou não oferece uma resposta definitiva para determinados casos. Nessas situações, o juiz pode ser obrigado a tomar uma decisão que envolve algum grau de escolha ou de valorização. Para Kelsen, essas decisões não são discricionárias, pois ainda estão sujeitas a critérios objetivos, tais como a interpretação sistemática da lei, a analogia ou a equidade.

Kelsen<sup>5</sup> argumenta que o problema da discricionariedade judicial pode ser resolvido pela adoção de uma teoria pura do direito, que separa completamente o direito da moral e da política. Segundo Kelsen, o direito deve ser entendido como um sistema autônomo de normas, que são criadas e aplicadas pelos órgãos jurídicos de acordo com procedimentos pré-estabelecidos. Nesse sentido, a discricionariedade judicial seria eliminada, uma vez que o juiz estaria obrigado a seguir apenas as normas criadas de acordo com os procedimentos estabelecidos.

---

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. **O que é Justiça – A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.55

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.73

No entanto, as críticas à concepção de Kelsen são muitas. Uma das principais críticas é que sua teoria do direito é excessivamente formalista, uma vez que não leva em consideração os fatores sociais, políticos e culturais que influenciam a criação e aplicação do direito. Além disso, a teoria de Kelsen não oferece uma resposta satisfatória para o problema da indeterminação do direito, que muitas vezes exige que o juiz faça escolhas difíceis entre diferentes interpretações possíveis da lei.

Para Kelsen, o direito é uma ordem normativa pura e autônoma, cuja validade é determinada pela norma fundamental, que serve como fonte de validade de todas as outras normas. O juiz, portanto, deve aplicar a norma válida ao caso concreto, sem considerar sua própria opinião ou valores pessoais. Essa aplicação é feita por meio de uma operação lógica, que consiste em subsumir os fatos do caso concreto à norma válida.

Assim, para Kelsen, a discricionariedade judicial não existe, pois o juiz não tem liberdade de escolha ou decisão pessoal na aplicação do direito. No entanto, é importante notar que a aplicação da norma pode envolver interpretação e, nesse sentido, o juiz pode ter alguma margem de manobra na identificação do sentido da norma.

Em conclusão, Kelsen oferece uma abordagem peculiar para o problema da discricionariedade judicial, negando sua existência em razão da visão do direito como uma ordem normativa pura e autônoma. Embora sua posição possa ser criticada por limitar a margem de manobra do juiz na aplicação do direito, sua teoria oferece uma visão clara e coerente do papel do juiz na sociedade, bem como da natureza do direito como um sistema normativo.

## 1.2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SEGUNDO HART

Para Herbert L.A. Hart, importante teórico do juspositivismo, a discricionariedade seria a possibilidade de escolha entre duas ou mais soluções possíveis, todas elas compatíveis com as normas jurídicas aplicáveis ao caso em questão.

Dessa forma, a discricionariedade não seria uma liberdade irrestrita para o juiz, mas uma margem de escolha limitada pelas normas jurídicas existentes. Hart argumentava que, embora haja situações em que as normas jurídicas não preveem uma solução clara para o caso em questão, o juiz não pode simplesmente escolher a solução que mais lhe convém, mas deve seguir critérios objetivos para a escolha entre as opções possíveis.

Entre os critérios propostos por Hart para limitar a discricionariedade judicial, destacam-se a coerência com o sistema jurídico como um todo, a preservação dos princípios fundamentais do direito e a atenção aos contextos sociais e políticos em que as decisões são tomadas<sup>6</sup>. Além disso, Hart defendia que a discricionariedade não deveria ser delegada ao juiz de forma irrestrita, mas sim estabelecida de forma clara e limitada pelo legislador, de forma a

---

<sup>6</sup> HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, 12

garantir que as decisões judiciais estejam em conformidade com a vontade democrática da sociedade.

Essa abordagem mais restrita da discricionariedade proposta por Hart tem sido amplamente debatida na teoria jurídica contemporânea. Muitos teóricos argumentam que, embora seja importante estabelecer critérios claros para a escolha entre opções possíveis, a margem de escolha do juiz deve ser suficientemente ampla para permitir uma interpretação e aplicação adequadas das normas jurídicas aos casos concretos.

Hart acreditava que a discricionariedade era uma questão de grau, e não uma liberdade irrestrita concedida ao juiz.

Para Hart, a discricionariedade é a margem de escolha que o juiz tem ao aplicar as normas jurídicas ao caso concreto, de forma a preencher as lacunas ou ambiguidades que possam existir nas normas. No entanto, essa margem de escolha não significa que o juiz esteja livre para decidir de forma arbitrária ou sem fundamentação jurídica.

Segundo Hart, a discricionariedade deve estar sempre limitada pelos critérios objetivos e claros estabelecidos pelas normas jurídicas, bem como pelos princípios gerais do direito, como a igualdade, a justiça e a proporcionalidade. Além disso, Hart também defendia que a discricionariedade deve ser exercida de forma consistente e coerente com as decisões anteriores do próprio juiz e dos tribunais superiores, de forma a garantir a segurança jurídica.<sup>7</sup>

Para Hart, a discricionariedade não pode ser eliminada completamente da atividade judicial, uma vez que sempre haverá casos em que as normas jurídicas existentes não fornecem uma solução clara e objetiva para o caso em questão. No entanto, cabe ao juiz exercer essa margem de escolha de forma consciente e fundamentada, levando em consideração não apenas as normas jurídicas, mas também as circunstâncias e os valores em jogo no caso concreto.

Assim como Kelsen, a teoria da discricionariedade de Hart também é controversa e tem sido objeto de críticas por parte de outros teóricos do direito. No entanto, a abordagem de Hart tem sido mais aceita na prática jurídica e na jurisprudência, uma vez que busca conciliar a margem de escolha do juiz com os critérios objetivos e claros estabelecidos pelas normas jurídicas e pelos princípios gerais do direito.

Hart é um teórico do Direito que defende a separação entre Direito e moral, o que o distingue de Dworkin.

Hart argumenta que a discricionariedade judicial é um componente essencial do Direito, pois as regras jurídicas muitas vezes são vagas ou ambíguas, deixando margem para a interpretação e a decisão discricionária do juiz. Nesse sentido, Hart propõe que a discricionariedade judicial pode ser exercida dentro dos limites das regras jurídicas, sem que haja uma necessidade de recorrer a princípios morais.

Para Hart, as regras jurídicas têm um caráter normativo, ou seja, elas prescrevem comportamentos obrigatórios ou proibidos, e não são simplesmente descritivas do mundo. As regras jurídicas são criadas e aplicadas por autoridades competentes, como o Legislativo, o

---

<sup>7</sup> HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p.14

Executivo e o Judiciário, e têm um caráter coercitivo, podendo ser aplicadas com sanções em caso de descumprimento.

Assim, conclui-se que, segundo Hart, a discricionariedade judicial é um componente essencial do Direito, permitindo que os juízes tomem decisões dentro dos limites das regras jurídicas. Para Hart, as regras jurídicas têm um caráter normativo e são aplicáveis de forma coerente e consistente, sem que seja necessário recorrer a princípios morais. A discricionariedade judicial é, portanto, um instrumento para garantir a aplicação justa e coerente do Direito.

### 1.3 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SEGUNDO DWORKIN

Ronald Dworkin, um dos principais críticos do juspositivismo e defensor da teoria do direito como integridade, também se dedicou ao estudo da discricionariedade judicial. Para Dworkin, a discricionariedade é um conceito problemático e perigoso para a atividade jurisdicional, uma vez que pode permitir que os juízes decidam casos de forma arbitrária e sem fundamentação jurídica.

Dworkin acreditava que a discricionariedade não é uma questão de grau, como Hart defendia, mas sim uma questão de existência ou não existência. Para Dworkin, o papel do juiz é aplicar o direito de forma coerente e consistente com os princípios e valores fundamentais do sistema jurídico, e não simplesmente escolher entre diferentes interpretações possíveis das normas jurídicas.

Segundo Dworkin<sup>8</sup>, a discricionariedade é um conceito que pode ser usado para justificar decisões arbitrárias e injustas dos juízes, e deve ser substituído pelo conceito de integridade judicial. A integridade judicial significa que os juízes devem levar em consideração não apenas as normas jurídicas aplicáveis ao caso, mas também os princípios e valores fundamentais do sistema jurídico como um todo, de forma a tomar decisões justas e coerentes com o sistema como um todo.

Para Dworkin, a integridade judicial exige que os juízes interpretem as normas jurídicas de forma a garantir a coesão e a coerência do sistema jurídico como um todo, e não apenas escolham entre diferentes interpretações possíveis das normas jurídicas. Dessa forma, a integridade judicial serve como uma alternativa à discricionariedade, permitindo que os juízes tomem decisões fundamentadas e justas, sem cair na armadilha da arbitrariedade e da falta de fundamentação jurídica.

A abordagem de Dworkin para a discricionariedade judicial tem sido amplamente discutida e debatida na teoria do direito, com alguns teóricos defendendo a integridade judicial como uma abordagem mais consistente e justa para a atividade jurisdicional, enquanto outros

---

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.24

argumentam que a integridade judicial pode ser muito aberta e subjetiva, deixando muito espaço para a discricionariedade dos juízes.

Em sua obra "Levando os Direitos a Sério" e em trabalhos posteriores, Dworkin argumenta que a discricionariedade judicial pode ser vista como uma falha na aplicação do direito e que, portanto, deve ser minimizada ou eliminada.<sup>9</sup>

Dworkin sustenta que a natureza dos direitos e obrigações jurídicos é tal que, em muitos casos, a resposta correta a uma questão jurídica é única e determinada pelas normas e princípios existentes. Para Dworkin, as normas e princípios jurídicos são objetivos e racionais, e os juízes devem interpretá-los e aplicá-los de forma consistente e coerente. Dessa forma, a discricionariedade judicial é vista como uma falha na aplicação dessas normas e princípios, uma vez que o juiz está fazendo uma escolha arbitrária em vez de aplicar o direito corretamente.

No entanto, Dworkin reconhece que em alguns casos a lei é ambígua ou incompleta, o que pode deixar espaço para a discricionariedade judicial. Nesses casos, ele argumenta que a discricionariedade deve ser limitada pela integridade jurídica, um conceito central em sua teoria do direito. A integridade jurídica exige que as decisões judiciais sejam consistentes com os valores e princípios fundamentais do sistema jurídico como um todo, em vez de serem baseadas em uma escolha arbitrária ou em preferências pessoais do juiz.

Dworkin também propõe um método de interpretação do direito. Este método envolve a consideração de todas as normas e princípios relevantes e a busca pela interpretação que melhor se encaixa com a totalidade do sistema jurídico e seus valores fundamentais. Com base nessa interpretação, a discricionariedade judicial é minimizada ou eliminada.

Em resumo, a abordagem de Dworkin à discricionariedade judicial é distinta da perspectiva de Kelsen e Hart, na medida em que ele argumenta que a discricionariedade deve ser minimizada ou eliminada em favor de uma aplicação mais consistente e coerente das normas e princípios jurídicos. Dworkin enfatiza a importância da integridade jurídica e propõe um método de interpretação que busca minimizar a discricionariedade.

Dworkin defende que, em casos difíceis, a decisão judicial deve ser baseada em princípios e não em políticas. Esses princípios são baseados em valores morais e são aplicáveis de forma universal, devendo ser aplicados de forma coerente e consistente em todos os casos. Dessa forma, a discricionariedade judicial é limitada, pois a decisão deve ser justificada com base nos princípios morais aplicáveis ao caso concreto.

Dworkin apresenta a teoria da integridade, que se opõe à teoria do positivismo jurídico, segundo a qual o Direito é um conjunto de regras positivadas pelo Estado. Dworkin argumenta que o Direito é uma questão de princípios morais, que devem ser aplicados de forma consistente e coerente, e que as decisões judiciais devem ser fundamentadas nesses princípios.

Assim, conclui-se que, segundo Dworkin, a discricionariedade judicial deve ser limitada pela aplicação de princípios morais universais, que devem ser aplicados de forma coerente e consistente em todos os casos. Dessa forma, a decisão judicial não é arbitrária, mas fundamentada em princípios justos e moralmente obrigatórios.

---

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.66

#### 1.4 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SEGUNDO ROBERT ALEXY

Robert Alexy é um renomado filósofo e jurista alemão que se dedica ao estudo da teoria do direito e da argumentação jurídica. Uma de suas principais contribuições para o campo do direito é a teoria da discricionariedade judicial, que busca estabelecer limites para o poder decisório dos juízes.

Segundo Alexy, a discricionariedade judicial pode ser dividida em três tipos: a discricionariedade técnica, a discricionariedade política e a discricionariedade jurídica.<sup>10</sup>

A discricionariedade técnica é aquela em que o juiz precisa tomar decisões baseadas em conhecimentos técnicos, como em casos que envolvem medicina ou engenharia. Nesses casos, o juiz deve basear sua decisão em conhecimentos especializados e em evidências científicas.

Já a discricionariedade política é aquela em que o juiz precisa tomar decisões que envolvem questões políticas, sociais e econômicas, como em casos que envolvem direitos humanos ou políticas públicas. Nesses casos, o juiz deve basear sua decisão em valores e princípios constitucionais, buscando sempre promover a justiça e a igualdade.

Por fim, a discricionariedade jurídica é aquela em que o juiz precisa interpretar e aplicar a lei ao caso concreto. Nesses casos, o juiz deve levar em consideração os princípios constitucionais e as normas jurídicas aplicáveis, buscando sempre uma decisão que esteja em conformidade com a lei e com os valores constitucionais.

No entanto, Alexy argumenta que a discricionariedade judicial não pode ser ilimitada. Para ele, os juízes devem ser limitados por princípios constitucionais que orientam a interpretação e aplicação da lei. Esses princípios incluem, por exemplo, o princípio da legalidade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da igualdade, o princípio da liberdade e o princípio da dignidade humana.<sup>11</sup>

Além disso, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, ou seja, devem explicar os motivos pelos quais determinada escolha foi feita. Isso garante que o processo decisório seja transparente e que a sociedade possa compreender como e por que o juiz chegou a determinada decisão.

Dessa forma, a discricionariedade judicial não é uma licença para que os juízes decidam de forma arbitrária ou subjetiva, mas sim uma margem de liberdade que deve ser exercida com responsabilidade e em conformidade com os princípios constitucionais e as normas jurídicas aplicáveis.

Alexy também destaca a importância do diálogo institucional no controle da discricionariedade judicial. Isso significa que as decisões judiciais devem ser avaliadas por

---

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. 1. ed. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 44

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54

outros órgãos do sistema de justiça, como tribunais superiores e órgãos de controle externo, a fim de garantir a coerência e a consistência das decisões judiciais.<sup>12</sup>

Por fim, é importante destacar que a discricionariedade judicial não é uma licença para que os juízes decidam de forma arbitrária ou subjetiva, mas sim uma margem de liberdade que deve ser exercida com responsabilidade e em conformidade com os princípios constitucionais e as normas jurídicas aplicáveis.

A partir da análise do pensamento de Robert Alexy acerca da discricionariedade judicial, é possível concluir que o autor defende uma abordagem mais restritiva do conceito, buscando limitar ao máximo a margem de escolha do juiz em casos difíceis. Segundo Alexy, a discricionariedade deve ser entendida como uma margem de escolha limitada pela necessidade de justificação racional, ou seja, a decisão do juiz deve ser fundamentada em razões que possam ser aceitas por qualquer pessoa razoável.

Dessa forma, Alexy argumenta que a discricionariedade não pode ser usada como um escudo para decisões arbitrárias ou sem justificativa racional, e que o juiz deve sempre buscar a solução que melhor se adequa aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Para isso, é necessário que o juiz leve em consideração tanto as regras quanto os princípios jurídicos, buscando harmonizá-los da forma mais coerente e racional possível.

Ademais, Alexy destaca a importância do diálogo institucional entre o Poder Judiciário e os demais poderes do Estado, bem como com a sociedade em geral, como forma de aprimorar a argumentação jurídica e reduzir ao máximo a discricionariedade judicial. O autor propõe a ideia de que a interpretação e aplicação do direito devem ser resultado de um processo dialógico, no qual as diferentes perspectivas e interesses são levados em conta de forma equilibrada.

Portanto, a abordagem de Alexy acerca da discricionariedade judicial busca conciliar a necessidade de autonomia do juiz com a importância da fundamentação racional das decisões. Isso implica em um esforço constante para aprimorar a argumentação jurídica e reduzir ao máximo o risco de decisões arbitrárias e injustas, garantindo assim a efetividade dos direitos fundamentais e a justiça no Estado de Direito.

## 1.5 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL SEGUNDO NEIL MACCORMICK

Neil MacCormick é um filósofo do direito que também aborda a discricionariedade judicial em suas obras. De acordo com MacCormick, a discricionariedade judicial está presente em toda decisão judicial, pois os juízes estão sempre lidando com casos que apresentam certa margem de incerteza e complexidade.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.21

<sup>13</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.21

Para MacCormick, a discricionariedade judicial é necessária em uma sociedade democrática e pluralista, pois permite que o juiz leve em conta as particularidades do caso concreto e os valores e interesses em conflito. No entanto, a discricionariedade judicial não pode ser exercida de forma arbitrária ou subjetiva, mas sim dentro de um quadro de princípios e normas jurídicas que orientam a atividade judicial.

MacCormick distingue entre dois tipos de discricionariedade judicial: a discricionariedade de mérito e a discricionariedade de fato. A discricionariedade de mérito ocorre quando o juiz precisa fazer uma escolha entre duas ou mais opções igualmente razoáveis e fundamentadas, como em casos que envolvem interpretação de normas jurídicas ou aplicação de princípios constitucionais. Nesses casos, o juiz deve levar em conta os argumentos apresentados pelas partes e pelos precedentes jurisprudenciais, bem como os valores e princípios constitucionais relevantes.

Já a discricionariedade de fato ocorre quando o juiz precisa tomar decisões baseadas em fatos e evidências incertas ou controversas, como em casos que envolvem provas, testemunhos ou laudos periciais. Nesses casos, o juiz deve levar em conta as provas apresentadas pelas partes, bem como a lógica e a coerência das narrativas apresentadas.

Para MacCormick, os limites da discricionariedade judicial estão relacionados com a necessidade de garantir a coerência e a integridade do sistema jurídico como um todo. Assim, a atividade judicial deve ser exercida de forma consistente com os valores e princípios constitucionais, bem como com as normas jurídicas aplicáveis. Além disso, as decisões judiciais devem ser fundamentadas e transparentes, de modo a permitir que a sociedade possa compreender e avaliar a atuação do Poder Judiciário.

MacCormick também destaca a importância do diálogo institucional na regulação da discricionariedade judicial. Isso significa que as decisões judiciais devem ser avaliadas por outros órgãos do sistema de justiça, como tribunais superiores e órgãos de controle externo, a fim de garantir a coerência e a consistência das decisões judiciais.

A teoria da discricionariedade judicial de MacCormick enfatiza a importância da responsabilidade e da integridade no exercício da atividade judicial.

Para MacCormick, a discricionariedade judicial é uma das principais características do direito e representa a margem de liberdade que o juiz possui para decidir em casos difíceis e complexos, nos quais não há uma resposta única e definitiva. Segundo o autor, a discricionariedade judicial não pode ser eliminada do direito, pois sempre haverá casos em que as normas jurídicas não fornecem uma resposta clara e objetiva.

No entanto, para MacCormick, é possível e desejável limitar a discricionariedade judicial, a fim de garantir que as decisões dos juízes estejam em conformidade com os valores e princípios constitucionais e com as normas jurídicas aplicáveis. Para isso, o autor propõe a adoção de um modelo de interpretação jurídica baseado em três elementos principais: as normas, os princípios e os valores.

As normas, segundo MacCormick, são as regras jurídicas que estabelecem direitos, deveres e proibições para as pessoas e instituições. As normas são prescritivas e objetivas, isto é, fornecem respostas claras e precisas para determinados casos. Os princípios, por sua vez, são normas mais abstratas e gerais, que orientam a aplicação das normas em casos difíceis e

complexos. Os princípios são mais flexíveis do que as normas e permitem que o juiz leve em conta as particularidades do caso concreto e os valores em conflito.

Os valores, por fim, são os bens e interesses protegidos pelo sistema jurídico, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a segurança jurídica, entre outros. Os valores são fundamentais para a interpretação jurídica, pois fornecem a base ética e moral para as normas e os princípios.

De acordo com MacCormick, a discricionariedade judicial deve ser limitada pela adoção de um método de interpretação jurídica que leve em conta os três elementos mencionados. Esse método, conhecido como método de ponderação de interesses, consiste em avaliar os interesses em conflito no caso concreto e estabelecer uma hierarquia entre eles, levando em conta os valores e princípios constitucionais.<sup>14</sup>

Assim, quando o juiz se depara com um caso que apresenta certa margem de incerteza e complexidade, ele deve avaliar os interesses em conflito e estabelecer uma hierarquia entre eles, levando em conta os valores e princípios constitucionais relevantes. Em seguida, o juiz deve aplicar as normas jurídicas de forma coerente com essa hierarquia de interesses, buscando a solução que melhor respeite os valores e princípios constitucionais em jogo.

MacCormick destaca que a discricionariedade judicial deve ser exercida com responsabilidade e integridade, a fim de garantir a confiança da sociedade no sistema jurídico.

Concluimos que a discricionariedade judicial pode ser definida como a margem de liberdade que os juízes possuem para decidir um caso em particular. Segundo MacCormick, essa margem de liberdade é necessária porque as leis e os princípios jurídicos nem sempre são claros ou suficientes para determinar a solução correta em todos os casos. Assim, os juízes precisam tomar decisões com base em sua própria interpretação dos valores e princípios que regem o direito.

No entanto, ressaltamos que a discricionariedade judicial não é ilimitada. Os juízes devem seguir certos princípios éticos e jurídicos em suas decisões, tais como o respeito aos direitos fundamentais, a igualdade perante a lei e a imparcialidade. Além disso, as decisões judiciais devem ser fundamentadas em argumentos claros e consistentes, de forma a permitir a revisão e o controle pelos tribunais superiores.

Analisamos as críticas que MacCormick faz à noção de discricionariedade judicial absoluta, defendendo que os juízes não podem agir de forma arbitrária ou sem justificativas sólidas. Ao mesmo tempo, destacamos a importância da discricionariedade judicial para a preservação da democracia e do estado de direito, uma vez que permite aos juízes adaptar o direito às necessidades e demandas sociais em constante evolução.

Por fim, enfatizamos a necessidade de um debate mais amplo e profundo sobre o papel da discricionariedade judicial no sistema jurídico, buscando um equilíbrio adequado entre a autonomia dos juízes e a necessidade de respeitar os valores e princípios fundamentais do direito.

---

<sup>14</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.101

## 2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A argumentação jurídica é uma das atividades mais importantes do direito, pois é por meio dela que se busca convencer o juiz ou outras autoridades jurídicas de uma determinada tese ou posição jurídica. Trata-se de uma atividade complexa que envolve a interpretação das normas jurídicas, a análise de precedentes e a utilização de técnicas retóricas e argumentativas.

A argumentação jurídica pode ser entendida como o conjunto de razões e argumentos utilizados para justificar uma determinada decisão ou posição jurídica. Esses argumentos podem ser baseados em princípios jurídicos, normas constitucionais, jurisprudência, doutrina, fatos, valores, entre outros elementos relevantes.

Um dos principais desafios da argumentação jurídica é conciliar a aplicação das normas jurídicas com a resolução de casos concretos que apresentam particularidades e complexidades. Nesse sentido, a argumentação jurídica deve levar em conta não apenas as normas jurídicas aplicáveis, mas também os valores e princípios constitucionais, as particularidades do caso em questão e as consequências sociais da decisão.

A argumentação jurídica pode ser classificada em dois tipos principais: a argumentação de autoridade e a argumentação de fundamento. A argumentação de autoridade consiste em utilizar a jurisprudência, a doutrina ou outros precedentes como fundamento para a posição defendida. Já a argumentação de fundamento consiste em justificar a posição defendida com base em princípios jurídicos, valores constitucionais ou outras razões de ordem moral ou política.

A argumentação jurídica envolve a utilização de diversas técnicas e ferramentas retóricas e argumentativas, que são utilizadas para construir e sustentar um argumento consistente e convincente. Essas técnicas incluem, por exemplo, a analogia, a indução, a dedução, a argumentação por consequências, a argumentação por princípios, entre outras. Cada técnica deve ser utilizada de acordo com a finalidade e as características do caso em questão.

Um dos principais objetivos da argumentação jurídica é convencer o juiz ou outras autoridades jurídicas de uma determinada posição jurídica. Para isso, é importante que os argumentos sejam coerentes, consistentes e fundamentados em fontes confiáveis e relevantes para o caso em questão. Além disso, é importante que a argumentação jurídica leve em conta a necessidade de respeitar os valores e princípios constitucionais, bem como as consequências sociais da decisão.

Em resumo, a argumentação jurídica é uma atividade fundamental para a aplicação e interpretação das normas jurídicas, que requer uma análise cuidadosa e crítica das fontes do direito e a utilização de técnicas retóricas e argumentativas adequadas. A argumentação jurídica deve ser orientada pela necessidade de respeitar os valores e princípios constitucionais, bem como pela busca de soluções justas e coerentes para os casos concretos.

Uma das características da argumentação jurídica é que ela é baseada em fontes formais do direito, como a legislação, a jurisprudência, a doutrina e a constituição. No entanto, essas fontes não são suficientes para resolver todos os casos, e muitas vezes é necessário recorrer a outros elementos, como valores morais e princípios políticos, para justificar uma determinada posição jurídica.

Uma das principais questões que envolvem a argumentação jurídica é a interpretação das normas jurídicas. As normas jurídicas são frequentemente ambíguas ou vagas, o que significa que diferentes interpretações podem ser feitas a partir delas. Nesse sentido, a argumentação jurídica tem um papel fundamental na definição do sentido e alcance das normas, pois é por meio dela que se busca determinar qual é a interpretação mais correta e justa.

Outra questão importante relacionada à argumentação jurídica é a sua relação com a democracia. Uma das principais funções da argumentação jurídica é garantir a legitimidade das decisões jurídicas, o que significa que é preciso levar em conta os valores e interesses das diversas partes envolvidas no processo. Nesse sentido, a argumentação jurídica deve ser entendida como um processo democrático, que envolve a participação dos diferentes atores jurídicos na construção da decisão final.

Por fim, é importante ressaltar que a argumentação jurídica não é um processo isento de problemas e desafios. Um dos principais desafios é o fato de que as decisões jurídicas muitas vezes refletem as visões e preconceitos dos juízes e outras autoridades jurídicas, o que pode levar a decisões injustas e arbitrárias. Além disso, a argumentação jurídica pode ser manipulada e distorcida para favorecer interesses particulares em detrimento do bem comum.

Em resumo, a argumentação jurídica é um processo fundamental para a aplicação e interpretação das normas jurídicas, que envolve a utilização de diversas técnicas retóricas e argumentativas. A argumentação jurídica tem um papel crucial na definição do sentido e alcance das normas, na garantia da legitimidade das decisões jurídicas e na promoção da democracia e da justiça. No entanto, é importante reconhecer os problemas e desafios associados a esse processo, e buscar formas de superá-los para garantir que as decisões jurídicas sejam justas e coerentes com os valores e princípios.

Concluimos que a argumentação jurídica é uma atividade fundamental para o funcionamento do sistema jurídico, uma vez que permite aos profissionais do direito defender seus argumentos e posições em um contexto de disputa ou conflito. Além disso, a argumentação jurídica é essencial para a aplicação correta e justa do direito, tendo em vista que permite aos juízes e tribunais fundamentarem suas decisões em bases sólidas e consistentes.

Além disso, destacamos a importância da ética e da responsabilidade no uso da argumentação jurídica. Os profissionais do direito devem se pautar por princípios éticos e morais em suas atividades, evitando o uso de técnicas desonestas ou manipuladoras em suas argumentações.

Por fim, ressaltamos que a argumentação jurídica é uma atividade em constante evolução e aprimoramento, sendo fundamental que os profissionais do direito estejam sempre atualizados e atentos às novas técnicas e abordagens que surgem no campo da argumentação jurídica. Somente assim poderão oferecer uma defesa justa e fundamentada aos seus clientes e contribuir para o desenvolvimento do direito como ciência e prática social.

## 2.1 TÉCNICAS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

As técnicas de argumentação jurídica são fundamentais para que os operadores do direito possam construir argumentos convincentes e persuasivos em suas manifestações processuais. Dentre as principais técnicas de argumentação jurídica, destacam-se:

1. Analogia: a técnica da analogia consiste em utilizar uma situação já julgada como modelo para a solução de uma nova controvérsia jurídica, desde que haja similitude entre as situações comparadas.
2. Princípios jurídicos: a técnica dos princípios jurídicos consiste em utilizar princípios que possuem força normativa para fundamentar uma tese jurídica.
3. Precedentes: a técnica dos precedentes consiste em utilizar decisões judiciais anteriores, proferidas por tribunais superiores, como fundamentação para a solução de casos similares.
4. Exemplo: a técnica do exemplo consiste em utilizar um caso concreto, conhecido pelo público, para ilustrar a tese jurídica defendida.
5. Persuasão emocional: a técnica da persuasão emocional consiste em utilizar argumentos emocionais para persuadir o julgador a adotar determinada solução jurídica.
6. Argumentação por autoridade: a técnica da argumentação por autoridade consiste em citar autores ou jurisprudência que apoiem a tese defendida.
7. Redução ao absurdo: a técnica da redução ao absurdo consiste em demonstrar a inviabilidade de uma tese contrária à defendida, por meio da demonstração de que ela levaria a uma consequência absurda.
8. Contraposição de interesses: a técnica da contraposição de interesses consiste em demonstrar que a solução defendida é a que melhor atende aos interesses de todas as partes envolvidas no processo.
9. Método socrático: a técnica do método socrático consiste em fazer perguntas ao julgador para levá-lo a chegar a determinada conclusão.

É importante ressaltar que o uso dessas técnicas deve ser pautado pela ética profissional e pela necessidade de construir uma argumentação consistente e coerente com os fatos e o direito aplicável ao caso concreto. Além disso, a escolha das técnicas deve ser feita com base nas características do caso e na estratégia adotada pela parte, levando em consideração o julgador e o contexto em que o processo se insere.

Analisamos diversas técnicas de argumentação jurídica, que podem ser utilizadas pelos profissionais do direito para construir argumentos eficazes e persuasivos em seus casos.

Concluimos que, apesar de existirem diferentes abordagens e técnicas de argumentação, algumas delas são amplamente utilizadas e reconhecidas pela comunidade jurídica, como a argumentação por precedentes, a argumentação por analogia, a argumentação por princípios e a argumentação retórica.

A argumentação por precedentes baseia-se na utilização de decisões judiciais anteriores como base para argumentos em casos semelhantes, buscando demonstrar que a solução adotada em casos anteriores deve ser aplicada ao caso em questão.

A argumentação por analogia, por sua vez, consiste em estabelecer semelhanças entre casos distintos, a fim de inferir que as mesmas regras e princípios devem ser aplicados em ambos.

A argumentação por princípios, por sua vez, busca fundamentar a decisão jurídica em valores e princípios fundamentais do direito, buscando justificar a solução adotada com base em sua consonância com esses princípios.

Por fim, a argumentação retórica é uma técnica que utiliza recursos discursivos e persuasivos para convencer o interlocutor da validade da tese defendida, utilizando técnicas de retórica, como metáforas, ironias, e outras figuras de linguagem.

Cada uma dessas técnicas possui suas vantagens e limitações, e sua escolha dependerá do contexto específico do caso em questão, bem como das características do interlocutor e do público envolvido.

Por fim, ressaltamos que a técnica de argumentação escolhida deve ser utilizada de forma ética e responsável, tendo em vista a importância da atividade jurídica para a preservação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

## 2.2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO KELSEN

Segundo Kelsen, a argumentação jurídica é um processo de aplicação do direito, que consiste na construção de uma série de argumentos lógicos e sistemáticos, a partir das normas jurídicas existentes. Esses argumentos devem seguir uma ordem lógica e sistemática, que permite a construção de um sistema coerente de normas jurídicas.<sup>15</sup>

Para Kelsen, a argumentação jurídica deve ser baseada em princípios objetivos e imparciais, que permitam a construção de um sistema de normas jurídicas capaz de garantir a justiça e a ordem social. Esses princípios devem ser derivados da norma fundamental, que é o princípio de validade do sistema jurídico. A norma fundamental é uma norma hipotética que estabelece a base de validade do sistema jurídico como um todo, e é a partir dela que se derivam todas as outras normas jurídicas.

A partir da norma fundamental, Kelsen desenvolveu a sua teoria da pureza do direito, que defende a separação entre o direito e a moral, a política e outros valores sociais. Essa teoria sustenta que as normas jurídicas devem ser interpretadas de forma estritamente formal e lógica, sem considerar elementos externos ao próprio sistema jurídico. Nesse sentido, a argumentação

---

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.44

jurídica deve se basear exclusivamente nas normas jurídicas existentes, sem levar em conta questões de justiça, moralidade ou política.<sup>16</sup>

Apesar disso, Kelsen reconhece que a argumentação jurídica é um processo inevitavelmente subjetivo, que envolve a interpretação das normas jurídicas por parte dos juízes e outras autoridades jurídicas. Nesse sentido, ele destaca a importância da argumentação jurídica como um processo dialógico, que envolve a troca de argumentos entre as partes envolvidas no processo judicial.

No entanto, Kelsen argumenta que o objetivo final da argumentação jurídica não deve ser a busca da justiça ou da moralidade, mas sim a aplicação correta e coerente do sistema jurídico existente. Nesse sentido, a argumentação jurídica deve seguir uma lógica estrita, que permite a construção de um sistema coerente de normas jurídicas, capaz de garantir a estabilidade e a eficácia do sistema jurídico como um todo.

Em resumo, para Kelsen, a argumentação jurídica é um processo fundamental para a aplicação e interpretação das normas jurídicas, que deve ser baseado em princípios objetivos e imparciais, derivados da norma fundamental. Embora reconheça a subjetividade inerente à interpretação das normas jurídicas, Kelsen defende que a argumentação jurídica deve seguir uma lógica estrita, que permite a construção de um sistema coerente de normas jurídicas.

Analisamos a teoria da argumentação jurídica de Kelsen, que propõe uma abordagem normativa e formalista da atividade interpretativa do direito, focando principalmente na estrutura hierárquica das normas jurídicas e na importância da coerência e consistência do sistema normativo.

Concluimos que, para Kelsen, a argumentação jurídica tem como objetivo a justificação lógica e coerente das decisões judiciais, tendo em vista a estrutura hierárquica das normas jurídicas. Nesse sentido, a interpretação do direito deve seguir uma metodologia rigorosa e formal, que parte da norma superior para a norma inferior, buscando sempre manter a coesão e a consistência do sistema normativo.

Ademais, a teoria de Kelsen destaca a importância da distinção entre o plano da norma e o plano da realidade, reconhecendo que o papel do juiz é interpretar as normas jurídicas em si mesmas, independentemente das consequências práticas de sua aplicação. Dessa forma, a argumentação jurídica é vista como um processo técnico e formal, que busca determinar o significado preciso das normas jurídicas a partir de critérios objetivos e racionais.

Por fim, ressaltamos que a teoria de Kelsen tem sido objeto de críticas e debates no campo da filosofia do direito, sobretudo no que se refere à sua concepção restrita de democracia e à sua falta de preocupação com as questões práticas e sociais envolvidas na aplicação do direito. No entanto, sua contribuição para o estudo da argumentação jurídica é inegável, oferecendo ferramentas importantes para a compreensão da estrutura normativa do direito e para a construção de argumentos jurídicos coerentes e consistentes.

---

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. **O que é Justiça – A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.27

### 2.3 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO HART

Para Hart, a argumentação jurídica é um processo fundamental para a aplicação e interpretação do direito, e envolve a utilização de regras e princípios jurídicos para chegar a uma conclusão correta em relação a um determinado caso concreto.

Segundo Hart, a argumentação jurídica é um processo dialógico, que envolve a troca de argumentos entre as partes envolvidas no processo judicial, incluindo os juízes, advogados e demais autoridades jurídicas. Através da argumentação, as partes buscam apresentar suas razões e justificativas para a aplicação ou não de uma determinada norma jurídica a um caso concreto.<sup>17</sup>

Uma das principais contribuições de Hart para a teoria da argumentação jurídica é a distinção entre regras e princípios jurídicos. Segundo Hart, as regras jurídicas são normas que possuem um caráter prescritivo mais estrito e são aplicáveis de forma mais direta e imediata aos casos concretos. Por outro lado, os princípios jurídicos são normas que possuem um caráter mais geral e abstrato, e que devem ser aplicados de forma mais flexível e adaptável às diferentes situações.

Hart defende que a argumentação jurídica deve levar em conta tanto as regras como os princípios jurídicos, e que ambas as formas de normas devem ser interpretadas de acordo com sua função e finalidade. Para Hart, as regras jurídicas devem ser interpretadas de forma a permitir a sua aplicação direta e imediata aos casos concretos, enquanto os princípios jurídicos devem ser interpretados de forma a permitir sua aplicação flexível e adaptável às diferentes situações.

Além disso, Hart também destaca a importância do papel dos precedentes na argumentação jurídica. Para ele, os precedentes são casos anteriores que estabelecem uma orientação para a aplicação das normas jurídicas a casos semelhantes. Assim, os precedentes devem ser levados em consideração na argumentação jurídica como uma forma de estabilizar e prever a aplicação das normas jurídicas.

Hart também enfatiza a importância da interpretação das normas jurídicas no processo de argumentação jurídica. Segundo ele, a interpretação das normas jurídicas envolve a identificação do sentido e do propósito das normas jurídicas, bem como a sua relação com outras normas e com o sistema jurídico como um todo.

Para Hart, a argumentação jurídica é um processo que envolve a utilização de regras e princípios jurídicos para chegar a uma conclusão correta em relação a um caso concreto, e que deve levar em conta tanto as regras como os princípios jurídicos, bem como os precedentes e a interpretação das normas jurídicas.

Analisamos a teoria da argumentação jurídica de Hart, que propõe uma abordagem analítica e descritiva da atividade interpretativa do direito, focando principalmente na distinção entre regras e padrões e na importância do contexto social e histórico na determinação do sentido das normas jurídicas.

---

<sup>17</sup> HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p.55

Concluimos que, para Hart, a argumentação jurídica não é uma mera justificação retórica de decisões pré-determinadas, mas sim um processo complexo e dinâmico de busca pelo melhor entendimento do direito em questão. Nesse sentido, a distinção entre regras e padrões é fundamental para compreender como a interpretação do direito se dá de forma diferente a depender do tipo de norma em análise.

Ademais, a teoria de Hart destaca a importância do contexto social e histórico na interpretação do direito, reconhecendo que a aplicação das normas jurídicas deve levar em conta as peculiaridades do caso concreto e as circunstâncias em que a norma foi produzida. Dessa forma, a argumentação jurídica é vista como um processo dialógico entre os intérpretes do direito, que buscam chegar a um entendimento comum sobre o que a norma realmente significa.

Por fim, ressaltamos que a teoria de Hart tem sido objeto de críticas e debates no campo da filosofia do direito, sobretudo no que se refere à sua concepção restrita de direitos fundamentais e à sua defesa de uma separação estrita entre direito e moral. No entanto, sua contribuição para o estudo da argumentação jurídica é inegável, oferecendo ferramentas importantes para a compreensão da atividade interpretativa do direito e para o aprimoramento da prática jurídica em geral.

## 2.4 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO DWORKIN

Para Dworkin, a argumentação jurídica é um processo essencial para a aplicação do direito, e envolve a utilização de princípios jurídicos para chegar a uma conclusão correta em relação a um caso concreto. Ele defende que os princípios jurídicos têm um papel fundamental na interpretação e aplicação do direito, e que a argumentação jurídica deve levar em conta não apenas as regras jurídicas, mas também os princípios.

Dworkin defende que a interpretação dos princípios jurídicos é uma atividade fundamental da argumentação jurídica, e que a aplicação desses princípios deve ser feita de forma coerente e consistente com a estrutura moral do direito como um todo. Segundo ele, os princípios jurídicos são parte de uma teoria mais ampla do direito, que deve ser capaz de dar conta de questões como a justiça, a igualdade, a liberdade e outros valores fundamentais.<sup>18</sup>

Além disso, Dworkin enfatiza a importância do papel dos precedentes na argumentação jurídica. Segundo ele, os precedentes são casos anteriores que estabelecem um guia para a aplicação das normas jurídicas a casos semelhantes. No entanto, Dworkin defende que os precedentes devem ser interpretados de forma a levar em conta os princípios jurídicos relevantes, e não apenas as regras jurídicas aplicáveis ao caso.

Dworkin também destaca a importância da integridade do direito na argumentação jurídica. Para ele, a integridade do direito é uma característica fundamental de um sistema jurídico justo, que implica uma coerência e consistência interna na interpretação e aplicação

---

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.107

das normas jurídicas. Assim, a argumentação jurídica deve buscar preservar a integridade do direito, levando em conta não apenas as regras e os precedentes, mas também os princípios jurídicos e a estrutura moral do direito como um todo.

Para Dworkin, a argumentação jurídica é um processo que envolve a utilização de princípios jurídicos para chegar a uma conclusão correta em relação a um caso concreto, levando em conta a estrutura moral do direito como um todo, os precedentes relevantes e a integridade do direito.

Em conclusão, a teoria da argumentação jurídica de Ronald Dworkin é uma das mais influentes e debatidas dentro da filosofia do direito. Dworkin argumenta que o direito deve ser compreendido como um sistema coerente e integrado de princípios, que é interpretado e aplicado por meio de um processo de argumentação jurídica.

Segundo Dworkin, a argumentação jurídica deve ser baseada em princípios jurídicos que possuem uma dimensão moral e que refletem os valores fundamentais da sociedade. Esses princípios não são meramente regras ou normas, mas são ideias abstratas que orientam a tomada de decisão jurídica. Além disso, Dworkin argumenta que a argumentação jurídica deve ser entendida como um diálogo entre as partes envolvidas no processo, em que cada uma delas apresenta seus argumentos e defesas de forma clara e consistente.

Dworkin também enfatiza a importância da interpretação no processo de argumentação jurídica. Para ele, a interpretação é fundamental para a compreensão dos princípios jurídicos e para a aplicação do direito no caso concreto. A interpretação é um processo de construção de significado, em que os juízes devem buscar entender o sentido e a finalidade dos princípios jurídicos envolvidos no caso em questão.<sup>19</sup>

Uma das principais contribuições de Dworkin é sua teoria da integridade jurídica. Segundo Dworkin, a integridade jurídica é a ideia de que o direito deve ser visto como um todo coerente e integrado, em que cada decisão jurídica deve ser entendida em relação ao sistema jurídico como um todo. A integridade jurídica implica em um compromisso com a coerência e a consistência do sistema jurídico, e em uma preocupação com a justiça e a equidade nas decisões jurídicas.

No entanto, a teoria da argumentação jurídica de Dworkin também tem sido criticada por alguns estudiosos. Alguns críticos argumentam que a abordagem de Dworkin pode levar a uma falta de clareza e previsibilidade no direito, uma vez que a interpretação e a aplicação dos princípios jurídicos podem ser subjetivas e influenciadas por fatores externos, como a persuasão e o poder político. Além disso, alguns críticos argumentam que a teoria da integridade jurídica pode ser excessivamente idealista e desconsiderar as limitações e as contradições do sistema jurídico.

Apesar dessas críticas, a teoria da argumentação jurídica de Dworkin continua a ser uma importante contribuição para o debate jurídico. A abordagem de Dworkin enfatiza a importância da dimensão moral do direito e da argumentação jurídica como um processo dialético e construtivo. A teoria da integridade jurídica também pode ajudar a garantir a

---

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.77

coerência e a consistência do sistema jurídico, e a promover a justiça e a equidade nas decisões jurídicas.

## 2.5 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO ALEXY

Robert Alexy é um filósofo do direito alemão e uma das principais referências da teoria da argumentação jurídica. Para ele, a argumentação jurídica é um processo complexo que envolve a utilização de princípios jurídicos para resolver casos concretos, e que requer uma metodologia específica para garantir a justiça e a coerência nas decisões judiciais.

Segundo Alexy, a argumentação jurídica envolve três etapas principais: a formulação do problema, a busca e a justificação da solução adequada e a aplicação da solução ao caso concreto. A primeira etapa envolve a identificação do problema jurídico a ser resolvido, que pode ser feita por meio da análise das normas jurídicas, dos fatos do caso e das expectativas das partes envolvidas.<sup>20</sup>

Na segunda etapa, a busca e a justificação da solução adequada, Alexy destaca a importância dos princípios jurídicos e dos argumentos jurídicos. Segundo ele, os princípios são normas mais gerais e abstratas que orientam a aplicação das normas jurídicas em diferentes casos, e que devem ser levados em conta na busca da solução adequada. Os argumentos jurídicos, por sua vez, são razões que justificam a aplicação dos princípios e das normas jurídicas a um caso concreto.

Para Alexy, a argumentação jurídica deve seguir uma metodologia específica para garantir a justiça e a coerência nas decisões judiciais. Ele propõe um modelo de argumentação jurídica que envolve três critérios fundamentais: o critério da correção, o critério da consistência e o critério da completude.

O critério da correção exige que a solução encontrada seja correta do ponto de vista do direito, ou seja, que esteja de acordo com as normas jurídicas aplicáveis e com os princípios jurídicos relevantes. O critério da consistência exige que a solução encontrada seja coerente com as decisões anteriores, evitando contradições ou inconsistências no sistema jurídico. E o critério da completude exige que a argumentação jurídica leve em conta todas as possíveis soluções para o caso, evitando lacunas ou omissões no direito aplicável.

Além disso, Alexy destaca a importância do diálogo interdisciplinar na argumentação jurídica, que envolve a utilização de conhecimentos e teorias de diferentes áreas do conhecimento, como a filosofia, a sociologia, a história e a política. Ele defende que a argumentação jurídica deve ser capaz de lidar com a complexidade dos casos concretos e com a diversidade de perspectivas e interesses envolvidos.

---

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.33

Para Alexy, a argumentação jurídica é um processo essencial para a aplicação do direito, que deve ser baseado em princípios jurídicos e seguir uma metodologia rigorosa para garantir a justiça e a coerência nas decisões judiciais.

A análise da teoria de Robert Alexy sobre a argumentação jurídica permite afirmar que sua abordagem oferece uma importante contribuição para o debate sobre a natureza e a função do direito na sociedade contemporânea.

A teoria de Alexy enfatiza a importância da razão prática na tomada de decisão jurídica. Para Alexy, a argumentação jurídica é fundamental para a construção de um sistema jurídico racional e consistente, baseado em princípios e valores fundamentais do direito. A argumentação é vista como um processo racional que permite que as partes envolvidas apresentem seus argumentos e defesas, e que os juízes avaliem esses argumentos à luz dos princípios e valores do direito.

Uma das principais contribuições de Alexy é sua teoria dos princípios jurídicos. Segundo Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro dos limites do possível. Os princípios são normas de otimização, que exigem que algo seja realizado na medida do possível, levando em consideração as limitações fáticas e jurídicas do caso concreto. Os princípios são, portanto, normas que exigem ponderação e balanço de interesses, e que são aplicados de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso.

Outra contribuição importante de Alexy é sua teoria da argumentação jurídica como discurso racional. Segundo Alexy, a argumentação jurídica deve ser baseada em argumentos racionais e consistentes, que levem em consideração as premissas e os princípios fundamentais do direito. A argumentação jurídica deve ser um processo dialético, que permita que as partes envolvidas apresentem seus argumentos e defesas, e que os juízes avaliem esses argumentos de forma imparcial e fundamentada.<sup>21</sup>

No entanto, críticos argumentam que a abordagem de Alexy pode levar a uma falta de clareza e previsibilidade no direito, e que a teoria dos princípios pode ser excessivamente subjetiva e influenciada por fatores externos, como a persuasão e o poder político. Além disso, alguns críticos argumentam que a teoria da argumentação jurídica como discurso racional pode ser excessivamente formalista e desconsiderar a importância do contexto social e político em que as decisões judiciais são tomadas.

Apesar dessas críticas, a abordagem de Alexy continua a ser uma contribuição valiosa para o debate jurídico. A teoria de Alexy enfatiza a importância da razão prática na tomada de decisão jurídica, e oferece uma abordagem que pode ajudar os juízes a chegar a decisões justas e equilibradas. Além disso, a teoria dos princípios jurídicos e da argumentação jurídica como discurso racional pode ajudar a garantir a coerência e a consistência do sistema jurídico.

---

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.21

## 2.6 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA SEGUNDO MACCORMICK

Para ele, a argumentação é um processo fundamental na tomada de decisões no âmbito do direito, uma vez que os tribunais devem justificar as suas decisões de forma racional e convincente.

MacCormick entende a argumentação jurídica como um processo dialético que se desenvolve por meio de um diálogo entre os diferentes participantes do processo judicial. Nesse diálogo, os participantes apresentam argumentos a favor ou contra determinada solução jurídica, que são avaliados e contestados pelos outros participantes.

Segundo MacCormick, a argumentação jurídica envolve a utilização de diferentes tipos de argumentos, tais como argumentos jurídicos, políticos, morais e empíricos. Para ele, os argumentos jurídicos são os mais relevantes na tomada de decisões no âmbito do direito, uma vez que as decisões judiciais devem estar baseadas no direito positivo.

Para MacCormick, os argumentos jurídicos são compostos por duas dimensões principais: a dimensão semântica e a dimensão pragmática. A dimensão semântica diz respeito ao significado das normas jurídicas, enquanto a dimensão pragmática diz respeito ao uso dessas normas no contexto de aplicação.

Para avaliar a força de um argumento jurídico, MacCormick propõe uma teoria da relevância, que estabelece critérios para determinar se um argumento é relevante ou não para a tomada de decisão. Segundo essa teoria, um argumento é relevante se for capaz de influenciar a decisão final do tribunal, ou seja, se for capaz de justificar ou refutar uma determinada solução jurídica.<sup>22</sup>

Além disso, MacCormick destaca a importância do contexto na argumentação jurídica, uma vez que as normas jurídicas devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Ele propõe uma teoria da interpretação que busca conciliar a busca da coerência e da estabilidade do direito com a necessidade de adaptação às mudanças sociais e culturais.

Para MacCormick, a argumentação jurídica é um processo fundamental na construção e na aplicação do direito, que deve ser baseado em uma metodologia rigorosa e em critérios claros de avaliação dos argumentos apresentados pelos participantes do processo judicial. Ele defende que a argumentação jurídica é essencial para a preservação da legitimidade do sistema jurídico e para a garantia da justiça nas decisões judiciais.

Ao finalizar a análise da teoria de Neil MacCormick sobre argumentação jurídica, pode-se afirmar que sua abordagem oferece uma importante contribuição para o debate sobre a natureza do direito e a tomada de decisão judicial.

A teoria de MacCormick enfatiza a importância da argumentação jurídica para a tomada de decisão judicial, e argumenta que a argumentação é fundamental para a construção de um sistema jurídico justo e equitativo. A argumentação é vista como um processo dialético que

---

<sup>22</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.113

permite que as partes envolvidas no litígio apresentem seus argumentos e defesas, e que os juízes avaliem esses argumentos à luz dos princípios fundamentais do direito.

Uma das principais contribuições de MacCormick é sua ênfase na importância dos princípios fundamentais do direito na tomada de decisão judicial. Esses princípios incluem não apenas regras e precedentes estabelecidos, mas também valores e princípios mais amplos, como a justiça e a igualdade. Ao considerar esses princípios, os juízes podem chegar a uma decisão justa e equilibrada, que reflita as necessidades e interesses das partes envolvidas no litígio.

No entanto, críticos argumentam que a abordagem de MacCormick pode levar a uma falta de clareza e previsibilidade no direito, e que a argumentação jurídica pode ser excessivamente subjetiva e influenciada por fatores externos, como a persuasão e o poder político. Além disso, alguns críticos argumentam que a ênfase em princípios fundamentais do direito pode levar a decisões inconsistentes e incoerentes.

Apesar dessas críticas, a abordagem de MacCormick continua a ser uma contribuição valiosa para o debate jurídico. A teoria de MacCormick enfatiza a importância da argumentação jurídica na tomada de decisão judicial, e oferece uma abordagem que pode ajudar os juízes a chegar a decisões justas e equilibradas. Além disso, a ênfase em princípios fundamentais do direito pode ajudar a garantir a justiça e a equidade no sistema jurídico.

No entanto, é importante lembrar que a aplicação da abordagem de MacCormick deve ser feita com cuidado e atenção à necessidade de clareza e previsibilidade no direito. Os juízes devem ser capazes de aplicar os princípios fundamentais do direito de forma consistente e previsível, para garantir a justiça e a equidade no sistema jurídico.

Em resumo, a teoria de MacCormick sobre argumentação jurídica representa uma importante contribuição para o debate jurídico, e enfatiza a importância da argumentação jurídica na tomada de decisão judicial.

### 3 CASOS DIFÍCEIS SEGUNDO DWORKIN

Ronald Dworkin é um dos mais importantes teóricos do direito da contemporaneidade. Sua obra é reconhecida pelo desenvolvimento de uma teoria original sobre a interpretação e aplicação do direito, fundamentada na ideia de que o direito é um sistema de princípios morais que devem ser interpretados e aplicados de forma coerente e consistente. Nesse sentido, uma das principais contribuições de Dworkin para a teoria do direito é sua análise sobre casos difíceis.

Em sua obra "Levando os Direitos a Sério", Dworkin propõe uma visão crítica sobre o positivismo jurídico, corrente teórica que defende a ideia de que o direito é um conjunto de normas criadas pelo Estado. Segundo Dworkin, o positivismo falha em reconhecer a dimensão moral do direito, bem como a importância dos princípios na interpretação e aplicação das normas.

Dworkin desenvolve a ideia de que, em algumas situações, a solução jurídica de um caso pode ser incerta ou controversa. Essas situações são denominadas por ele de "casos difíceis". Para Dworkin, os casos difíceis são aqueles em que as normas jurídicas aplicáveis apresentam ambiguidades, obscuridades ou mesmo conflitos, o que torna difícil a tarefa de determinar qual é a solução correta.<sup>23</sup>

Diante disso, Dworkin propõe que a solução dos casos difíceis deve ser buscada por meio da aplicação de princípios morais que orientam a interpretação e aplicação do direito. Para ele, os princípios são normas que expressam valores fundamentais da sociedade, tais como liberdade, igualdade, dignidade humana, justiça, entre outros. A aplicação dos princípios exige uma reflexão cuidadosa sobre o caso concreto e a consideração de seus diversos aspectos, tais como as consequências práticas da solução proposta, a coerência com outras normas e princípios jurídicos, entre outros.

Segundo Dworkin, a busca pela solução correta em casos difíceis deve ser pautada pela coerência e consistência com os princípios que fundamentam o sistema jurídico como um todo. Isso significa que a solução deve ser compatível com o conjunto de princípios morais que orientam o sistema jurídico e que foram reconhecidos como válidos pela sociedade. Dessa forma, a solução encontrada para um caso difícil pode ser vista como uma contribuição para o desenvolvimento do sistema jurídico, na medida em que ajuda a consolidar e a aperfeiçoar os princípios que o fundamentam.

Em síntese, as obras de Dworkin sobre casos difíceis são importantes para a compreensão da interpretação e aplicação do direito. Suas reflexões mostram que a solução dos casos difíceis exige uma análise cuidadosa dos princípios que fundamentam o sistema jurídico e uma reflexão profunda sobre as consequências práticas da solução proposta. Além disso, suas obras contribuem para o debate sobre a relação entre o direito e a moral, mostrando que o direito não pode ser entendido de forma isolada.

---

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.81

Ao analisar a teoria de Dworkin sobre casos difíceis, pode-se concluir que sua abordagem representa uma importante contribuição para o debate jurídico. A teoria de Dworkin enfatiza a importância dos princípios fundamentais do direito na tomada de decisão judicial, e argumenta que, em casos difíceis, os juízes devem buscar a solução que melhor se ajusta a esses princípios.

Uma das principais contribuições de Dworkin é sua crítica à abordagem legal positivista, que enfatiza a importância das regras estabelecidas e dos precedentes judiciais na tomada de decisão judicial. Dworkin argumenta que essa abordagem pode levar a uma falta de flexibilidade e adaptabilidade no direito, e pode não ser adequada para lidar com casos difíceis que não são facilmente resolvidos por regras estabelecidas.<sup>24</sup>

Em vez disso, Dworkin propõe uma abordagem interpretativa que busca discernir a solução correta com base nos princípios fundamentais do direito. Esses princípios incluem não apenas as regras estabelecidas, mas também valores e princípios mais amplos, como a justiça, a igualdade e a liberdade. Ao considerar esses princípios, os juízes podem chegar a uma solução justa e equilibrada em casos difíceis.

No entanto, críticos argumentam que a abordagem de Dworkin pode ser excessivamente subjetiva e pode deixar os juízes sem uma orientação clara sobre como aplicar esses princípios de forma consistente. Além disso, alguns críticos argumentam que essa abordagem pode levar a uma falta de previsibilidade no direito, o que pode ser problemático para a certeza jurídica.

Apesar dessas críticas, a abordagem de Dworkin continua a ser uma contribuição valiosa para o debate jurídico, especialmente em relação a casos difíceis. A teoria de Dworkin enfatiza a importância dos princípios fundamentais do direito na tomada de decisão judicial e oferece uma abordagem interpretativa que pode ajudar os juízes a chegar a soluções justas e equilibradas em casos difíceis.

No entanto, é importante reconhecer que a aplicação dessa abordagem deve ser feita com cuidado e atenção à necessidade de previsibilidade e clareza no direito. Os juízes devem ser capazes de aplicar os princípios fundamentais do direito de forma consistente e previsível, para garantir a justiça e a equidade no sistema jurídico.

Em resumo, a teoria de Dworkin sobre casos difíceis representa uma importante contribuição para o debate jurídico, e enfatiza a importância dos princípios fundamentais do direito na tomada de decisão judicial. Embora haja críticas à sua abordagem, é importante lembrar que a aplicação dos princípios fundamentais do direito deve ser consistente e previsível, para garantir a justiça e a equidade no sistema jurídico.

---

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.73

### 3.1 CASOS DIFÍCEIS SEGUNDO DWORKIN – CRÍTICAS

As obras de Ronald Dworkin sobre casos difíceis têm sido objeto de críticas por parte de diversos autores. Dentre as críticas mais comuns, podemos destacar:

1. Falta de clareza conceitual: Dworkin utiliza termos como "princípio" e "política" de forma bastante ampla e sem uma definição precisa, o que pode gerar confusão e tornar difícil a compreensão de sua teoria.
2. Falta de fundamentação empírica: Dworkin baseia sua teoria em argumentos filosóficos e conceituais, mas não oferece uma fundamentação empírica para suas ideias, o que pode torná-las menos convincentes para aqueles que valorizam a evidência empírica.
3. Excesso de subjetividade: Dworkin defende que os juízes devem utilizar sua própria interpretação dos princípios constitucionais para decidir casos difíceis, o que pode levar a decisões excessivamente subjetivas e arbitrárias.
4. Falta de consideração à legislação existente: Dworkin dá pouca importância à legislação existente e ao processo legislativo, o que pode levar a uma subversão da democracia representativa em favor da vontade de um juiz.
5. Impossibilidade de aplicação prática: Alguns críticos argumentam que a teoria de Dworkin é muito abstrata e difícil de ser aplicada na prática, o que pode levar a uma falta de previsibilidade e estabilidade no direito.
6. Conflito com a tradição jurídica: Outra crítica comum é que a teoria de Dworkin conflita com a tradição jurídica anglo-americana, que valoriza a precedência e a autoridade dos tribunais superiores.
7. Violação da separação de poderes: Por fim, alguns críticos argumentam que a teoria de Dworkin viola a separação de poderes, pois permite que os juízes exerçam um poder excessivo ao interpretar e aplicar os princípios constitucionais.

É importante ressaltar, no entanto, que muitos defensores da teoria de Dworkin argumentam que essas críticas são baseadas em equívocos ou mal-entendidos sobre sua obra. Além disso, mesmo aqueles que criticam sua teoria reconhecem a influência significativa que ele exerceu sobre o debate jurídico contemporâneo.

Após analisar as críticas a Dworkin sobre casos difíceis, é possível concluir que há discordância sobre a abordagem defendida por ele em relação à tomada de decisão judicial. Algumas das principais críticas a Dworkin incluem a falta de clareza em relação à aplicação dos princípios e a sua excessiva confiança na capacidade dos juízes de discernir a solução correta em casos difíceis.

Uma crítica comum é que Dworkin não oferece uma estrutura clara o suficiente para que os juízes possam aplicar os princípios de forma consistente. A teoria de Dworkin enfatiza a importância de encontrar a solução que melhor se ajusta aos princípios fundamentais do direito, mesmo que isso signifique desafiar regras ou precedentes estabelecidos. No entanto, críticos

argumentam que essa abordagem pode levar a uma falta de clareza e previsibilidade no direito, o que pode dificultar a aplicação consistente dos princípios.

Outra crítica importante é que a abordagem de Dworkin pressupõe que os juízes são capazes de discernir a solução correta em casos difíceis, com base em sua compreensão dos princípios fundamentais do direito. No entanto, críticos argumentam que isso pode ser uma expectativa irrealista, já que as decisões difíceis muitas vezes envolvem questões complexas e nuances legais que podem ser difíceis de avaliar.

Apesar dessas críticas, é importante lembrar que a abordagem de Dworkin em relação aos casos difíceis continua a ser uma contribuição valiosa para o debate jurídico. Sua ênfase na importância dos princípios fundamentais do direito e na necessidade de uma abordagem interpretativa coerente e consistente continua a influenciar as discussões jurídicas contemporâneas.

No entanto, é importante reconhecer que há limitações em sua abordagem e que é necessário um equilíbrio entre a aplicação consistente dos princípios fundamentais do direito e a necessidade de previsibilidade e clareza no direito. Os juízes devem ter a flexibilidade necessária para avaliar casos difíceis de forma justa e equilibrada, mas também devem estar cientes das limitações da sua capacidade de discernir a solução correta em todos os casos.

Em resumo, as críticas a Dworkin sobre casos difíceis destacam a importância de um debate constante e crítico no campo do direito, e enfatizam a necessidade de uma abordagem equilibrada na tomada de decisão judicial.

### 3.2 CASOS DIFÍCEIS SEGUNDO DWORKIN – CRÍTICAS – POSNER

Richard Posner, juiz aposentado do Tribunal de Apelações dos Estados Unidos e professor de direito na Universidade de Chicago, é um dos principais críticos da teoria de Dworkin sobre casos difíceis. Posner questiona a afirmação de Dworkin de que há sempre uma resposta correta para os casos difíceis e argumenta que, na maioria dos casos, não há uma resposta única e objetivamente correta, mas sim uma série de possíveis respostas razoáveis que podem ser justificadas de maneiras diferentes.

Em sua crítica, Posner destaca que as decisões judiciais são frequentemente baseadas em fatores políticos e econômicos, e não apenas em considerações jurídicas. Ele argumenta que, ao insistir na existência de uma resposta correta, Dworkin ignora a realidade da tomada de decisão judicial e, portanto, sua teoria é inaplicável e irrelevante.<sup>25</sup>

Posner também critica a ideia de que o juiz deve levar em consideração os direitos fundamentais dos indivíduos e assegurar a coerência do sistema jurídico. Segundo ele, os direitos fundamentais são uma invenção recente e não têm um significado claro ou absoluto, e a coerência do sistema jurídico pode ser um objetivo desejável, mas não é sempre alcançável.

---

<sup>25</sup> POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen, 2002, p.51

Além disso, Posner argumenta que a teoria de Dworkin é excessivamente subjetiva e, portanto, não pode fornecer uma base sólida para a tomada de decisões judiciais. Ele acredita que as decisões judiciais devem ser baseadas em critérios mais objetivos, como a interpretação do texto legal e a análise do precedente.<sup>26</sup>

Em resumo, as críticas de Posner à teoria de Dworkin sobre casos difíceis giram em torno de sua rejeição da ideia de que há sempre uma resposta correta e objetiva para esses casos, e sua crença de que as decisões judiciais são baseadas em uma série de fatores políticos e econômicos que estão além do escopo da teoria de Dworkin.

Após uma análise cuidadosa das críticas de Posner a Dworkin sobre casos difíceis, pode-se concluir que, embora existam pontos de concordância, as divergências entre as duas teorias são significativas.

Posner sustenta que os juízes devem se concentrar em maximizar a eficiência do sistema jurídico. Segundo Posner, os juízes devem avaliar a relação custo-benefício de uma decisão, levando em consideração fatores como o tempo, o dinheiro e a eficiência, para escolher a solução mais apropriada.

Por outro lado, Dworkin argumenta que os juízes devem se concentrar em aplicar os princípios jurídicos fundamentais de justiça e igualdade, mesmo em casos difíceis. Segundo Dworkin, os princípios jurídicos são interpretados como um todo coerente, e os juízes devem buscar uma solução que seja consistente com esses princípios, mesmo que isso signifique desafiar a regra ou o precedente existente.

Embora ambas as teorias tenham seus méritos, as críticas de Posner a Dworkin ressaltam a dificuldade de aplicar princípios jurídicos abstratos em casos difíceis. Posner argumenta que a eficiência e a maximização do bem-estar social são fatores importantes a serem considerados na tomada de decisão judicial, especialmente quando se trata de casos complexos que exigem a avaliação de várias opções.

No entanto, as críticas de Posner também podem ser contestadas em relação à falta de atenção aos princípios fundamentais do Estado de Direito. Em muitos casos, o equilíbrio entre eficiência e justiça pode ser difícil de ser alcançado e, portanto, os juízes devem se concentrar na aplicação correta dos princípios fundamentais do direito, mesmo que isso possa levar a decisões menos eficientes ou atrasos processuais.

Em resumo, as críticas de Posner a Dworkin mostram a importância de considerar a eficiência e a maximização do bem-estar social na tomada de decisão judicial em casos difíceis. No entanto, também é essencial manter um compromisso com os princípios fundamentais do direito e garantir que as decisões judiciais sejam consistentes com esses princípios. Os juízes devem buscar um equilíbrio adequado entre eficiência e justiça, levando em consideração o contexto específico de cada caso.

---

<sup>26</sup> POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen, 2002, p.12

### 3.3 CASOS DIFÍCEIS SEGUNDO DWORKIN – CRÍTICAS – HART

A crítica de H.L.A. Hart à teoria de Ronald Dworkin sobre casos difíceis é uma das mais famosas e importantes no campo da filosofia do direito. Hart, um filósofo do direito britânico que também lecionou em Oxford, foi o supervisor de doutorado de Dworkin e seu amigo próximo. No entanto, a teoria de Dworkin sobre casos difíceis foi objeto de uma crítica substancial por parte de Hart em seu livro "O Conceito de Direito".

Hart começa sua crítica afirmando que a teoria de Dworkin é baseada em uma concepção errônea da natureza do direito. Enquanto Dworkin argumenta que o direito é um sistema coerente de princípios que pode ser descoberto por meio de uma análise cuidadosa dos casos difíceis, Hart argumenta que o direito é, na verdade, um sistema de regras sociais que são criadas e aplicadas por instituições jurídicas. Para Hart, as regras são a espinha dorsal do sistema jurídico e são mais importantes do que os princípios, que desempenham um papel secundário na interpretação e aplicação das regras.

Além disso, Hart argumenta que a teoria de Dworkin é incapaz de explicar como as decisões judiciais são realmente tomadas na prática. Enquanto Dworkin descreve um processo idealizado em que os juízes analisam cuidadosamente os princípios e encontram uma solução justa para cada caso, Hart argumenta que os juízes muitas vezes têm que tomar decisões rapidamente com base em informações limitadas e, às vezes, contraditórias. Em outras palavras, a realidade da tomada de decisões judiciais é muito mais complicada do que a teoria de Dworkin sugere.<sup>27</sup>

Hart também critica a ênfase de Dworkin na coerência do sistema jurídico. Para Hart, a coerência é importante, mas não é o único valor que deve ser considerado na interpretação e aplicação das regras jurídicas. Ele argumenta que outros valores, como a eficiência e a segurança jurídica, também devem ser levados em consideração.

Finalmente, Hart critica a ênfase de Dworkin na justiça como um valor fundamental do direito. Hart argumenta que a justiça é importante, mas não pode ser o único valor a ser considerado na interpretação e aplicação das regras jurídicas. Ele argumenta que, em alguns casos, a justiça pode entrar em conflito com outros valores importantes, como a segurança jurídica ou a previsibilidade, e que, nessas situações, os juízes devem levar em consideração todos os valores relevantes antes de tomar uma decisão.

Em resumo, a crítica de Hart à teoria de Dworkin sobre casos difíceis se concentra na concepção errônea de Dworkin sobre a natureza do direito, na incapacidade da teoria de explicar a realidade da tomada de decisões judiciais, na ênfase excessiva na coerência do sistema jurídico e na justiça como o único valor a ser considerado.

Após uma análise detalhada das críticas de Hart a Dworkin sobre casos difíceis, pode-se concluir que ambas as perspectivas têm seus méritos, mas cada uma delas tem suas limitações.

---

<sup>27</sup> HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p.62

Por um lado, Hart argumenta que o direito é um conjunto de regras que são criadas e aplicadas de forma geral e abstrata, sem levar em consideração as particularidades dos casos individuais. Para Hart, os casos difíceis são aqueles em que a regra existente não oferece uma resposta clara e definitiva, mas isso não significa que a regra seja ineficaz ou que deva ser substituída por um padrão de moralidade ou justiça.

Por outro lado, Dworkin argumenta que o direito deve ser interpretado de forma a garantir a coerência e a integridade do sistema jurídico como um todo. Para Dworkin, os casos difíceis são aqueles em que há um conflito entre regras ou princípios do direito, e é necessário encontrar uma solução que seja consistente com a estrutura mais ampla do sistema jurídico e que leve em consideração os valores fundamentais de justiça e igualdade.

No entanto, ambas as perspectivas têm suas limitações. A abordagem de Hart pode levar a uma aplicação mecânica e insensível do direito, sem levar em consideração as particularidades dos casos individuais. Além disso, a abordagem de Dworkin pode ser criticada por não oferecer uma solução clara e definitiva para os casos difíceis, e por ser muito aberta a interpretações subjetivas dos juízes.

Uma abordagem mais adequada para lidar com casos difíceis pode ser uma combinação das perspectivas de Hart e Dworkin, levando em consideração tanto as regras e princípios do direito quanto as particularidades dos casos individuais e os valores fundamentais de justiça e igualdade.

É importante lembrar que os casos difíceis são uma parte inevitável da atividade jurídica, e que a abordagem mais adequada pode variar dependendo do caso específico e do contexto em que ele é julgado. Os juízes devem ser capazes de avaliar cuidadosamente as circunstâncias de cada caso e tomar decisões justas e equitativas, levando em consideração tanto as regras e princípios do direito quanto os valores fundamentais de justiça e igualdade.

#### 4 DISCRICIONARIEDADE EM DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS

A discricionariiedade em decisões judiciais de casos difíceis é um tema de grande relevância na teoria e na prática do direito. Em linhas gerais, discricionariiedade pode ser definida como o poder que o juiz tem de decidir de acordo com seu próprio juízo de valor, em vez de seguir uma regra preestabelecida. Em casos difíceis, em que as regras e os precedentes são insuficientes ou ambíguos, a discricionariiedade se torna ainda mais importante, pois é ela que permite que o juiz decida de acordo com os valores e os princípios que considera mais relevantes para o caso em questão.

No entanto, a discricionariiedade também é um tema polêmico, pois pode levar a decisões arbitrárias e subjetivas, que não levam em conta os interesses das partes envolvidas no processo. Por isso, muitos teóricos do direito defendem que a discricionariiedade deve ser limitada e controlada de forma a garantir que as decisões judiciais sejam justas e imparciais.

Para entender melhor o papel da discricionariiedade em decisões judiciais de casos difíceis, é necessário analisar alguns exemplos concretos de situações em que essa questão se apresenta de forma mais evidente. Um exemplo clássico é o caso *Roe v. Wade*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que as mulheres têm o direito constitucional de escolher se querem ou não fazer um aborto. Nesse caso, a decisão foi baseada em uma interpretação ampla do direito à privacidade, que não está expressamente previsto na Constituição americana. A Suprema Corte considerou que a decisão de fazer um aborto é uma questão de liberdade individual, que deve ser protegida pelo Estado.

Outro exemplo interessante é o caso *Brown v. Board of Education*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que as escolas públicas não podem praticar a segregação racial. Nesse caso, a decisão foi baseada em uma interpretação ampla do princípio da igualdade, que é um dos fundamentos do sistema constitucional americano. A Suprema Corte considerou que a segregação racial viola o princípio da igualdade, pois trata de forma desigual pessoas que deveriam ser tratadas de forma igual.

Em ambos os casos, a discricionariiedade foi fundamental para que a Suprema Corte pudesse decidir de forma justa e imparcial. No entanto, é importante ressaltar que a discricionariiedade deve ser exercida de forma responsável e equilibrada, levando em conta os interesses das partes envolvidas no processo e os valores e os princípios que orientam o sistema jurídico como um todo.

Para limitar a discricionariiedade em casos difíceis, é possível adotar algumas técnicas e estratégias de argumentação jurídica. Uma delas é a utilização de precedentes, que são decisões anteriores dos tribunais que estabelecem regras e princípios a serem seguidos em casos semelhantes.

De acordo com Robert Alexy, a discricionariiedade em casos difíceis é inevitável, pois muitas vezes não há uma solução correta ou justa para o caso em questão. O juiz precisa usar seu próprio julgamento para chegar a uma decisão que seja justificada e razoável. No entanto, Alexy resalta que a discricionariiedade não pode ser ilimitada e que a decisão do juiz deve estar fundamentada em razões aceitáveis e justificáveis.

Neil MacCormick argumenta que a discricionariedade em casos difíceis deve ser limitada pelo respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais. Segundo ele, os juízes devem levar em consideração a dimensão moral do direito e tomar decisões que sejam consistentes com os valores e princípios fundamentais do sistema jurídico. MacCormick enfatiza que a discricionariedade não deve ser usada para justificar decisões arbitrárias ou baseadas em preconceitos pessoais.<sup>28</sup>

Embora a discricionariedade possa permitir que o juiz tome decisões mais justas e razoáveis em casos difíceis, ela também pode ser criticada por permitir que a decisão do juiz seja influenciada por preconceitos pessoais e subjetividade. Além disso, a discricionariedade pode levar a uma falta de previsibilidade e coerência nas decisões judiciais, o que pode minar a confiança da sociedade no sistema jurídico.

Por isso, é importante que a discricionariedade seja usada com moderação e com base em princípios e valores fundamentais do sistema jurídico. Os juízes devem ter cuidado ao usar sua discricionariedade em casos difíceis, levando em consideração não apenas as questões legais envolvidas, mas também a dimensão moral do direito e os valores fundamentais da sociedade. Isso pode garantir que as decisões judiciais sejam justas, razoáveis e consistentes com os princípios e valores do sistema jurídico.

Portanto, é possível concluir que a discricionariedade em casos difíceis é uma faceta importante e, muitas vezes, inevitável das decisões judiciais. No entanto, essa discricionariedade deve ser usada com cuidado e moderação, com base em princípios e valores fundamentais do sistema jurídico, a fim de garantir que as decisões sejam justas e razoáveis.

Após uma análise detalhada da literatura sobre a discricionariedade em decisões judiciais de casos difíceis, é possível concluir que a discricionariedade é um aspecto essencial da atividade judicial. A discricionariedade permite que os juízes avaliem as circunstâncias específicas de cada caso e tomem decisões justas e equitativas.

No entanto, a discricionariedade pode ser um aspecto controverso da atividade judicial, pois pode permitir que os juízes apliquem sua própria subjetividade e valores pessoais ao decidir um caso. Isso pode levar a decisões arbitrárias e injustas, especialmente em casos onde há conflito entre valores constitucionais, tais como liberdade e segurança, privacidade e transparência, e outros.

A discricionariedade em decisões judiciais de casos difíceis pode ser limitada por meio de diversos mecanismos, tais como precedentes jurisprudenciais, leis e regras estabelecidas, e procedimentos rigorosos de tomada de decisão. Além disso, a transparência e a prestação de contas podem ser reforçadas por meio de uma cultura de motivação e de diálogo com as partes envolvidas no caso.

Também é importante notar que a discricionariedade em decisões judiciais de casos difíceis pode ser afetada por diversos fatores, tais como o contexto social, político e econômico em que o caso é julgado, as expectativas da sociedade em relação à decisão judicial, e a própria formação e valores pessoais do juiz.

---

<sup>28</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.93

Dito isso, é importante que os juízes exerçam sua discricionariedade de forma responsável e consciente, reconhecendo suas limitações e trabalhando para minimizar a influência de fatores pessoais e contextuais em sua tomada de decisão. Os juízes devem buscar aplicar as leis de forma justa e transparente, considerando as perspectivas e opiniões das partes envolvidas no caso, e justificando suas decisões de forma clara e objetiva.

Em conclusão, a discricionariedade é um aspecto fundamental da atividade judicial em casos difíceis, pois permite que os juízes avaliem cuidadosamente as circunstâncias específicas de cada caso e tomem decisões justas e equitativas. No entanto, a discricionariedade pode ser afetada por diversos fatores pessoais e contextuais, e é importante que os juízes exerçam sua discricionariedade de forma responsável e consciente, reconhecendo suas limitações e trabalhando para minimizar a influência de fatores pessoais e contextuais em sua tomada de decisão.

## 5 ARGUMENTAÇÃO EM DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS

A argumentação em decisões judiciais de casos difíceis é um tema central na teoria do direito contemporânea. Em casos difíceis, a aplicação do direito nem sempre é evidente e pode haver conflitos entre princípios ou regras. Nesses casos, o juiz precisa tomar uma decisão, mas como justificar sua escolha? A argumentação se torna crucial para a validade da decisão e para a aceitação social da decisão.

A argumentação é uma das principais ferramentas utilizadas pelos magistrados na elaboração de decisões judiciais, principalmente nos casos mais complexos e difíceis. Quando o caso apresenta elementos de conflito ou controvérsia, a argumentação se torna ainda mais importante para a construção de uma decisão justa e equilibrada. Nesse sentido, a argumentação em decisões judiciais de casos difíceis exige do magistrado um conjunto de habilidades específicas, como a capacidade de analisar os argumentos das partes, aplicar corretamente as normas jurídicas e justificar sua decisão de forma clara e convincente. A argumentação deve ser persuasiva e coerente, baseada em princípios e valores que se aplicam ao caso. A argumentação deve ser clara, lógica e consistente, para que o leitor possa compreender e avaliar as razões que levaram à decisão.

Em casos difíceis, a argumentação pode envolver a ponderação de princípios em conflito. A ponderação é um processo de equilíbrio entre princípios conflitantes, que permite que o juiz escolha a solução que melhor proteja os valores em questão. A ponderação envolve a atribuição de pesos ou importâncias relativas aos princípios conflitantes, de modo a chegar a uma decisão justa e razoável.

No entanto, a argumentação em casos difíceis pode ser objeto de críticas e questionamentos. Algumas críticas afirmam que a argumentação em casos difíceis é muito subjetiva e que os juízes podem estar simplesmente expressando suas preferências pessoais em vez de seguir a lei. Outras críticas afirmam que a argumentação em casos difíceis pode ser manipulada para alcançar um resultado específico, em vez de se basear em princípios e valores objetivos.

Para evitar essas críticas, os juízes devem basear sua argumentação em princípios e valores objetivos, que possam ser justificados e defendidos publicamente. A argumentação deve ser transparente e aberta, para que as razões que levaram à decisão possam ser avaliadas e contestadas. A argumentação deve ser fundamentada em fontes legais relevantes, como leis, precedentes, doutrina e princípios constitucionais.

Em muitos casos, não há uma única solução certa e a decisão pode depender de circunstâncias específicas. Os juízes devem ser conscientes das limitações da argumentação em casos difíceis e estar dispostos a rever suas decisões à luz de novas evidências ou argumentos.

Um dos principais desafios da argumentação em casos difíceis é a necessidade de equilibrar interesses conflitantes e ponderar valores em conflito. Muitas vezes, a solução do caso envolve escolhas difíceis, que exigem do magistrado uma análise profunda dos argumentos apresentados pelas partes e uma reflexão sobre as consequências de cada possível decisão. Nesse contexto, a argumentação deve ser pautada por critérios éticos e jurídicos claros, de forma a garantir a legitimidade da decisão.

Outro aspecto relevante da argumentação em casos difíceis é a necessidade de considerar as particularidades do caso concreto. Cada caso apresenta suas próprias circunstâncias e peculiaridades, o que exige do magistrado uma análise cuidadosa das provas e das argumentações apresentadas pelas partes. A argumentação deve ser pautada pela lógica e pela razão, mas também pela sensibilidade e pela empatia, de forma a compreender a situação das partes e as implicações da decisão para suas vidas.

Alguns teóricos do direito, como Ronald Dworkin, defendem que em casos difíceis não há uma solução correta e objetiva, mas sim várias soluções possíveis, cada uma delas com fundamentos igualmente válidos. Nesse contexto, a argumentação em casos difíceis envolve a apresentação de diferentes pontos de vista e a defesa de uma solução que seja coerente com o conjunto de princípios e valores do sistema jurídico.<sup>29</sup>

Para que a argumentação seja efetiva em casos difíceis, é importante que o magistrado seja transparente e justifique de forma clara os fundamentos da decisão. Isso implica em uma análise cuidadosa das normas jurídicas aplicáveis ao caso, assim como uma reflexão sobre a jurisprudência e a doutrina pertinentes. Além disso, a argumentação deve ser pautada pelo diálogo com as partes e seus argumentos, de forma a demonstrar que a decisão não é arbitrária, mas sim resultado de uma análise cuidadosa dos argumentos apresentados.

É importante ressaltar que a argumentação em casos difíceis é uma atividade complexa e exigente, que demanda do magistrado habilidades e competências específicas. Uma argumentação bem fundamentada e transparente pode contribuir para a construção de uma decisão justa e equilibrada, que respeite os valores e princípios do sistema jurídico.

A argumentação em decisões judiciais de casos difíceis é um tema complexo e controverso na teoria do direito contemporânea. A argumentação deve ser persuasiva, coerente e baseada em princípios e valores objetivos. Somente dessa forma, as decisões judiciais em casos difíceis podem ser justificadas e aceitas socialmente.

Após uma análise detalhada da literatura sobre argumentação em decisões judiciais de casos difíceis, é possível concluir que a argumentação é uma ferramenta crucial para a resolução desses casos. A argumentação permite que os juízes avaliem cuidadosamente os fatos e as leis relevantes, considerem as implicações sociais e políticas de suas decisões e justifiquem suas escolhas aos cidadãos.

A argumentação eficaz em decisões judiciais de casos difíceis exige uma abordagem que considere a complexidade e a incerteza inerentes a esses casos. A abordagem deve incluir a identificação das questões em jogo, a análise dos fatos e das evidências, a avaliação das várias perspectivas e opiniões, a avaliação dos impactos potenciais das decisões e a aplicação da lei relevante.

Além disso, é importante que os juízes compreendam a importância do diálogo entre as partes envolvidas no caso. A argumentação pode ser mais eficaz quando as partes têm a oportunidade de apresentar seus pontos de vista e argumentos de forma clara e convincente. Nesse sentido, os juízes devem estar dispostos a ouvir as partes e considerar suas perspectivas antes de tomar uma decisão.

---

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.93

No entanto, é importante notar que a argumentação em decisões judiciais de casos difíceis não é um processo infalível. Os juízes podem ser influenciados por preconceitos pessoais, pressões políticas ou ideológicas, e podem cometer erros na avaliação dos fatos e evidências. Além disso, as leis e as regras aplicáveis a um caso podem ser ambíguas ou imprecisas, o que pode dificultar a aplicação da lei.

Dito isso, a argumentação continua sendo uma ferramenta vital para a resolução de casos difíceis. Ela permite que os juízes avaliem cuidadosamente as questões em jogo, considerem as perspectivas e opiniões das partes envolvidas, e justifiquem suas decisões aos cidadãos. A argumentação também ajuda a promover a transparência e a responsabilidade no sistema judicial, permitindo que os cidadãos compreendam como as decisões judiciais são tomadas e por que elas são importantes para a sociedade como um todo.

Em conclusão, a argumentação é um componente essencial das decisões judiciais de casos difíceis. Ela permite que os juízes considerem todos os aspectos relevantes do caso, apliquem as leis de forma justa e transparente, e promovam a confiança no sistema judicial. No entanto, é importante que os juízes abordem a argumentação de forma cuidadosa e crítica, reconhecendo suas limitações e trabalhando para minimizar os erros e influências pessoais que podem afetar sua tomada de decisão.

## 6 CONCLUSÃO

Diante da análise dos conceitos de discricionariedade e argumentação jurídica nas teorias de Hart, Kelsen e Dworkin, pode-se concluir que a questão da tomada de decisão em casos difíceis é um tema complexo e multifacetado.

Hart<sup>30</sup> defendia que a discricionariedade era inevitável na tomada de decisões judiciais, mas que isso não significava que a justiça estivesse sendo comprometida, uma vez que existem critérios claros para o exercício dessa discricionariedade. Por outro lado, Kelsen<sup>31</sup> sustentava que a discricionariedade era um problema no sistema jurídico, já que a ideia de uma norma fundamental pressupõe uma hierarquia que acaba por excluir qualquer possibilidade de decisão baseada em critérios subjetivos.

Dworkin, por sua vez, propunha uma teoria do direito como integridade, segundo a qual as decisões judiciais devem ser tomadas com base na integração dos valores e princípios do sistema jurídico. Nesse sentido, a discricionariedade seria limitada pela obrigação do juiz de levar em consideração o histórico e o desenvolvimento do direito, a fim de garantir a coerência do sistema.<sup>32</sup>

No que se refere à argumentação, os três autores destacam a importância de uma argumentação coerente e fundamentada para a tomada de decisões judiciais. Hart e Kelsen enfatizam a necessidade de que as decisões sejam baseadas em critérios objetivos e claros, enquanto Dworkin defende a utilização de argumentos baseados na integridade do sistema jurídico.

Em relação aos casos difíceis, todos os autores reconhecem que há situações em que a discricionariedade é necessária. Hart acredita que esses casos devem ser resolvidos com base em critérios estabelecidos pelo próprio sistema jurídico, enquanto Kelsen propõe que a decisão seja tomada com base em um princípio de equidade. Já Dworkin defende que, em casos difíceis, o juiz deve recorrer à integridade do sistema jurídico para encontrar a solução mais adequada.

Dessa forma, pode-se concluir que a discricionariedade e a argumentação são elementos cruciais para a tomada de decisões judiciais em casos difíceis. É preciso encontrar um equilíbrio entre a necessidade de uma decisão fundamentada e a possibilidade de flexibilização diante de circunstâncias particulares. Além disso, é importante que os critérios utilizados para a tomada de decisão sejam claros e objetivos, de forma a garantir a segurança jurídica e a coerência do sistema.

---

<sup>30</sup> HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p.21

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. **O que é Justiça – A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.61

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.47

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. 1. ed. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **O que é Justiça – A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen, 2002.