

A ÉTICA NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

* José Augusto Lourenço Santos

Possui graduação em Bacharel Em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1981) e mestrado em Direito Público pela Universidade Gama Filho (2005). Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de Ipatinga e juiz de direito - Tribunal de Justiça. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil.

Resumo.

O presente trabalho propõe-se a examinar a questão da ética na atividade jurisdicional de modo a que se alcancem decisões ponderadas e equitativas. A atividade jurisdicional está diretamente ligada a um determinado raciocínio judicial, variável em cada momento histórico, com os seus procedimentos próprios, voltado para alcançar uma decisão justa para cada caso concreto. No desenvolvimento do tema, aborda-se a construção do raciocínio jurídico com base nos fundamentos teóricos do jusnaturalismo, da antiguidade a nossos dias; em seguida, discute-se o positivismo e todos os problemas éticos decorrentes desse sistema legal. Aponta-se a necessidade de se restaurarem os valores éticos do direitos. Aborda-se, por isso, na seqüência, a contribuição do pós-positivismo para a construção de um novo raciocínio judicial, baseado na doutrina da argumentação de Perelman e na teoria da proteção aos direitos fundamentais, com base nos princípios e regras, defendida por Dworkin. Finalmente, discute-se o raciocínio judicial no Estado Democrático de Direito. Conclui-se que as teorias de Dworkin e Perelman são insuficientes para se alcançarem decisões justas. Discute-se a necessidade de novos paradigmas para a busca de novos ideais de justiça voltados para a preservação da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Palavras-chave: raciocínio jurídico; justiça; ética; jusnaturalismo; positivismo; pós-positivismo.

1 INTRODUÇÃO

A ética é indispensável no âmbito das profissões e, por conseguinte, tem de estar presente no dia a dia do Juiz, quando exerce a árdua tarefa de julgar. O direito serve para regular e ordenar a vida social, respeitando os limites da ética e da moral, através de decisões ponderadas e equitativas.

A justiça está no centro de qualquer discussão que envolva questões éticas, morais e de direito. Por isso Aristóteles afirmou “o homem enquanto ético, é o melhor dos animais; mas, separado da lei e da justiça, é o pior deles”.¹ Apesar desse ponto em comum os vocábulos ética, moral e direito não se confundem e possuem definições bem delimitadas.

Ética e moral apesar de alguma confusão reinante não são termos sinônimos, apesar de ambos apontarem para a idéia de hábitos, costumes, isto é, “modos de agir determinados pelo uso”, o que se depreende facilmente do estudo etimológico dos dois vocábulos, onde se vê que ética tem origem na palavra grega *ta êthé* (os costumes) e moral tem origem na palavra latina *mores* (hábitos).²

Ética pertence à filosofia e é mais teórica que a moral. Leva em consideração questões de fundo, através das quais se procura construir uma doutrina “que se situa além da moral, uma teoria racionalizada, sobre o bem e o mal, os valores e juízos morais”.³ Na mesma trilha e percorrendo sobre o mesmo tema, Leonardo Boff⁴ afirma que a ética considera questões de “fundo acerca da vida, do universo, do ser humano e do seu destino, estatui princípios e valores que orientam pessoas e sociedades”.

Assim, a pessoa que observa os princípios éticos balizadores do comportamento das pessoas individualmente e em sociedade, seria uma pessoa ética, voltada para o bem, de boa índole.

A moral é parte da ética e diz respeito à vida concreta das pessoas. A moral trata das práticas comuns da pessoa no dia a dia, através de ações pautadas pelos costumes, hábitos e valores culturais estabelecidos em determinada sociedade. Assim, podemos afirmar que uma pessoa tem uma postura moral quando se expressa e age de acordo com os valores e costumes consagrados pelo grupo social onde está inserido. Estes valores “podem, eventualmente, ser questionados pela ética”, pois pode ocorrer que

¹ PEGORARO, Olinto A. *Ética é justiça*. Petrópolis: RJ, Vozes, 1.995, p. 9-11.

² RUSS, Jacqueline. *Pensamento ético contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999, p. 7.

³ RUSS, Jacqueline. *Pensamento ético contemporâneo*. São Paulo: Paulus, 1999, p. 8.

⁴ BOFF, Leonardo. *Ética e moral: a busca dos fundamentos*. Petrópolis: RJ, Vozes, 2003, p.37.

uma pessoa seja moral, ao seguir os hábitos e valores consagrados pela sociedade, mas nem por isso ser ética.⁵

Quanto ao direito podemos afirmar que tem por fim ordenar a vida em sociedade evitando ou solucionando conflitos. Por outro lado, esse fim estabelecido para o direito deve estar diretamente ligado a ações que tenham como limite valores éticos e morais, pois o direito compõe a ética e é a sua garantia, ou, em outras palavras, "...a ética é a realização da liberdade, e [...] o direito, momento essencial do processo ético, representa a sua garantia específica, em seu destino próprio de compor em harmonia, liberdade, normatividade e poder."⁶

Feitas as distinções necessárias sobre o significado dos vocábulos: ética, moral e direito passamos, em seguida, à abordagem do tema central deste artigo, percorrendo sob as várias vertentes do raciocínio judicial, em vários momentos históricos, apontando os procedimentos utilizados pelos juízes para chegarem a uma decisão justa para cada caso concreto.

2 A DOGMÁTICA JURÍDICA TRADICIONAL: APOGEU E DECADÊNCIA

O homem para viver em sociedade criou o direito, fenômeno histórico e cultural, que tem como fim a resolução de conflitos. O direito é, assim, o instrumento adequado para atingir a pacificação social. Cabe ao juiz, lado outro, a função de aplicar o direito através da prática de um raciocínio jurídico, adequado para a solução dos casos que lhe são submetidos, deixando de lado as limitações da dogmática jurídica tradicional para "investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível⁷", perseguindo um ideal de ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade. Cabe ressaltar que este raciocínio jurídico crítico, interpretativo e criador, exigido pela sociedade atual, para uma justa aplicação do direito, ao longo da história, teve justificativas e fundamentos teóricos distintos. É o que veremos em seguida.

⁵ BOFF, Leonardo. *Ética e moral: a busca dos fundamentos*. Petrópolis: RJ, Vozes, 2003, p.37.

⁶ REAL, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo:Saraiva, 1.999, p..219.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro, in *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Ana Paula de Barcellos...{et.al.};organizador:Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar,2003, p. 18.

3 O JUSNATURALISMO

O jusnaturalismo é uma doutrina que explica a existência de um direito diverso daquele em vigor num determinado tempo e sociedade. Para os adeptos desta doutrina o direito natural coexistia com o direito fixado pelo Estado (direito positivo), sendo anterior e superior a este, além de lhe servir de referência e possuir um caráter universal e imutável. Em caso de conflito entre o direito positivo e o direito natural prevalecia o último.⁸

O direito natural não é uma criação da razão como alguns defenderam na modernidade, pois aparece nos pensamentos jurídicos desde a Grécia e Roma. Aristóteles e Platão abordaram nas suas obras o direito natural, ressaltando-se que na cultura grega, principalmente na estóica, toda a “natureza era governada por uma lei universal racional e imanente”. Em Roma também se fez presente a idéia de direito natural, mas com alguns desvios conceituais, pois Ulpiano o definiu como “aquilo que a natureza ensinou a todos os seres inanimados,” o que inclui os seres irracionais. Esta definição reduzia o direito natural, “antes que a uma norma de conduta, a um simples instinto, a uma necessidade de ordem física.”⁹

Na Idade Média o direito natural também apareceu em destaque nomeadamente nas obras de filósofos da Igreja, quando se passou a identificar o direito natural com a lei revelada por Deus a Moisés e com o Evangelho. Santo Tomás de Aquino foi quem melhor conceituou o direito natural ao elevá-lo à condição de norma racional, quando escreveu ser a “lei natural aquela fração de ordem imposta pela mente de Deus, governador do universo, que se acha presente na razão do homem.”¹⁰

A partir do século XVI começou a tomar forma o direito natural moderno. Aos poucos, o dogmatismo medieval foi sendo deixado de lado, isto é, a justificativa divina do direito natural, e passou a ser adotado como fundamento desse direito o paradigma da razão, tendo como pano de fundo a reforma protestante, a formação dos Estados

⁸ FASSO, Guido. “*jusnaturalismo*”. in BOBBIO, Norberto, Dicionário de Política, p. 655.

⁹ FASSO, Guido. Op. Cit., p. 656.

¹⁰ FASSO, Guido. Op. Cit., p. 657.

nacionais e a descoberta da América. O direito natural, na modernidade, passou a ter um forte componente individual e liberal, funcionando como fato gerador dos direitos subjetivos inatos ao indivíduo que depois vieram a tornar-se o “combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta,”¹¹ a exemplo do que aconteceu na Revolução Francesa e na Declaração de Independência dos Estados Unidos que geraram, respectivamente, uma Declaração de Direitos e uma Constituição.

O direito natural, de acordo com o ambiente sócio-cultural em que se desenvolvia, adotava contornos próprios. Dessa forma, até ao advento das primeiras Codificações, esteve presente em toda a história do raciocínio jurídico que, na procura do ideal de justiça, era elaborado com fundamento na idéia de coexistência de um direito natural e de um direito positivo, prevalecendo o primeiro sempre que houvesse conflito entre eles, mudando apenas o conceito sobre a origem desse direito e a sua forma de apreensão.

No século XVIII, o jusnaturalismo racionalista engajou-se no movimento iluminista e ajudou na codificação do Direito, cuja obra de maior destaque foi o Código Civil francês de 1804. Com o surgimento da Codificação o direito natural passou a ser ensinado dogmaticamente e o direito passou a ser identificado com a lei. Em outro giro, a escola da exegese irá cercear a atividade criativa do juiz, ao estabelecer o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica,¹² ou, em outras palavras, “os juízes não têm de opor ao legislador a concepção de justiça deles: suas sentenças serão” “um texto preciso da lei.”¹³

De forma paradoxal, podemos atribuir às mesmas causas o apogeu e o declínio do direito natural. O advento do Estado Liberal, o surgimento dos ideais constitucionais em textos escritos e a codificação são fontes diretas do esplendor do direito natural e, ao mesmo tempo, o prenúncio da sua superação histórica, pois com a sua incorporação aos ordenamentos positivos já não “traziam a revolução, mas a

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro, in *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Ana Paula de Barcellos... {et.al.}; organizador: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 22.

¹³ PERELMAN, Chain. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.388.

conservação,” motivo pelo qual foi jogado “para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.”¹⁴

4 O POSITIVISMO

O positivismo jurídico foi criado para descrever o direito que existe e não o direito que deve existir, valendo-se de juízos de fato e não de juízos de valor para o conhecimento da realidade. Surgiu na Revolução Francesa e estendeu-se até meados do século XX, quando entrou em decadência com a derrocada dos regimes autoritários do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que chegaram ao poder com amparo da legalidade positivista e depois promoveram a “barbárie em nome da lei.”¹⁵O positivismo comportou algumas variações. Num primeiro momento, vamos encontrar os positivistas estritos para quem o direito é a lei. Em seguida, temos os positivistas realistas no direito anglo-saxão para quem o direito é composto pelas normas que são eficazes, isto é, a fonte do direito são os juízes. Por fim, vamos encontrar a sofisticação do positivismo de Kelsen que não pretendeu negar os aspectos valorativos ou sociais que envolvem o direito, mas sim “isolar um objeto de estudo que fosse neutro e permitisse a formação de juízos com rigor científico.”¹⁶Vejam como se desenvolveram essas variações.

A revolução Francesa contribuiu sobremaneira para o dogmatismo jurídico. A burguesia aproveitou-se soberbamente do direito natural para tomar o poder. Forte na argumentação de que a aristocracia francesa estava a violar direitos inerentes ao homem, tais como a liberdade e a igualdade, assumiu as rédeas da revolução visando a derrubada desse regime opressor.

Objetivo alcançado a burguesia iniciou a construção de uma nova ordem jurídica, baseada no direito natural e no culto à razão. Pelo uso da razão, realiza-se o direito natural, que jamais ofenderá a liberdade e a justiça, porque sendo a lei nada mais “do que a expressão da vontade do soberano, ou seja, da vontade geral, está é “sempre

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 22-23.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 26

¹⁶ CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 46.

reta, pelo menos enquanto não se refere a interesses particulares” e a lei só pode ser justa.”¹⁷

O Código de Napoleão, genuína criação da razão, levou os juristas a acreditar que estavam diante de uma obra completa e definitiva, capaz de solucionar todos os conflitos sociais possíveis de forma justa. Por esse motivo, “pode substituir-se ao direito natural,”¹⁸ sendo desnecessário a partir daí a invocação a esse direito, uma vez que, através da razão, o parlamento conseguiu elaborar em forma de lei todo o direito natural, perfeito e imutável, não havendo mais razões para que a ordem jurídica burguesa fosse questionada pelas classes populares. A lei passa a ter um papel ideológico, representando a vontade da classe dominante, embora não possamos negar a imensa contribuição da Codificação burguesa para o avanço da teoria do direito.

Os teóricos do direito positivo reduziram o “fenômeno jurídico” à figura da lei, isto é, instituíram o dogmatismo jurídico que impedia qualquer questionamento dos descontentes, pois se o direito era a própria lei qualquer crítica feita seria considerada como não-jurídica. Não satisfeitos criaram, ainda, outro dogma: o da completude do direito, isto é, a lei não tem lacunas e nem antinomias (contradições)¹⁹. Se a lei abrange todo o fenômeno jurídico, não possui lacunas e nem cria contradições, que papel o positivismo jurídico reservou ao juiz na solução dos conflitos? Simples: “ele se pautará pela lei positiva” sendo-lhe vedado manifestar opinião pessoal em questões de justiça.

O positivismo, “durante o século que separa Austin de Kelsen,”²⁰ tem características semelhantes às ciências exatas e naturais, utiliza-se da lógica formal, por isso dá ênfase à realidade observável e deixa de lado a especulação filosófica, para se fundar em juízos e fatos, que visam ao conhecimento da realidade, deixando de lado os juízos de valores, que representam uma tomada de posição perante a realidade²¹. Em outras palavras, no positivismo a preocupação dos juristas deveria levar em conta apenas a

¹⁷ PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 388.

¹⁸ PERELMAN, Chain. Op.Cit. p. 388.

¹⁹ CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 44

²⁰ PERELMAN, Chain. Op.Cit. p. 388.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 24

“legalidade, dizem o que é ou não é conforme o direito. Quanto à justiça, por certo ela é uma categoria importante, mas não se relaciona com o direito positivo: diz respeito à moral e à religião”.²²

Apesar de toda a imponência do aparato legal positivista, cedo se verificou que a lei continha lacunas e gerava contradições. Como resolver essas situações? O direito da Revolução Francesa, na busca de uma solução para este problema criou um procedimento denominado *référé législatif* que permitia ao juiz, sempre que tivesse dúvida quanto à interpretação da lei ou à sua aplicação, recorrer ao legislador para que este interpretasse ou completasse o texto legal, possibilitando ao juiz tomar uma decisão. Essa solução tornou-se inócua e foi logo abandonada, pois a grande quantidade de consultas feitas pelos juízes inviabilizou o procedimento, além de criar uma usurpação de poderes ao inverso. Realmente, se o procedimento foi criado para que os juízes não exercessem a função de legisladores, porque “mesmo para melhorar o direito: o juiz não deve completar a lei nem interpretá-la,” ao entregar-se a tarefa da interpretação ao legislador estes acabariam por usurpar as funções do juiz, o que contrariava a separação de poderes.

Cumpria achar uma solução diferente e oferecer ao juiz certos poderes legislativos, para que pudesse completar, aclarar, explicar e mesmo modificar a lei, se necessário. Veio a lume o famoso artigo 4º do Código de Napoleão que estabelece “o juiz que recusar julgar a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado por denegação da justiça”. Este dispositivo inovador rompeu com a lógica formal baseada na verdade científica decorrente da observação e na experimentação. O juiz deixou de ser a boca que diz o direito e passa a utilizar outros instrumentos intelectuais para cumprir a sua tarefa²³, embora preso a certas amarras para poder decidir as lacunas e antinomias. As lacunas eram resolvidas com recursos a partir do próprio interior do sistema, mediante o recurso à analogia e aos princípios gerais do direito, embora estes tivessem função meramente integrativa e não fossem uma tábua de valores voltados para a construção do raciocínio judicial. As antinomias eram solucionadas através dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. No primeiro, a norma posterior prevalece sobre a anterior; no segundo, a norma de

²² PERELMAN, Chain. Op. Cit. p.389.

²³ PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 522-523.

grau superior prevalece sobre a de grau inferior; e, no terceiro, a norma geral cede passo à norma especial²⁴.

Na cultura jurídica do mundo anglo-saxão, ao contrário do direito francês, o positivismo tinha um viés realista, a liberdade do juiz na produção normativa e aplicação do direito é diferente, sem tantas amarras. Pode-se dizer que o direito não é aquilo que uma determinada lei diz, mas sim os precedentes, ou seja, um conjunto de decisões jurisprudenciais acerca de um determinado caso. O exemplo claro dessa situação está ligado à legislação inglesa que condenava à pena de morte todo aquele que cometesse roubo de um valor de 40 xelins ou mais. Os juízes ingleses simplesmente ignoraram a lei e, durante mais de vinte anos, sempre que havia um roubo considerável, avaliavam-no em trinta xelins. A lei foi mudada pelo legislador quando em 1808 os juízes para um roubo de 200 xelins fixaram o valor do roubo em 39 xelins²⁵. No exemplo citado o que se percebe é que os juízes no silêncio da lei ou quando ela gerava situações injustas deviam decidir exercendo os seus poderes de criação do direito, de forma não arbitrária, utilizando certas razões gerais para justificar a sua decisão, agindo como “um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores”.²⁶

A sofisticação do positivismo veio com a Teoria Pura do Direito de Kelsen. O direito “não é nem um valor transcendente e nem um fato social, é norma”. Buscando a formação de juízos com rigor científico o jurista alemão diz que a consciência humana funciona na base do ser e do dever ser. Dessa forma, as normas jurídicas seriam prescrições do dever ser, trabalhando na base da imputação. A norma estabelece um comando que proíbe, obriga ou permite um comportamento. Não bastasse isso, a norma está à margem da vontade e também não é um fato natural. A sua validade não está ligada a critérios do justo e do injusto, nem a pontos de vista morais e éticos, mas sim a critérios de elaboração que levam em consideração laços de validade com normas superiores, numa seqüência que culmina na norma fundamental legitimadora de todo o ordenamento jurídico²⁷.

²⁴CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 45.

²⁵PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 525.

²⁶HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1.994, p. 336

²⁷CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 47.

Na segunda metade do século XX o direito não mais cabia no positivismo jurídico. Esta teoria impunha um direito desviado da ética e de todos os princípios gerais do direito e, ao mesmo tempo, prestigiava apenas o direito posto pelo Estado, dentro de um sistema hierarquizado e dinâmico "cujos elementos tirariam, todos, sua validade de uma norma suprema pressuposta".²⁸ O positivismo possibilitara os abusos do hitlerismo e estavam crescendo as vozes daqueles que patrocinavam a defesa dos direitos humanos. A par disso, as bases do conhecimento científico haviam impregnado o direito, não havendo lugar para a volta do jusnaturalismo ou de outros padrões vagos e abstratos de uma razão subjetiva. A teoria do direito, sem descartar o ordenamento positivo, precisava urgentemente de novos conceitos onde preponderassem os valores da justiça e legitimidade, enfim, de uma reaproximação entre a ética e o direito.²⁹ Entramos na fase da superação do positivismo normativista.

5 PÓS-POSITIVISMO: OS FUNDAMENTOS DE UMA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

As obras dos teóricos do pós-positivismo não têm como objetivo a desconstrução do positivismo. A sua intenção é apenas aperfeiçoá-lo, onde é possível, e abandoná-lo naquilo que não condiz com o processo da civilização atual. Os pós-positivistas ao mesmo tempo que tecem críticas às concepções positivistas do direito, defendem a importância dos princípios gerais de direito, a reflexão aprofundada sobre o papel da hermenêutica jurídica e a relevância da argumentação jurídica nas sociedades democráticas. Entre as várias vertentes do pós-positivismo merecem destaque as obras de Chain Perelman e de Ronald Dworking.³⁰

5.1 Raciocínio judicial na perspectiva de Perelman

Na sua obra Perelman desenvolveu teorias críticas tanto no campo da filosofia como no campo do direito. Na vertente filosófica a crítica é dirigida ao paradigma do racionalismo cartesiano. O filósofo realçou outros meios de produzir convicção, diferentes daqueles inspirados nos modelos dedutivos e de sua forma privilegiada de

²⁸ PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 396.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 28.

³⁰ CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 48.

encadeamento de juízos, o silogismo. Através de uma teoria da argumentação, valorizada pela retórica, cria novos caminhos de demonstração.

O filósofo Belga entendeu que em relação às ciências matemáticas só cabe aplicar a lógica formal. Essa situação, todavia, se inverte quando estão em jogo outros raciocínios diferentes do matemático, a exemplo do que ocorre na área do direito onde se fazem presentes “argumentos *a fortiori*, *a pari*, *a contrario* e o argumento por analogia.”³¹ O estudo destes argumentos dentro da lógica geral, como pretendeu Kalinowski, por quebrar a unidade desta, torna-se inviável. E assim é porque os argumentos não estão sujeitos à demonstração rigorosa. Ao contrário, por estarem sujeitos ao contingente, necessitam de ser justificados quando aplicados em determinadas situações concretas. Assim, a denominada lógica jurídica não é a lógica formal aplicada ao direito. Em outras palavras, outra lógica se faz presente: “a lógica da argumentação jurídica”.³²

A lógica da argumentação jurídica não foi uma novidade criada por Perelman. Na antiguidade Aristóteles na sua obra “Tópicos” consciente da insuficiência das provas analíticas, já trabalhava com a noção de provas dialéticas ligadas à teoria da argumentação, pois “em direito, a pessoa não se contenta em deduzir, mas argumenta, e todo estudo do raciocínio e da prova em direito que descurasse dessa situação ignoraria o que constitui a especificidade da lógica jurídica”.³³

A lógica jurídica trata da forma em como se organiza e desenvolve o raciocínio judicial, que se inicia com a apresentação dos argumentos das partes a respeito de situações fáticas controvertidas e depois prossegue com os procedimentos a serem adotados na construção dos raciocínios jurídicos desenvolvidos pelo juiz, para chegar a uma decisão judicial, devidamente fundamentada, com menção ao direito aplicado, de forma a justificar perante as partes, tribunais e a própria sociedade, a razão da escolha de uma determinada tese e não de outra³⁴. Podemos concluir, dessa forma, que se recorrerá à lógica jurídica ”por ocasião de antinomias e de lacunas, de conflitos

³¹ PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 467.

³² MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica*. 2.ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris,2003, p.137.

³³ PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 472.

³⁴ PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 497.

entre regras jurídicas e de incompatibilidades entre regras de solução de antinomias”.³⁵

Nada impede que a lógica jurídica chegue a uma decisão a partir de um silogismo, mas esse silogismo não parte de premissas absolutas como ocorre no caso da lógica formal. De fato, a decisão judicial, também é uma verdade, mas diferente, pois fica ao sabor da escolha de uma entre várias opções, mais ou menos razoáveis, para formar um convencimento que redunde numa solução aceitável. Mas que silogismo é esse adequado à solução dos conflitos colocados em juízo?³⁶ A resposta não é difícil. Como a decisão judicial visa a persuadir o auditório a que se destina através da utilização de técnicas de argumentação, o silogismo só pode ser de características dialético/retóricas. Essa retórica, no entanto, não se confunde com a concepção comum de retórica, aquela preocupada com questões de estilo, mas sim com uma dimensão situada no domínio da argumentação visando persuadir os auditórios a respeito das justificativas das decisões judiciais³⁷.

No campo do direito, a crítica feita por Perelman é metodológica. O seu inconformismo está fincado no modesto papel dos princípios gerais de direito na doutrina normativista de Kelsen. O positivismo não permitia, em nome da segurança e da previsibilidade, que ao juiz fosse lícito fundamentar e justificar suas decisões na moral que diz respeito ao bom e ao justo, porque o “juiz ao aplicar a lei, não tem como missão dizer qual o seu sentido correto, mas decidir de fato, prolatando seu aresto, qual é, dentre as interpretações possíveis da lei, aquela que ele quer favorecer na ocorrência”, pois a sua decisão é um simples ato de vontade e não expressão de um conhecimento.³⁸

Ao afastar o direito da moral o positivismo enfrentou o problema da justificação do direito, pois mesmo para um positivista a obediência ao direito deve acontecer porque este é legítimo e não porque impõe uma sanção. O problema foi resolvido pelos teóricos do positivismo estabelecendo que a questão da legitimidade do direito se resolve não pela justificação dos motivos da fundamentação judicial, mas quando a

³⁵ PERELMAN. Chain. Op. Cit. p. 503.

³⁶ PERELMAN. Chain. Op. Cit. p. 503.

³⁷ ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 265

³⁸ PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 475.

decisão é proferida pelo poder competente³⁹. E esta competência resultaria de um sistema hierárquico e dinâmico. Hierarquizado por permitir aos atos jurídicos adquirir “validade de sua conformidade a normas jurídicas, que dependem, por sua vez, de outras normas, e assim por diante, até que se chegue à lei fundamental, que não tem fundamentação jurídica, mas é pressuposta por todas as normas e por todos os atos jurídicos do sistema”.⁴⁰

A realidade individual e social não permitiu a aceitação da teoria positivista na forma concebida por Kelsen, pois na prática um sistema de direito não se apresenta de modo tão formal e impessoal quanto um sistema axiomático, lógico ou matemático. Nos sistemas jurídicos modernos, nomeadamente nas democracias de direito, o juiz não se pode omitir de julgar. Além do mais, deve motivar as suas decisões, com a utilização de conhecimento dos fatos colocados, aceitando e rejeitando provas, com base em valores éticos e morais, de modo a convencer o auditório a que se dirige, proferindo um julgamento justo para o caso concreto, conforme os princípios gerais do direito⁴¹.

A obrigação do juiz de motivar as suas decisões é de extrema importância para as partes, tribunais e sociedade como um todo, pois é fator essencial para a segurança pública e a paz social. Embora caiba ao juiz dizer o direito e não criá-lo, não é menos verdade que, em muitas ocasiões, a atividade da jurisdição o leva a completar a lei para adaptá-la através da interpretação a casos não previstos pelo legislador. Logo, se não motivasse as suas sentenças não haveria a possibilidade de aferir se os seus raciocínios foram adequados ou não, sem falar que essas decisões deixariam de servir para a elaboração da ordem jurídica e, por consequência, seriam imprestáveis para a formação de precedentes para decisões futuras⁴².

Os princípios que servem de base à argumentação jurídica, vão apresentar-se como “topoi” aos quais o juiz pode recorrer de modo a dar fundamento a uma decisão, sendo esse papel desempenhado pelos princípios gerais de direito. Esses princípios gerais, no entanto, devem ser formulados, escolhidos e interpretados para se saber da

³⁹CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 49.

⁴⁰PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 474.

⁴¹PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 479

⁴²PERELMAN, Chain. Op. Cit. p. 478.

sua pertinência para o caso concreto e, também, para que possam ser acolhidos pelo auditório. Assim, a argumentação jurídica adota uma perspectiva pluralista, ao contrário das ciências analíticas que procuram uma única verdade e, por isso, são de caráter monista. O filósofo de Bruxelas, com a sua teoria da argumentação, procura encontrar uma solução racional razoável para as disputas que envolvem valores humanos, devendo a ação de escolha implicar, necessariamente, numa relação de diálogo e na rejeição da violência e da intolerância. E nessa perspectiva a argumentação defendida por Perelman se abre para “o múltiplo e para o não-coercivo, valendo-se da tópica e da retórica aristotélicas”.⁴³

Os princípios gerais de direito sempre fizeram parte do raciocínio jurídico, mesmo no positivismo, onde tinham apenas um papel subsidiário, pois eram aplicados só na omissão do direito e, ainda assim, quando não fosse possível superar a omissão legal, pela analogia e costumes. Não foram os princípios gerais de direito, portanto, criados por Perelman. A este cabe apenas o mérito do resgate desses princípios que deixaram de estar subordinados às regras. Princípio e regras, segundo o filósofo, podem ser usados como justificação de determinada decisão, desde que sejam suficientes para fundamentar determinada tese, gerando para esta a aceitação, mesmo a daqueles a quem o direito afeta, pois o direito deve ser obedecido, porque é legítimo e não porque obriga⁴⁴.

5.2 O raciocínio judicial na perspectiva de Dworkin

As obras de Ronald Dworkin são outro importante marco teórico do raciocínio judicial, a partir de críticas feitas ao positivismo-normativista do filósofo inglês Herbert L.A. Hart. Para Hart o juiz julga casos fáceis e difíceis. No primeiro caso, limita-se a aplicar a lei através de simples exercício de cognição. Nos casos difíceis, todavia, havendo falta de critérios normativos inseridos objetivamente no sistema, isto é, não estando o caso juridicamente regulamentado, o juiz deve então “exercer o seu poder

⁴³ CAMARGO, Margarida M.L. *Hermenêutica e argumentação – uma Contribuição ao Estudo do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 209.

⁴⁴ CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 50.

discricionário e criar o direito”,⁴⁵ atuando dessa forma segundo a sua vontade aplicando concepções morais válidas.⁴⁶

Dworkin acolhe a tese dos casos difíceis e fáceis. Concorda com Hart na questão pertinente aos casos fáceis, onde o juiz se limitaria a aplicar a lei posta. A discordância surge na solução dos casos difíceis. Para o jurista inglês o juiz age conforme a sua vontade, posição não aceita por Dworkin, para quem o juiz deve agir, guiado pela razão prática, usando os princípios de modo a fundamentar a sua decisão. A teoria do filósofo americano busca superar a separação total que o positivismo fez entre moral e direito, ao atribuir valor jurídico a alguns princípios morais, pois a sua concepção de direito não se apresenta como um conjunto de regras apenas, mas como um sistema de princípios e regras. O pensamento de Dworkin está voltado para a proteção dos direitos fundamentais e com a separação dos poderes, dada a sua formação liberal, razão pela qual tenta criar uma doutrina que supere e elimine o poder discricionário dos juízes nas decisões judiciais e, para isso, defende a tese de que princípios são direitos devendo ser levados a sério⁴⁷.

Os princípios se dividem em princípios em sentido estrito e diretrizes políticas. As diretrizes políticas estão voltadas para certos objetivos a serem alcançados nas áreas sociais e econômicas. Os princípios em sentido estrito, ao contrário, têm por fim a proteção de certos direitos prescritos, ligados a exigências de justiça e equidade (morais). Na possibilidade de conflito entre princípios devem prevalecer os princípios em sentido estrito⁴⁸.

Os princípios e as regras têm papéis diferentes a cumprir, conforme ensina Dworkin. Enquanto preposições normativas as regras devem ser aplicadas pela forma do tudo ou nada. Ocorrendo os fatos previstos a regra incide imediatamente (fenômeno da subsunção), produzindo os seus efeitos, com exclusão de qualquer outra, pois o comando é objetivo e não comporta maiores discussões acerca da sua aplicabilidade.

⁴⁵ HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 335.

⁴⁶ CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 50.

⁴⁷ CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 51.

⁴⁸ *Ibidem*

A regra só não incidirá sobre a “hipótese de fato que contempla, se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor”.⁴⁹

Quanto aos princípios contêm eles uma maior carga valorativa, um fundamento ético ou uma decisão política relevante e indicam um determinado caminho a ser seguido. Os princípios não se referem ao caso concreto, pois não têm “pretensão de decibilidade e abrangência, mas sim de complementaridade”.⁵⁰ Em certas ocasiões pode, inclusive, haver pluralidade de princípios em relação a um mesmo caso, por vezes contrapostos, o que é próprio de um sistema jurídico plural e dialético. Por esse motivo, os princípios não podem ser aplicados na forma do tudo ou nada, como ocorre em relação às regras, mas por intermédio de práticas racionais que dêem aos princípios “uma dimensão de peso e importância”. Assim, face ao caso concreto, o intérprete deverá fazer uma escolha do princípio com peso maior, sem invalidar os outros, mediante ponderação⁵¹.

A distinção entre o papel dos princípios e das regras no raciocínio judicial proposto por Dworkin é de vital importância para superar a doutrina de Hart que, na hipótese de norma de textura aberta, resolve a questão atribuindo aos juízes o direito de julgar o caso através de um ato de vontade, sem qualquer discussão de valores, isto é, por simples discricionariedade. Dworkin insurge-se contra essa discricionariedade do magistrado e afirma que ela só existe porque o positivismo dá pouco valor aos princípios, negando-lhe caráter vinculante. As razões dessa posição estão ligadas ao dogmatismo legal do positivismo, por um lado, e ao caráter duvidoso dos princípios, por outro. O caráter duvidoso dos princípios, por sua vez, está diretamente ligado a duas questões: a) problemas com a identificação do princípio e de seu conteúdo; e b) problemas que dizem respeito à aplicação de um princípio a determinado caso. Em outras palavras, em que caso deve ser aplicado um determinado princípio?

Na tentativa de responder a estes dois problemas: a identificação e a escolha dos princípios, Dworkin começa por rejeitar a doutrina de Hart que identifica os princípios por intermédio de uma regra de reconhecimento que ficaria responsável pela

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 30-31.

⁵⁰ CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 51.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 31.

verificação do “*pedigree*” de uma regra, o que decorreria sempre de uma regra superior, numa análise formal, sem o uso da razão. Em substituição a este modelo Dworkin apresenta um método “reconstrutivista” para a identificação dos princípios. Por esse modelo de identificação o juiz ao decidir um caso concreto não estaria criando o direito, pois a criação do direito é tarefa do legislador, por força da imposição da separação de poderes existente nos Estados Democráticos de Direito. O juiz, na verdade, ao julgar um caso difícil, através de um processo de racionalização, apenas estaria recriando todo o material normativo vigente, na procura dos “conteúdos teleológicos (diretrizes) e princípios morais (princípios em sentido estrito) assimilados pelo legislador político”.⁵²

A tarefa de identificar e escolher o princípio adequado para um determinado caso tornou-se mais complicada, a partir da afirmação de que, mesmo nos casos difíceis, só há uma resposta certa para a sua solução. Para defender a sua posição Dworkin vale-se de um recurso de representação, denominado de Juiz Hércules. Este juiz seria dotado de habilidades, idéias e de todas as informações necessárias para conhecer todos os princípios, de modo a poder associá-los, até encontrar a solução certa para determinado caso, apesar da alegada dificuldade para que isso acontecesse.

O pensamento de Dworkin gira em torno de um “princípio de integridade” que envolve dois princípios: um legislativo e outro jurisdicional. O princípio legislativo impõe ao legislador a elaboração de leis coerentes, voltadas para os interesses próprios de um estado de direito. Em outra vertente, o princípio judiciário exige dos juízes que façam a interpretação da lei de forma coerente⁵³, utilizando-se dos princípios que servem de pano de fundo a toda a ordem jurídica, evitando julgamentos político, eis que “não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente podem ser tomadas sob o controle popular”⁵⁴, ao qual não estão sujeitos os juízes. Tal fato atentaria contra o ideal democrático por razões de equidade, ligadas à igualdade de poder político, porque “se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então

⁵² CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 52.

⁵³ CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 52.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.17.

o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores mas não juízes, é enfraquecido, o que é injusto”.⁵⁵

Para Dworkin os princípios devem ter coerência moral e política e não se resumem apenas àqueles positivados, isto é, previstos em lei. Por outro lado, estabelece, ainda, e aqui subordinando a autonomia pública à autonomia privada, que o próprio legislador eleito democraticamente está impedido de produzir regras que afrontem os direitos morais que ele identifica em grande parte, com os direitos fundamentais constitucionais, “afirmando com isso uma supremacia não apenas formal, mas material da constituição”.⁵⁶

5.3 O raciocínio jurídico no Estado Democrático Constitucional

As teorias que em meados do século XX se insurgiram contra o positivismo jurídico, para restaurarem os juízos de valor na argumentação jurídica, possibilitando que as decisões judiciais fossem construídas levando em consideração princípios gerais de direito, com prevalência de valores éticos e morais, surgiram em Estados com modelos de democracia de baixa intensidade, pois não incluíam, ainda, questões sociais e direitos daí decorrentes, no debate democrático.

Nas últimas décadas inúmeros países, dentre eles o Brasil, implantaram democracias baseadas em princípios constitucionais normativos, isto é, que “passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins [...] dão unidade e harmonia ao sistema integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas”.⁵⁷ Posto isso, como se deve desenvolver a hermenêutica do debate judicial, no século XXI, onde se vão insinuando as democracias pluralistas que admitem várias instâncias de formação e deliberação⁵⁸?

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p. 30.

⁵⁶ CUNHA, José Ricardo. *O Juiz e a Ética*. Rio de Janeiro: FGV-Direito, p. 53.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit. p. 29.

⁵⁸ ZANETI Jr, Hermes. Democracia e judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia, in “*O Poder do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais*”. Cordenação: José M.G.Medina et al. São Paulo: RT, 2008, p. 200.

Os tempos são outros e a necessidade de novas formas de debate judicial são necessárias, pois as teorias de Perelman e Dworkin são insuficientes para atender às exigências do novo Estado Democrático de Direito, agora chamado de Estado Constitucional Democrático, que surgiu como resultado da evolução histórica do Estado Social, que agregou o elemento participativo na formação das decisões estatais⁵⁹.

Essa participação das decisões estatais exige comprometimento e a sua efetivação demanda reconhecer a “importância do diálogo, da dialética, como direito de influência e dever de debates por parte do órgão de decisão”. E assim é porque o novo Estado Democrático de Direito além de consolidar as conquistas liberais relativas aos direitos fundamentais de primeira geração (liberdades negativas); os direitos fundamentais de segunda geração, entendidas como conquistas igualitárias, de busca de igualdade substancial (preocupação promocional do direito e liberdades positivas); e, ainda, os direitos fundamentais de terceira geração (representados pelas conquistas da solidariedade e da comunidade, direitos difusos e coletivos), também passou a reconhecer e proteger a quarta dimensão dos direitos, dando ao cidadão o direito fundamental de participar nos atos de decisão política, em sentido amplo. Esse direito de participação permite ao cidadão, destinatário do ato final de decisão, interferir “nos atos intermediários de formação dessa decisão, bem como no direito de questionar a *posteriori* a decisão tomada nas esferas próprias de competência e que reflita na sua esfera de interesses.”⁶⁰

Podemos então afirmar que nas sociedades democráticas a solução das tensões sociais não está atrelada ao interesse individual (Estado Liberal), ou mesmo ao de grupos de indivíduos qualificados pela maioria ou por sua especial qualidade de governar “no qual a maioria ou a aristocracia define o conceito de “bem”, exigindo-se o *consensus* “ (Estado Social). Ao contrário, a pacificação dos conflitos passa pelo direito, entendido este como justiça (pretensão de correção)⁶¹.

⁵⁹ZANETI Jr, Hermes. Op. Cit. p. 201.

⁶⁰ZANETI Jr, Hermes. Op. Cit. p. 202.

⁶¹ZANETI Jr, Hermes. Op. Cit. p. 204.

O modelo de Estado, como se vê, evoluiu e incorporou outros valores. Assim, necessário se faz um novo modelo de procedimentos judiciais para atender às demandas em que se discuta o valor participação que não mais “se reduz à democracia da maioria”, ao revés, deve atuar sob o manto protetor da democracia de direitos fundamentais reconhecidos no Direito Constitucional. A construção do raciocínio judicial deve, então, observar “o debate regrado, controlável pelos princípios da não contradição, da discussão por tópicos claros e marcada pelo tempo processual”, possibilitando, dessa forma, o controle dos poderes constituídos, por intermédio da verificação e “da correta atuação da vontade constitucional e do interesse público primário”⁶². Não se justifica mais a separação de poderes de forma estanque e nem a afirmação de que juiz não pode emitir decisões de caráter político, se isso for necessário à salvaguarda dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

6 CONCLUSÃO

A título de encerramento podemos afirmar que o direito não é estático, está em constante evolução. E essa evolução está fincada em dois fundamentos: a) um sistema de regras jurídicas criadas num determinado momento histórico; e b) a utilização de práticas judiciais, na busca de soluções justas. Esses dois fundamentos, utilizados na aplicação do direito, devem coexistir de forma equilibrada na realidade social de cada época e esse é um papel a ser desempenhado pelo juiz, através do raciocínio judicial.

No jusnaturalismo o juiz tinha dois balizamentos a observar para proferir as suas decisões: o do direito posto e o do direito natural, pautado este por princípios morais e éticos que buscavam uma solução equilibrada e justa para cada caso. Em caso de conflito entre as normas do direito positivo e do direito natural o juiz fazia prevalecer o último e decidia de forma racional, com base num juízo de eqüidade, de valores, portanto.

⁶²ZANETI Jr, Hermes. Op. Cit. p. 204-205.

Com a codificação o direito positivo incorporou o direito natural o que levou ao seu ocaso. O positivismo surgiu com o direito da Revolução Francesa e estendeu-se até meados do século XX, com a derrubada do regime nazista. No seu início o positivismo não admitia que os juízes emitissem juízos de valor, o direito estava contido na lei e restava ao juiz ser a boca da lei dizendo o direito caracterizado pelo dogmatismo e completude. Em fase posterior, o juiz teve a possibilidade de completar o direito em casos que a lei era omissa, mas ainda estava sujeito a certas amarras, pois os princípios gerais de direito só eram usados em caráter secundário.

O pós-positivismo trouxe novas luzes para a problemática do raciocínio judicial através das doutrinas de Perelman e Dworkin. O primeiro com a sua teoria da argumentação valorizada pela retórica, onde o juiz deixa de lado a lógica formal para utilizar a lógica da argumentação jurídica. A doutrina de Perelman criou instrumentos para encontrar uma solução racional razoável para as disputas que envolvem valores humanos, onde se destacam os argumentos utilizados pelo juiz para convencer o auditório a que se dirige que aquela é a melhor solução para o caso, fato que implica também numa legitimidade do direito para todos, inclusive para aquele a quem obriga. Dworkin constrói a sua doutrina em cima de uma crítica ao método de criação do direito pelos juízes ingleses, defendido por Hart, que resolveriam os casos difíceis com um simples ato de vontade, fincado nas suas concepções morais válidas, desvinculado da razão, sempre que a lei fosse omissa. Para o filósofo americano isso é errado. Para ele o juiz deve julgar com base em princípios e regras, cabendo-lhe fazer uma escolha do princípio a aplicar, mediante ponderação. O juiz não cria o direito apenas o reconstrói com base em princípios legislativos e judiciais coerentes, de modo a encontrar a solução justa para cada caso.

Na modernidade, com o advento do Estado Democrático Constitucional de Direito, o raciocínio judiciário deve ser aperfeiçoado conciliando os modelos anteriores com novos paradigmas que permitam avançar na preservação e distribuição da liberdade, da igualdade e da fraternidade, dentro de um espaço democrático de deliberação procedimental, para a afirmação dos caminhos a serem seguidos, na busca dos novos ideais de justiça onde possa pontificar o respeito pelas diferenças existentes entre as pessoas, independente do gosto e de inclinações pessoais.

REFERENCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo:Saraiva, 2002,

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro, *in* **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Ana Paula de Barcellos...{et.al.};organizador:Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar,2003.

BOFF, Leonardo. **Ética e moral**: a busca dos fundamentos. Petrópolis: RJ,Vozes, 2003.

CAMARGO, Margarida M.L. **Hermenêutica e argumentação** – uma Contribuição ao Estudo do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

CUNHA, José Ricardo. **O Juiz e a Ética**. Rio de Janeiro: FGV-Direito, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FASSO, Guido."jusnaturalismo".*in* BOBBIO, Norberto, **Dicionário de Política**, 2004.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. 2.ed. Rio de Janeiro:Lúmen Júris,2003.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis: RJ,Vozes, 1995.

RUSS, Jacqueline. **Pensamento ético contemporâneo**. São Paulo: Paulus, 1999.

PERELMAN, Chain. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REAL, Miguel. **Filosofia do direito**. 19.ed. São Paulo:Saraiva, 1999.

ZANETI Jr, Hermes. **Democracia e judiciário na (re)politização do direito**: notas para o papel dos juízes e do judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia, *in* "O Poder do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais". Cordenação: José M.G.Medina et al. São Paulo: RT, 2008.