

HARD CASE IN THE LAW APPLIED IN MOZAMBIQUE: BETWEEN LEGAL REALISM AND HARTIAN THEORY**O HARD CASE NO DIREITO APLICADO EM MOÇAMBIQUE: ENTRE REALISMO JURÍDICO E TEORIA HARTIANA**artigos
científicos**Jeremias Arone Donane¹**

¹Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – Brasil, Graduado em Direito pela Universidade Zambeze – Moçambique, Graduado em ensino de Francês com habilitações literárias ao ensino de Inglês pela Universidade Pedagógica – Moçambique, Advogado – Estagiário e Membro da Ordem dos Advogados de Moçambique. E-mail: jeremiasrone90@gmail.com

Recebido/Received: 13.05.2022/ May 13th, 2022.
Aprovado/Approved: 05.10.2022/ October 5th, 2022.

RESUMO

A obediência a ordem constitucional representa um lençol freático de visibilidade incontestável na construção do imaginário coletivo, tem como resultado a irradiação da vontade da Constituição perante os aplicadores da lei e a sociedade dos intérpretes, gerando estímulos que purificam o gatilho do respeito pela supremacia da norma superlativa e absoluta do ordenamento jurídico. A crise do positivismo jurídico decorre da incompletude do sistema, com foco em um sistema lacunoso na resolução de determinadas demandas. A confecção do direito por intermédio de integração de pautas morais, fundamentos do pós-positivismo, concebe instrumentos poderosos ao serviço do direito e da justiça. Os casos difíceis são reflexos de pragmatismo que perpassam o direito posto e que a sua correlação de força obstrui o juiz passivo, aquele, disposto a vincular - se literalmente a lei. A falta da cobertura legal diante de um caso concreto, fulmina o poder de adjudication do juiz positivista, em face da sua passividade. A busca pelo esclarecimento legal, através do princípio da motivação das decisões, constitui um verdadeiro banco de prova e a purificação do sistema democrático, do modo que, o seu antagonismo, como o recurso a discricionariedade pressupõe um enorme perigo ao castelo legal e, portanto, a Constituição. O presente artigo propõe refletir sobre a teoria das decisões judiciais em face dos casos difíceis em Moçambique, demonstrando a ingestão da discricionariedade proposta por Herbert Hart, no realismo jurídico como um verdadeiro atentado à ordem constitucional.

Palavras-chave: Casos difíceis; positivismo; decisões judiciais; direito.

ABSTRACT

Obedience to the constitutional order represents a water table of undeniable visibility in the construction of the collective imaginary, it results in the irradiation of the will of the Constitution before the applicators of the law and the society of interpreters, generating stimuli that purify the trigger of respect for the supremacy of the superlative and absolute norm of the legal system. The crisis of legal positivism stems from the incompleteness of the

system, focusing on the system in the resolution of certain demands. The preparation of law through the integration of moral agendas, foundations of post-positivism, conceives powerful instruments at the service of law and justice. The difficult cases are reflections of pragmatism that permeate the right put and that their correlation of force obstructs the passive judge, the one willing to bind - if literally the law. The lack of legal cover in the face of a specific case, fulminate power of adjudication of the positivist judge, in the face of its passivity. The search for legal clarification, through the principle of the motivation of decisions, constitutes a real bank of proof and the purification of the democratic system, in such a way that its antagonism, as the use of discretion presupposes a huge danger to the legal castle and, therefore, the Constitution. This article proposes to reflect on the theory of judicial decisions in the face of difficult cases in Mozambique, demonstrating the intake of discretion proposed by Herbert Hart, in legal realism as a true attack on the constitutional order.

Keywords: *Hards cases; positivism; judicial decision; law.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. REALISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA. 3. PARADOXO DA TEORIA DAS DECISÕES JUDICIAIS ENTRE RONALD DWORKIN E HERBERT HART. 4. APLICAÇÃO DOS HARD CASES - CASOS DIFÍCEIS EM MOÇAMBIQUE. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A vida social é um complexo de intervalo de certeza sobre ocorrência de conflitos intermitentes, cujo eixo dinamiza a evolução da Constituição, através de novas aspirações que corporificam regras e princípios estabilizadores da ordem constitucional. Os diferentes hábitos introjetados no seio da sociedade política, podem gerar profunda deflagração moral, com sequência de episódios violentos ou que possam complexificar as configurações sociais. Daí, a experiência legislativa torna - se um retrato nítido na busca de possibilidades e pontos de contato sobre a consagração de novos direitos ou mesmo pelos tentáculos de reconfiguração em face do novo universo e do clima de tensão.

A sociedade é a principal beneficiária das normas jurídicas, do modo que a sua ação é um crepúsculo gerador de redimensionamento de novos direitos, descrito em tentativas de reordenar as relações sociais anômalas, a partir de inserção de arquétipos jurídicos, pois o direito visa por outro lado, restaurar a ordem do que seria desordenado. Entretanto, uma observação pedagógica ecoando essa análise, decorre do próprio estágio da evolução social, que permeia autonomamente uma saída do microcosmo para responder aos anseios que percorrem a nova atmosfera social.

Numa sociedade resguardada pela supremacia constitucional, a interpretação é o método epistêmico correspondente a uma metafísica da liberdade. Portanto, a interpretação jurídica insiste que a lei é um produto de nossa liberdade. Nesse sentido, é propedêutico reafirmar que o direito está ao serviço da coletividade,

o direito é e deve ser uma terapia, cuja sustentação deve buscar corporificar um ambiente democrático transparente, do ponto de vista de obediência a ordem constitucional e protegida pela segurança jurídica¹.

Destarte, a aplicação do direito formal tem o valor impresso na Constituição e na lei, a preocupação pela teoria das decisões judiciais ou pela forma que os juízes julgam, torna – se uma grande exigência para os operadores de direito, principalmente quando que lhe são confrontados com *hards cases*², aqueles em que cuja solução não está pré-estabelecida pelo sistema jurídico, suscitando uma complexidade ao aplicador do direito em face da ausência da cobertura legal. As nuances sobre o recurso à tomada de uma decisão justa, e, consecutivamente a fundamentação, são uma verdadeira testa de ferro para juízes positivistas, conforme descrevemos na fase perfunctória do presente trabalho.

Conforme nos chega, às profundezas do positivismo jurídico tocam a uma concepção do juiz passivo, sem a possibilidade de refletir a extensa rede de evolução do direito, é um juiz asfiziado a literalidade, que facilmente perde - se diante de casos difíceis, por ausência de instrumentos, como disse Lincoln: um juiz completamente previsível é um mau juiz, porque não nos dá nenhuma prova de que é capaz de pensar. Por conseguinte, todo caso submetido à tutela legal é um caso, e, portanto, tem a sua complexidade.

A decisão judicial é a exteriorização da função jurisdicional, nesse processo prolixo busca - se por uma decisão justa as partes, daí que, é irrelevante o recurso ao mecanismo discricionário dos aplicadores do direito, conforme sustenta Hart. Interpretar é uma questão de persuasão, e não de demonstração. As decisões judiciais devem ser pautadas por critérios transparentes e em plena conformação com os protótipos democráticos, capazes de extraírem a sua validade na Constituição, partindo de uma norma geral (abstrato) para o individual (concreto). Contudo, na concepção Dworkiana, a melhor interpretação é aquela do Direito - *Law as integrity* vinculado a força de conexão entre a jurisprudência e adjudicação.

É tangencialmente inconcebível a valorização excessiva do formalismo jurídico, como prega a corrente positivista, por esta mostrar – se como um verdadeiro nó de estrangulamento ao desenvolvimento do próprio direito, com assunção de um papel paradoxal a defesa da Democracia e das instituições, no que toca a priorização da discricionariedade como substrato de manipulação por parte do aplicador da lei no âmbito da tomada de decisão, conforme defende Neves Castanheira.³ Entretanto,

1 Afirmar que a segurança constitui um destes fins, ou um dos elementos materiais de compreensão do princípio, significa dizer que, para os cidadãos, a atuação dos poderes públicos deve ser sempre uma atuação ante visível, calculável e mensurável. Num Estado de direito, as pessoas devem poder saber com o que contam. As relações entre o poder e os seus destinatários têm por isso que ser fundadas a partir da ideia segundo a qual o comportamento dos poderes públicos deve ser um comportamento confiável. AMARAL, Maria Lúcia. A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 177/178, com grifos do original.

2 Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado." (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 306) "(...) quando juristas competentes se dividem quanto qual a decisão se exige, porque as únicas leis ou precedentes pertinentes são ambíguos ou não há nenhuma opinião firmada com pertinência direta, ou porque o direito, por alguma razão, não está assente." (DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 109)

3 A propósito Castanheira Neves nos diz que: "ao juiz há que «dar-se lhe o poder e o papel que exige a nossa modernidade» ... o poder judicial, a função judicial e, sobretudo, é melhor, a jurisdição tornaram-se um tema e uma problemática centrais no universo jurídico dos nossos dias... pelo que é fundamental ter presente a impossibilidade de compreendermos hoje o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo... o positivismo jurídico está definitivamente morto – devemos dar substância a uma razão jurídica alargada".

fica cada vez mais agudo que, no plano da interpretação do direito, principalmente em casos difíceis, o aplicador da lei deve assumir um papel cada vez mais ativo⁴ e criativo.

Portanto, conforme a expressão popularmente difundida, *“uma norma jurídica que não se aplica por si só”* é conformável. Entre o estado de direito e o julgamento, há inevitavelmente uma lacuna que apenas um ato livre pode preencher. Cabe então ao juiz decidir o que a lei significa. Não pode haver nenhum método pelo qual um juiz possa determinar a correta aplicação de uma regra em um caso controverso, suscita um amplo terreno de arbitrariedade e autoritarismo no exercício da democracia⁵.

Do ponto de vista metodológico, o texto pauta por uma pesquisa teórica e exploratória, buscando investigar a dimensão jurídica sobre as decisões judiciais em casos difíceis, mas também se propõe em buscar descrever o atual estado da arte sobre o tema, mas também esclarecer eventuais obscuridades, uma visão prescritiva e pragmática para um novo cenário.

2. REALISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA

O mais destacado precursor do Realismo Jurídico foi o juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes Jr, o qual presidiu a Corte entre os anos de 1902 a 1932. Esta importantíssima corrente pragmática direito surgiu para criticar o método de Langdell, ao qual teve como precursor Christopher Columbus Langdell, que estabelecia perfunctoriamente, que o direito deve ser tratado como uma ciência objetivamente lógica, ou seja, que o aplicador do direito deve apenas aplicar a lei, posicionamento este, em contradição com o movimento do Realismo Jurídico, que ulteriormente foi apresentado tanto como uma teoria do direito, bem como um método de ensino jurídico. (GODOY, 2013).

O realismo jurídico na seara da atmosfera doutrinária, está intrinsecamente ligada a duas grandes correntes, a destacar, o realismo norte americano e o realismo escandinavo, esta última encabeçada dentre vários, por Alf Ross. Entretanto, na sua dinâmica gestacional, apresenta dissemelhanças pontuais, porém, com um diálogo lógico pautado numa teoria de interpretação jurídica, em meio às premissas da heterogeneidade do direito.

De acordo com esta corrente, quando a interpretação é emanada de uma autoridade competente, que não seja necessariamente o juiz, ocorre que as decisões dessa autoridade não são passíveis de recurso, ela vincula - se e produz efeitos no ordenamento jurídico para qualquer que seja o seu conteúdo, ainda que vá contra o

4 A missão confiada ao juiz de resolver os litígios com base nos textos em vigor inclui inevitavelmente um elemento de interpretação. Como mostrou Kelsen, a atividade judiciária, que faz parte do “processo de crescente individualização e concretização” do direito, já não advém de uma simples constatação: a determinação da norma a ser aplicada tem caráter “constitutivo”. simplesmente declarativa”; e a indeterminação dos textos implica sempre que se faça uma escolha entre os diferentes significados possíveis. A interpretação é, assim, inerente ao exercício da função judiciária.

5 O estado democrático é aquele em que, com maior adequação ao modelo ideal, se alcança a liberdade na convivência, ou seja, a convivência dos seres livres, e, portanto, é o que mais se aproxima da realização [...] o ideal de justiça. Norberto. Bobbio, *Autobiografia*, ed. A. Papuzzi, Bari, Editori Laterza, 1999, p. 87.

senso comum, a intenção do autor do texto interpretado ou as regras da linguagem comum daquela comunidade política. Em primeiro lugar, a interpretação é uma função da vontade e não do conhecimento, porque o sentido de um texto é produto de uma prescrição. Por outro lado, o texto não tem, antes da interpretação, nenhum significado passível de ser descoberto. Portanto, se a norma é definida como o sentido prescritivo de um texto, o verdadeiro autor da norma não é o autor do texto, mas o intérprete.

Holmes afasta - se de qualquer conteúdo formal e metafísico do direito, a sua abordagem pragmática, preconiza fundamentalmente, que o Direito não é a lógica, mas experiência⁶. Fazendo - se valer da metáfora do *bad man*, que pressupõe uma análise sobre a eventual sanção jurídica a quem se dispusesse em violar uma norma, daí que o autor, apresenta a sua "teoria da previsão", para demonstrar a possibilidade de se antever as decisões proferidas pelos tribunais. Este caminho da decisão judicial proposto por Holmes, seria passível de ser antecipada, buscando-se conhecer como os juízes decidiram em outros casos semelhantes. E, como objeto de seus estudos, reuniu tratados, leis e estatutos vigentes em 600 anos de História e os denominou oráculos da lei.

É certo que este reduto vivo do pensamento de Holmes⁷, tem observações que diretamente convergem no processo de formação das decisões nos tribunais americanos, nas chamadas teorias de precedentes judiciais. O seu ponto original baseado na previsão como condão do pragmatismo, tem um compromisso direto com a segurança jurídica e estabelece um horizonte de expectativa com a dicção:

[...] As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até que ponto correrão o risco de ir contra o que é tão mais forte que elas mesmas, e, portanto, torna-se um objetivo descobrir quando esse perigo deve ser temido. O objeto do nosso estudo, então, é a previsão, a previsão da incidência da força pública através do instrumento dos tribunais. As profecias que os tribunais farão, de fato, e nada de mais pretensioso, são o que quero designar como Direito⁸.

O realismo nada mais é senão uma tendência da teoria geral do direito, que se define como uma atitude ou, como diria Norberto Bobbio, uma abordagem, que consiste em querer descrever a lei como ela realmente é no plano do pragmatismo jurídico. Como é e não como deveria ser de acordo com esta ou aquela filosofia moral ou política. Nesse sentido, o realismo está ligado ao positivismo jurídico, sem necessariamente negar a existência de um direito natural, afirma que não é possível descrevê-lo de qualquer forma como se descreve o direito vigente ou o direito positivo.

6 The life of the law has not been logic: it has been experience. Cf. HOLMES, Oliver Wendell. **The path of law and the common law**. New York: Kaplan, 2009, p. 31; LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 1979, p. 175.

7 Quando estudamos direito não estamos tratando de um mistério, porém de uma profissão muito conhecida. Estudamos o que devemos buscar ao falarmos com um juiz, ou como aconselhar as pessoas de modo que elas evitem problemas e fiquem distantes dos tribunais. A razão pela qual o direito é uma profissão, os motivos pelos quais as pessoas paguem advogados que as representem junto aos juízes, reside no fato de que em sociedades como a nossa o comando da força pública está concentrado em juízes, que movimentam toda força do Estado, se necessário, para o implemento das decisões judiciais. As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até onde elas correm riscos de se encontrarem em face do que é muito mais forte do que elas, e conseqüentemente isso se torna um negócio a resolver, quando tal perigo é fonte de temor. O objeto de nosso estudo, então, é a previsão, é a previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes de justiça (HOLMES, 1992, p.160).

8 HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 16.

No entanto, o realismo jurídico escandinavo diz respeito a uma corrente do pensamento jurídico cujo um dos grandes precursores foi o jusfilósofo dinamarquês Alf Ross. Os realistas escandinavos eram diametralmente opostos ao pensamento partilhado pelos realistas americanos, que eram, em sua maioria, advogados, juízes e professores de direito. Os escandinavos, por outro lado, eram filósofos e juristas dedicados à academia ou à pesquisa do direito e da filosofia do direito. Entretanto, os escandinavos estudam o Direito como norma e como fenômeno jurídico. A norma assinala o sentido do comportamento do juiz e o fenômeno jurídico da sua submissão às regras, o que faz com que seu estudo corresponda, simultaneamente, à Ciência Jurídica e à Sociologia Jurídica.

Os realistas escandinavos pretendem a total exclusão de todo elemento afastado da realidade tangível, observável e objetiva, eliminando todos os juízos axiológicos da jurisprudência. A escola escandinava tende a considerar com sentido somente enunciados que forneçam informações sobre o que é real. Assim, todo enunciado que não tiver uma referência empírica e não constituir uma menção à realidade será considerado metafísico, o que não é absolutamente rejeitado pelo realismo.

3. PARADOXO DA TEORIA DAS DECISÕES JUDICIAIS ENTRE RONALD DWORKIN E HERBERT HART

Numa observação mais metódica, o estudo da teoria das decisões judiciais terá como pressuposto a harmonia para o equilíbrio da sociedade, em função desse órgão ser independente, à luz dos três poderes tradicionais. As decisões judiciais tornam-se ortodoxas nas sociedades democráticas, pós, traduzem - se na manifestação do raciocínio desenvolvido pelo aplicador da lei, a demonstração do *inter* lógico do magistrado quer na construção da lei ou na evolução da jurisprudência e, portanto, a sua ausência geraria desconfiança e a insegurança que o julgamento secreto causaria a comunidade.

A decisão corporifica o que se chama de exteriorização da função jurisdicional, o ofício magistral deve ser exercido para o alcance da pacificação social, autocontrole, com segurança e limites substanciais impostos pelo direito. Muito embora, o direito em si se sustente e se retroalimente, ele depende de técnicas de interpretação para cumprir com o seu papel social de justiça, como destaca peremptoriamente Dworkin, o direito é uma ciência eminentemente interpretativa⁹.

No âmbito da sua das suas reflexões, Ronald Dworkin, defensor da corrente chamada juspositivismo, em contraposição ao Hart, Dworkin estabelece critérios comparativos entre o Direito a uma atividade literária, em que o texto passa de mãos em mãos, formando uma única história. Numa primeira perspectiva, é sobre os sentidos que se atribui às proposições de Direito que compõem esta história,

⁹ O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 488

quando o intérprete tem em seu poder o texto para dar continuidade a trama. Com as proposições claras, que não deixam dúvidas interpretativas, o intérprete continua a redigir o texto sem dificuldades, mas quando ele se depara com casos difíceis que exigem que ele recorra a proposições gerais e abstratas, como os princípios, que não indicam uma resposta imediata, fica em dúvida sobre o melhor caminho para dar continuidade à história.

A decisão do magistrado (aplicador da lei), deve se fundamentar nos paradigmas principiológicos, a moralidade política da comunidade¹⁰, em situações que não haja uma regra determinada, em virtude dessa última ser aplicada no modo *tudo ou nada*. Nas suas próprias palavras, Dworkin (2002, p. 36):

Denomino "política" que será "aquele" tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política e social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Nesse sentido, Dworkin rejeita a tese do positivismo jurídico proposta por Herbert Hart, quando alega que, para os casos, "casos difíceis", ou seja, aquele que não tenha uma previsão legal preestabelecida no ordenamento jurídico, o juiz estaria apoiado - legitimado a usar a discricionariedade para lhes dar a solução. Com isso, o juiz seria naquele em caso concreto, um legislador. Como deve se ter no intelecto, o juiz não deve e não pode usurpar a função do legislador. Nessa particularidade, Hart, não fez a apresentação de formulações ou critérios cristalinos que devessem purificar um sistema democrático.

Uma possível solução, decorrente da inexistência de cobertura legal, na visão de Dworkin, ocorre a utilização de um conjunto de princípios para a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade, embora nessa tentativa também tivesse arrecadado grandes críticas¹¹. Nessa construção teórica, Dworkin destaca três concepções três distintas as etapas da interpretação. A primeira etapa

¹⁰ O conceito de Direito enunciado por Dworkin, enquanto interpretação, exige que se recorra à moralidade política de uma comunidade, seja isso realizado de maneira explícita, ou velada, como fazem os originalistas. Há um descompasso, portanto, entre o que a moralidade efetivamente representa nas decisões judiciais e a sua reputação perante os intérpretes do Direito.

¹¹ Há críticas de comentaristas dirigidas a Dworkin sobre esta questão da limitação da história, segundo a qual há dois "Dworkins", um que prezaria pela adequação histórica e outro que busca a resposta certa e que, com esse objetivo em mente, passaria por cima da história, se fosse necessário, para encontrar a melhor resposta. A esse respeito, menciona-se MICHAEL W. MCCONNELL o qual argumenta que: "Running through Dworkin's account is a profound ambivalence toward arguments based on history (text, history, practice, and precedent). It is not too much to say that there are two Dworkins, with two quite different versions of «The Moral Reading.» I will call these «the Dworkin of Fit» and «the Dworkin of Right Answers.» According to the Dworkin of Fit, judges are, and should be, seriously constrained by what has come before by text, history, tradition, and precedent- and should exercise their moral-philosophical faculties only within the limits set by history. The Dworkin of Fit recognizes that the constraints of history are an indispensable part of the «principle» that governs judicial decision making. The Dworkin of Right Answers, by contrast, distinguishes sharply between «the party of history» (bad) and «the party of principle»(good). He insists that text, history, and unwelcome precedent must be interpreted at a sufficiently abstract level that they do not interfere with the judge's ability to make the Constitution «the best it can be.»The «best reading» is the reading that, in the judge's own opinion, will produce the best answers, defined philosophically and not historically." (MCCONNELL, Michael W. *The Importance of humility in judicial review: a comment on Ronald Dworkin's Moral Reading of the Constitution*, Fordham Law Review, vol. 65, 1997, p. 1270) Esta crítica parece se equivocar. Explica-se. Dworkin, realmente, admite que a história é um importante fator de limitação na construção de sua decisão judicial, todavia, em momento algum afirma que há um dever de coerência com todos os elementos dela. Se um deles se apresentar anacrônico, incoerente, poderá ser afastado, porque a aplicação dele implicaria em uma resposta que menos se justificaria diante de toda prática jurídica. Essa questão de afastamento de uma decisão política passada é melhor esclarecida no Capítulo II.3.1., referente às etapas da interpretação e o método de Hércules.

diz respeito à fase pré - interpretativa; a segunda, na fase interpretativa; e a terceira, na fase pós- interpretativa. Ocorre que, em um primeiro momento, busca -se analisar em que consiste cada uma delas como uma introdução conceitual necessária, inclusive, ao método de Hércules.

Na fase (*pré-interpretativa*), traduz -se na identificação dos pressupostos que conectam - se aos consensos da comunidade política. Essa fase, ainda que se denomine pré- interpretativa, também envolve certa interpretação, ainda que mínima de acordo com Dworkin. Procura-se encontrar as bases comuns, os padrões com que todos concordam, isto é, visa-se encontrar o consenso, para então poder caminhar à fase seguinte e as pessoas se entenderem minimamente quando dialogam. A esse respeito Dworkin esclarece que:

“O direito não pode florescer como um empreendimento interpretativo em qualquer comunidade, a menos que haja suficiente consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas, de tal modo que os advogados discutam sobre a melhor interpretação a ser aplicada, *grosso modo*, aos mesmos dados. Essa é uma exigência prática de qualquer empreendimento interpretativo: seria inútil que dois críticos discutissem sobre a melhor interpretação de um poema se um deles tivesse em mente o poema *Sailing to Byzantium* e o outro estivesse pensando em *Mathilda Who Told Lies*. Não quero dizer que todos os advogados, sempre e em todos os lugares, devam estar de acordo sobre exatamente quais matérias devem considerar como matérias jurídicas, mas apenas que os advogados de qualquer cultura na qual a atitude interpretativa seja bem-sucedida devem, em grande parte, estar de acordo em qualquer época dada. Todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse sentido, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local”¹²

Na fase (*interpretativa*), o intérprete da lei irá estabelecer qual a melhor justificativa geral aos elementos da prática jurídica sobre os quais se encontrou consenso na fase anterior. Essa justificativa não precisa ser absolutamente convergente com todos os elementos da prática jurídica, até porque nem tudo sobre o que há consenso, quando analisado em conjunto, produz um resultado interpretativo uníssono. Dworkin destaca que a interpretação realizada nesta etapa, todavia, precisa ser fruto genuíno daquilo que se coletou enquanto característica e aspecto da prática jurídica na fase pré-interpretativa e não uma mera criação de algo novo.

Na fase (*pós-interpretativa*), o intérprete da lei deve chegar à concretização das normas aplicadas mediante um acordo com as exigências que a prática requer em consideração à justificativa geral da prática jurídica estabelecida na fase interpretativa. Nessa fase o intérprete deve definir que tipo de decisão concreta melhor atende à justificativa estabelecida na fase anterior. Há uma reformulação daquilo que se mostra inadequado na prática para que se atenda da melhor maneira possível à justificativa encontrada na etapa interpretativa. Essa fase apresenta o elemento mais dinâmico na interpretação, pois não exige consenso quanto ao que

12 DWORIKIN, Ronald. *O império do direito*, cit. p. 113

seria a decisão sob sua melhor luz, apenas que se observe à justificativa aceita na etapa interpretativa.

O desenho de construção do caso difícil ou *hard case*, apresentado por Dworkin, tem fio condutor na personificação da mitologia grega Hércules, com características genuínas, um herói forte, justo, muito respeitado, possuidor de além de sua força física, uma moral inabalável. Ocorre, porém, que Hércules é castigado com a maldição de Hera e afirma – em contraposição à construção de Dworkin do perfil desse juiz – que o mesmo não consegue vencer a culpa pelo fato de Hera ter cometido um infanticídio incitado pela sua existência.¹³

Na sequência, movido pela culpa Hércules, evocou para si todo o trabalho de julgar e através de seus braços, alterar a realidade social que, em última instância, origina-se de sua culpa. Hércules age como um engenheiro social, deslocando o centro do direito para o juiz. A tarefa de Hércules é justamente encontrar os princípios aplicáveis que façam parte do direito vigente e que justifiquem a história jurídica da comunidade, evitando assim, criar direitos e aplicá-los retroativamente, utilizando o direito como integridade. Nesse sentido, Ost há uma força gravitacional dos precedentes atuando nas decisões judiciais, e que esta é construída pelos argumentos de princípio que lhe fornecem sustentação, apresentando aí, a ideia da “teia inconsútil”.

Para Dworkin, o juiz Hércules deve buscar uma coerência global, deve verificar se a aplicação de um precedente, em um caso específico, não viola outros precedentes, isto é, outros argumentos de princípio que também deveriam ser levados em consideração para se chegar a uma solução equânime. A visão de Hércules, nesse sentido, deve ser a mais global possível, exige-se que ele conheça e compreenda um grande repertório jurisprudencial a fim de tomar a melhor decisão:

“(...) tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda¹⁴.”

Fica claro que a integridade, na construção de Dworkin, procura atribuir um suporte de padrões para as decisões pelo julgador nos casos concretos. A integridade, então, é a chave da melhor interpretação construtiva das diferentes práticas judiciais, especialmente quando os julgadores estão diante de uma decisão para um caso difícil. Herbert Hart, na demonstração da tese da separabilidade entre e a moral, procura refletir sobre qual *deveria ser* o objeto de estudo do direito. Na sua visão, Hart propõe um apelo é ao poder discricionário dos juízes, com base nas palavras do próprio Hart, a fim de para se evitar eventuais distorções:

13 OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho, Alicante, n. 14, 1993. P. 169-194. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 19 de outubro de 2008, p. 176.

14 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 273

“A interpretação que apresento neste livro é a de que as normas e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, muitas vezes têm o que costume chamar de “textura aberta”. Assim, quando se quer saber se certa norma se aplica a um caso específico, a lei não oferece resposta em nenhum dos dois sentidos, mostrando-se, portanto, parcialmente indeterminada. Esses não são simples “casos difíceis”, casos polêmicos no sentido de que juristas sensatos e bem-informados podem discordar sobre qual a resposta juridicamente correta; o direito é, nesses casos, fundamentalmente *incompleto*: não oferece *nenhuma* resposta aos problemas em pauta. Estes não são regulamentados juridicamente; e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino “discricionariedade”. Dworkin rejeita a ideia de que a lei possa ser assim incompleta, deixando lacunas a serem preenchidas pelo exercício dessa discricionariedade criativa.

O positivismo jurídico, diante dos casos difíceis, os juízes possuem na sua esfera decisória o poder discricionário. Diferente do Dworkin, para Hart, Casos difíceis são aqueles que não podem ser decididos apenas com base em regras, ou porque essas não são claras, ou porque não foram escritas. Em virtude dessa similitude de termos, Ikawa (2004) explica que o termo *hard cases* utilizado por Dworkin, é sinônimo de lacuna da lei. Para ser um pouco mais modesto e suave, argumenta (GARDNER, 2002. p. 199-227):

A razão pela qual essa tese central de identificação do juspositivismo é tão frequentemente mal compreendida é que ela é relativamente inerte do ponto de vista normativo. Por si só, não leva a nenhuma conduta particular. Isso não significa apenas que não fornece orientação moral. Também não fornece nenhuma orientação sobre a lei. Os advogados, portanto, acham difícil aceitar essa inércia normativa; eles esperam encontrar na filosofia do direito as bases que iluminam e orientam sua prática. Mas aqui a filosofia do direito se limita a identificar o que eles fazem e nada diz sobre encorajar ou criticar o que eles fazem .

Hart sustenta que, nos ordenamentos jurídicos, há situações claras reguladas por regras e cuja solução será derivada diretamente delas, mas também há situações insuscetíveis de aplicação das regras, delas não podendo derivar-se uma solução incontroversa. Haverá sempre situações para as quais as regras não fornecerão uma solução única e, nesses casos, será inevitável que o juiz busque critérios extrajurídicos para as soluções dos casos. Trata-se dos casos de lacuna, em que se abre uma zona de penumbra, que permite - e, em certos termos até obriga - ao juiz criar o direito, já que não há como ditar a decisão correta. Segundo o autor, ainda que os juízes afirmem decidir de acordo com o direito, ou, melhor dizendo, dentro do direito nesses casos, tratar-se-ia de mera retórica comum ao processo judicial.

Hart (1994, p. 147), ainda que não adepto do ceticismo, reconhece o papel significativo que os tribunais terão na aplicação do direito e, sob a ótica do sistema da *common law* no qual estava inserido, analisa, sustentando que “não há nenhuma formulação dotada de autoridade ou unicamente correta (sic) de qualquer regra que deva extrair-se dos casos”, que:

[...] seja qual for o estatuto dotado de autoridade que uma regra extraída de um precedente possa ter, é compatível com o exercício pelos tribunais por ela vinculados dos dois tipos seguintes de atividade (sic) criadora ou legislativa: por um lado, os tribunais que decidem um caso posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida em um precedente, através da interpretação restritiva da regra extraída do precedente e da admissão de alguma exceção (sic) a ela que não foi antes considerada ou, se foi considerada, foi deixada em aberto. [...] Por outro lado, ao seguir um precedente anterior, os tribunais podem afastar uma restrição descoberta na regra, tal como foi formulada a partir do caso anterior, com o fundamento de que tal restrição não é exigida por qualquer regra estabelecida por lei ou por precedente anterior. Fazer isto significa ampliar a regra (HART, 1994, p. 148).

4. APLICAÇÃO DOS HARD CASES - CASOS DIFÍCEIS NA JUSTIÇA APLICADA EM MOÇAMBIQUE

Evidentemente, o realismo jurídico seja americano ou escandinavo está na pauta de reflexão jurídica no sistema normativo moçambicano, porém, a ausência do debate oral sobre a temática retira algum prestígio à vida jurídica e toda *"impressão digital"* do Direito, principalmente quando se trata de uma época de crescente saber legal por parte dos beneficiários autênticos do direito, a comunidade. Nesse sentido, são necessários fatos providos de grandes questionamentos e debates acesos sobre a temática assente na forma como os juízes julgam fundamentalmente os casos difíceis. Nesta linha temática, prelecionou (FLAVIN, 1617, p. 542):

É conveniente, mesmo necessário a qualquer república, estado ou monarquia, que os magistrados estejam unidos na mesma vontade; para que todos juntos com coração e consentimento abracem o bem público (...). A república bem ordenada deve assemelhar-se ao corpo humano, ao qual todos os membros estão unidos e unidos por um vínculo maravilhoso (...). E como poderíamos esperar tal união se os Magistrados, que são os principais súditos, e que devem aliar os demais, estão em divórcio? (...) E que resultado podemos esperar de um exército onde os capitães discordam? Que justiça se pode esperar de juízes divididos em facções? (...) É certo que as dissensões e as guerras civis, flagelam a capital das repúblicas, pegam pé, enraízam, alimentam e aumentam as inimizades e ódios dos Magistrados. Isso é necessário,

O impacto positivo da eficácia constitucional, destila a reflexão premente de que o direito está arraigado à possível solução dos problemas sociais. Conclusivamente sim, o direito tem o seu grande contributo na solidificação das instituições democráticas, fundamentalmente quando disso resultar nas boas práticas e decisões judiciais, ou seja, sem contaminação dos aplicadores da lei pelo poder político, pela influência social de determinados grupos ou mesmo por outros males que enfermam a justiça em Moçambique.

Um dado relevante e que merece destaque nos julgados é a controvérsia da textura aberta, todavia destaca -se aqui que o conceito de textura aberta

não pressupõe um conceito vago que dê margem a autoritarismo, mas que a imprecisão na aplicação desse conceito é possível, ou seja, a textura aberta não é imprecisão, mas a ausência de determinação de significado, ou seja, a possibilidade de discordâncias que poderão ser colmatadas em sede da audiência e julgamentos sobre as aplicações corretas de uma palavra.

O julgar de casos difíceis não faz com que o direito perca a sua consistência ontológica, como muito é cimentado pelos defensores do positivismo jurídico com Jürgen Habermas, ao frisar que:

O sopesamento, além de irracional, implica um enorme risco para a garantia dos direitos fundamentais, que perderiam o seu caráter vinculante. Ainda em sua perspectiva, os direitos fundamentais perderiam o seu caráter deontológico e passariam a ter um caráter sobretudo axiológico e teleológico. As normas deixariam de veicular o que deve ser, e passariam a ser um material para se decidir o que é bom ou o que é ruim¹⁵.

Essa principal técnica propugnada pelo pós positivismo, o uso da racionalidade fundamentada e o uso do ativismo por parte dos aplicadores da lei, diferentemente dos juízes positivistas, característica fundante dos juízes moçambicanos, que em meio a ausência de uma dicção legal, recorrem a arbitrariedade proposta Herbert Hart. O ceticismo das regras, descrito por esse autor, não fornece critérios cristalinos para distinguir proposições jurídicas oficiais das não oficiais.

Entende - se desde logo, e pelas razões previamente expostas, que a discricionariedade é uma proposta autoritária, literalmente contra as democracias, pois quanto a última, uma das suas principais características é a transparência, prestação de contas fundamentadas pelas Leis e pela Constituição. Ante o exposto, podemos compreender que, no cerne da democracia, ponto de partida para qualquer reflexão acerca da necessidade de invocação da lei e da interpretação criativa¹⁶ fundada em critérios demonstráveis, palatáveis e consistentes com a lógica¹⁷. A democracia é, portanto, o tabuleiro de ordem.

Entretanto, o sistema normativo impõe legalmente o juiz a decidir e motivando as suas decisões (princípio da fundamentação das decisões), mesmo em face da ausência duma cobertura legal, pois, um ato contrário seria um atropelo aos fundamentos da denegação da justiça ou *non liquet*, cujo pragmatismo é inegável, pois que na ausência de uma cobertura legal é papel do aplicador da lei reside em

¹⁵ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 311.

¹⁶ Essa interpretação criativa é uma atividade legítima do órgão jurisprudencial no processo de aplicação e reconhecimento do direito, sendo que não devemos vê-la como um procedimento situado à margem da lei, nem aplicado segundo uma vontade subjetiva e individualizada do juiz. Acrescenta o autor que esse ativismo judicial, nesse sentido, não é incompatível com o sistema jurídico do Estado, e nem contrário ao regime democrático. VIANA, Leilson Soares. *Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: Os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais*. Coimbra, Dissertação de mestrado, 2010.p.38. não será em função da interpretação da lei, tomada abstratamente ou em si, que havemos de compreender a realização do direito. NEVES, A. Castanheira. *O atual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Editora, 2003.p.98-100.

¹⁷ A interpretação das normas pelos juízes deve obedecer a determinados princípios, sendo que estes se apresentam como ponto inicial para o exercício da atividade interpretativa, pois estes são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins, princípios estes que hoje se apresentam com status de norma jurídica, sendo inquestionável a sua aplicabilidade direta e imediata, tendo assim força normativa. VIANA, Leilson Soares. p 53. Reconhecimento da normatividade dos princípios de interpretação constitucional é atual.

suprir a lacuna, tendo de encontrar a panaceia mais justa ao caso concreto, tal como o legislador o faria, a doutrina chama a isto de caso difícil (Hard Case). Contudo, é um erro crasso inculcar a ideia de que os conceitos jurídicos são fechados no sentido de que seria possível defini-los integralmente na forma de um conjunto de condições necessárias e suficientes. Portanto, o estado de direito é fixado e pré-determinado antes que qualquer questão concreta relativa à sua aplicação.

Diante dessa avalanche crítica, sempre baseada no conceito de objetividade, é óbvia a necessidade de refletir em torno do possível *gouvernement de juges*, onde o autoritarismo era perene na manifestação dos aplicadores da lei, representa o princípio do fim do Estado de Direito. A linha hermenêutica dos magistrados judiciais, obedece a um critério de reflexão inicial ao sopesamento dos interesses e culmina com a falta de descrição dos critérios que norteiam essa esfera, propiciando a discricionariedade intersticial, autoritarismo, da qual discordamos pela impossibilidade de aproximação democrática, portanto, teses equiparadas a Hart e Hans Kelsen.

Uma abordagem de textura aberta sem levantamento de critérios demonstrativos, cristalinos e convincentes, afasta posturas como a do formalismo e substitui pelo campo do ceticismo, parece merecer uma consagração defasada e autoritária. Esse parâmetro de ação dos aplicadores da lei no direito moçambicano, tem afinidade refletora com a fundamentação das decisões, onde o poder de esgotamento argumentativo e lógico-jurídico escapam ao raio dos critérios proposto por Dworkin.

Portanto, no que diz respeito à aplicação de Casos difíceis ou simplesmente hard cases, o princípio da proporcionalidade, constitui-se em ferramenta jurídica imprescindível para a decisão de questões heterogêneas do direito em caso concreto, viabilizando a acomodação dos diversos princípios de modo a maximizar os valores consagrados pela Constituição, como norma superlativa e absoluta do ordenamento jurídico e pela lei. Entretanto, todo pragmatismo jurídico contém uma dose de novidade que desencadeia ao aplicador da lei uma perspectiva macro com o pretexto de melhor consagrar o direito na aplicação da justiça,

O crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e efetivo torna cada vez mais obsoleta a oposição entre direito positivo e direito natural, apresentando-se o direito efetivo como resultado de uma síntese onde, de forma variável, elementos emanados da vontade do legislador, a construção de juristas, e considerações pragmáticas, de natureza social e política, moral e econômica¹⁸.

Por último, contentamo-nos em levantar o facto de que, sob a influência deste fundamento, somos declinados a optar por um juiz passivo e profundamente positivista, por desencadear no sistema normativo um apocalipticismo democrático

18 "Direito positivo e direito natural", publicado inicialmente em *Mixtures Baugniet*, Bruxelas, Bruylant, 1976, p. 607-617, reproduzido em C. Perelman, *Ethics and Law*, pág. 461-467. Se isso não for uma resposta direta a Villey, também pode não ser pura coincidência. A experiência ensina aos demais que há pouco lugar para eles nos debates acadêmicos.

mediante a discricionariedade. Neste diapasão, propõem-se aqui estabelecer um olhar ao juiz Hércules, um juiz semi-deus, magistrado judicial que seria distinguível pelo progressismo, todavia, dentro dos limites democráticos, como propõe Dworkin.

O critério da liberdade e da discricionariedade do juiz no exercício da hermenêutica judicial, direciona-se à filosofia da evolução do direito, e a sua medida pretensiona eliminar injustiças sociais e defender o atalho democrático. No entanto, a discricionariedade é o modo adequado de raciocínio judicial nos casos difíceis, um mal que desabona e esvazia a funcionalidade das normas jurídicas, por conseguinte, a sua caracterização deve ser tida como inflexível e irracional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente artigo, ficou destacado que o direito não existe em abstrato, mas apenas como uma prática jurídica de argumentação e decisão, e nessa prática prolixa, é fundamental que o aplicador da lei e os demais operadores de direito sejam partes da completude do sistema, porém, em última *ratio* caberá o intérprete por excelência dizer o direito. Entretanto, a transição do argumento para a decisão não se baseia em um método: uma vez persuadidos, descobrimos que nossa decisão foi tomada, todavia, destaca - se a fundamentalidade de apresentação de critérios na tomada da decisão.

As considerações expostas na construção teórica do presente artigo, resta claro que as parafernalias jurídicas de um determinado ordenamento jurídico, como moçambicano no caso em particular, traduzem - se como um dos elementos primordiais que influenciam a tomada da melhor decisão e no restabelecimento da justiça. Entretanto, essas disposições legais não são os únicos, pelo que os juízes valem se da sua consciência para a tomada de decisão em caso concreto, no entanto, esse exercício não significa um subterfúgio para a aplicação de arbitrariedade, contanto que, ao aplicador da lei lhe é imposto a demonstração de critérios transparentes como pretexto da manutenção da ordem democrática.

Depreende - se, porém, que a regra de reconhecimento proposta por Herbert Hart é duramente criticada e refutada, em virtude da mesma ser incapaz de fechar o direito como um todo, reconhecendo apenas as regras como fonte do mesmo, que segundo Dworkin possui uma composição maior que a concebida pelo positivismo, pois este último não abrange os princípios como parte integrante do direito, juntamente com a moral, contrariando a separação entre estes que Hart propõe.

Para concepção Dworkiana da qual nos alinhamos, propõe a existência de princípios que se relacionam diretamente com as pautas morais, permitindo deste modo, a resolução de quaisquer casos que se apresentem no exercício função jurisdicional, diferentemente de uma posição de total neutralidade decorrente da aplicação da discricionariedade. Conforme o autor, os princípios na ordem normativa, são a expressão do relacionamento entre Direito e moral; correspondem aos direitos

fundamentais, base moral que torna o direito obrigatório. Além disso, na medida em que consubstanciam um sistema de valores, os princípios se irradiam por todo o sistema jurídico, com força conformadora.

Quando o aplicador da lei reconhece aos petionários a existência de um direito, estará neste ato lançando mão de sua moralidade pessoal, daí que justifica - se implicitamente o seu argumento de princípio. O recurso a precedentes na construção da melhor resposta, indica também a recurso à moralidade institucional neles contida. A dimensão jurídica de um princípio, torna-se o efeito de uma interpretação de valor simbólico com comportamentos constitutivos da história jurídica e esta interpretação consiste, em um dado momento, na melhor história possível que expressa a moralidade política e a prática passada.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Autobiografia*, ed. A. Papuzzi, Bari, Editori Laterza, 1999.
- CASTANHEIRA, Neves, **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2010
- _____. **Hard cases**, Harvard Law Review, vol. 88, abril, 1975
- _____. **A virtude soberana: A teoria e prática da igualdade**, trad. Jussara Simões, São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- _____. **O império do direito**, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- _____. **Uma questão de princípio**, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo,
- HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton;
- DE LA ROCHE-FLAVIN, Bernard, **Treze Livros dos Parlamentos da França**, Livro VIII, Paris.
- REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Kaplan, 2009, Martins Fontes, 2005.
- Gardner, John (2001) **"Positivismo jurídico: 5 ½ mitos"**, 46 American Journal of Jurisprudence 199.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez**. In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993.
- VIANA, Leilson Soares. - **Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais**. Coimbra, Dissertação de mestrado -2010.