

Levando os direitos a sério: a necessidade da fundamentação das decisões a partir de Antígona

Taking rights seriously: the need to substantiate decisions from Antigone

Francielle Benini Agne Tybusch¹

Jerônimo Siqueira Tybusch²

Rafael Santos de Oliveira³

¹ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul, FAPERGS. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. Coordenadora do Laboratório de Extensão da Universidade Franciscana - UFN. E-mail: francielleagne@gmail.com

² Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor Associado no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSM) - Mestrado em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Tecnologias Educacionais em Rede (PPGTER/UFSM) - Mestrado Profissional em Tecnologias Educacionais em Rede. Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade - GPDS. Atualmente é Pró-Reitor de Graduação da UFSM. Membro da Diretoria do CONPEDI Gestão 2017-2020 / 2020-2023. E-mail: jeronimotybusch@ufsm.br

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração em Relações Internacionais, com período de realização de Estágio de Doutorado (doutorado-sanduíche) com bolsa da CAPES na Università Degli Studi di Padova – Itália. Mestre em Integração Latino-Americana (Direito da Integração) pela Universidade Federal de Santa Maria. Professor Associado II no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), em regime de dedicação exclusiva e no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM (Mestrado). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (desde 2019). E-mail: rafael.oliveira@ufsm.br

Resumo

Este trabalho buscou trabalhar com a relação entre direito e literatura, já que o caso em tela para a discussão também se apresenta como uma tragédia grega. Para isso, buscou-se na mitologia, na tragédia e em Antígona exemplos que pudessem enriquecer a questão sobre justiça, decisões fundamentadas, direito e moral que permeiam o fenômeno jurídico. A pesquisa também visa refletir sobre vários elementos que merecem ser discutidos, tais como: as decisões devem ser fundamentadas? É possível assegurar que há no direito uma resposta correta para os casos difíceis? Desta maneira, o trabalho a partir de uma abordagem hermenêutica crítica com autores como Lenio Streck a uma abordagem da teoria do Direito, com Hans Kelsen, buscou refletir sobre o caso, através do método bibliográfico. Assim, utilizando-se de Antígona, aproveita-se para abordar as teorias de Ronald Dworkin sobre o Direito, e desenvolver a partir do mito aquilo que pode ser pensado como moralidade política, discricionariedade, integridade, obediência civil e a busca por uma resposta correta.

Palavras-chave: Antígona; Direito e Moral; Fundamentação das decisões; Resposta correta.

Abstract

This work sought to work with the relationship between law and literature, since the case in question for the discussion also presents itself as a Greek tragedy. For this, we sought in mythology, tragedy and Antigone examples that could enrich the question of justice, reasoned decisions, law and morals that permeate the legal phenomenon. The research also aims to reflect on several elements that deserve to be discussed, such as: should decisions be substantiated? Is it possible to ensure that there is a correct answer in law for difficult cases? In this way, the work from a critical hermeneutic approach with authors such as Lenio Streck to an approach to the theory of Law, with Hans Kelsen, sought to reflect on the case, through the bibliographic method. Thus, using Antigone, it takes the opportunity to approach Ronald Dworkin's theories on Law, and to develop from the myth what can be thought of as political morality, discretion, integrity, civil obedience and the search for a correct answer.

Keywords: Antigone; Law and Morals; Rationale for decisions; Right answer.

Introdução

O presente trabalho teve como objetivo refletir sobre o caso da Apelação cível n.º 70005798004 no qual são percebidos vários elementos que merecem ser discutidos, tais como: as decisões devem ser fundamentadas? É possível assegurar que há no direito uma resposta correta para os casos difíceis? Desta maneira, o trabalho a partir de uma abordagem hermenêutica crítica com autores como Lênio Streck a uma abordagem da teoria do Direito, com Hans Kelsen, buscou refletir sobre o caso, através do método bibliográfico. Abordou-se também a relação entre direito e literatura, já que o caso em tela para a discussão, também é uma tragédia grega. Para isso, buscou-se na mitologia, na tragédia, e em Antígona exemplos que pudessem enriquecer a questão sobre a justiça, sobre as decisões fundamentadas, direito e moral. Isto pois, faz-se importantíssima a ligação entre estas duas áreas pois, “o direito se visualiza abalado em suas certezas dogmáticas e reconduzido às interrogações essenciais”⁴.

A conexão entre direito e literatura pode ser explicada por Streck⁵: “Não há livro que não seja útil nessa relação direito-literatura”. O Direito se utilizará da literatura como arquétipo e antecipa os temas relacionados ao universo jurídico, facilitando assim, a compreensão. Por isso, acredita-se que pensar o direito através da literatura e da filosofia, permitirá que se apresentem novas perspectivas do fenômeno jurídico não perceptíveis numa postura tradicionalmente hermética.

O debate e a crítica ao positivismo jurídico concentram-se essencialmente no poder discricionário judicial, razão pela qual a leitura do Direito à luz da Literatura exerce contributo valioso para o debate ora proposto. O trabalho foi dividido em três itens temáticos, que possibilitarão com que se busque a resposta para o caso em tela.

⁴ OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 9.

⁵ STRECK, Lenio L. **O que é isto - decidido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 239.

1. O direito como interpretação: o exemplo de Antígona⁶

Para compreender e refletir sobre a fundamentação do direito como um dever e do direito como interpretação, são necessários alguns exemplos para que o cenário se torne cognoscível. Enquanto a ciência pretende explicar os fatos, os mitos⁷ são estruturados como organizações extremamente complexas.

Neste item, será utilizado o mito, Antígona como alegoria para reflexão sobre “o ético, o certo e o errado; sobre a distância que o separa da lei, do nível do direito positivo atual”.⁸ Assim, através da ordem simbólica, o mito é processado. Em momento algum ele se desvincula da interpretação, pois é através dele que podemos compreender o contexto social, isto é, o local de onde provem o mito.

Para Adorno e Horkheimer o caminho para se chegar ao esclarecimento seria através dos mitos (após discutirem sobre a natureza e a dominação desta). Para os referidos autores o elemento básico do mito: “o antropomorfismo, é a projeção do subjetivo na natureza, e ao aplicarmos nele o princípio da racionalidade corrosiva, percebemos que todo o esclarecimento é totalitário”⁹

Desta forma, o mito apesar de contraditório oferece opções diversificadas e mutáveis. Pertence a um tempo diferenciado, semelhante ao tempo litúrgico e não possui uma cronologia rígida. E na convergência do presente e do passado, é que podemos interpretar o mito, e é justamente neste momento que se encontra a Antígona¹⁰.

Dentre todas as estórias mitológicas que poderiam ser escolhidas como exemplo e suporte para este trabalho, optou-se por uma das tragédias gregas mais famosas. Sabe-se que a partir dela há a “discussão originária sobre o justo

⁶ Referência a obra de Suzana Albornoz cujo título inspirou este item “O exemplo de Antígona”. (ALBORNOZ, Suzana. **O exemplo de Antígona: ética, educação e utopia**. Porto Alegre: Movimento, 1999.).

⁷ Todos indícios levam a crer que a palavra mito provém da raiz indo-europeia: mau ou mou; o verbo ático “mythizo” traduz os seguintes significados: discorrer, falar e pensar. (GRASSI, Ernesto. **Arte como antiarte**. São Paulo: Duas cidades, 1975. p. 124).

⁸ ALBORNOZ, Suzana. **O exemplo de Antígona: ética, educação e utopia**. p. 62.

⁹ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985. p. 22.

¹⁰ Para Junito de Souza Brandão, Antígona é a oposição de duas normas jurídicas: *athemistía*, a ilegalidade de uma decisão, cifrada em Creonte, que representa uma polis especial, a polis sofística, em contraste a *thémis* ou *nómos*, inserida na decisão de Antígona, que representa a religião, a consciência individual. (BRANDÃO, Junito de Souza. **Teatro Grego: Tragédia e Comédia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.).

e o injusto”¹¹, no qual também é abordado um problema ético que recai em aspectos morais e políticos, que ainda se mantém atuais, ressalvadas as mudanças e o tempo-espaço.

Kathrin H. Rosenfield afirma que Antígona não é apenas uma representante de ideais humanitários abstratos, tais como justiça, lei e piedade, mas representante política.¹² Antígona e Creonte encenam o principal conflito moral da tragédia. Eles são os extremos da polaridade centralizadora. Ressaltam-se os elementos fundamentais de uma questão que é principalmente de ordem moral, no qual existe também a frontalização entre a norma jurídica (lei) emanada de Creonte e a realidade subjetiva que se configura como a posição de Antígona (dever moral) que contraria esta mesma lei. Tal é a saga de Antígona¹³, a maldição dos Labdácidas. Antígona, na abertura do texto de Sófocles já possui claro o seu destino. Em diálogo com sua irmã Ismênia, ela diz

[...] já tens conhecimento do decreto novo que o rei (Creonte), segundo dizem, promulgou agora e mandou publicar pela cidade inteira? Já te falaram dele ou tu não vês ainda os males que ameaçam amigos nossos, premeditados pelos nossos inimigos?¹⁴

Resta claro que Antígona ao mesmo tempo que, se solidariza com o que o *óikos* impõe, faz uma retrospectiva da situação pela qual sua família foi submetida. E espera que sua irmã a ajude na tarefa de sepultar o irmão contra quem o édito foi promulgado. A irmã, presa as leis da pólis, considera a tarefa impossível e se recusa ir contra a proibição de Creonte.

Antígona diante de tal situação, enterra o irmão, Polinice, apesar de sua traição histórica a Tebas, e o faz para não desonrar suas tradições familiares, mantendo sua integridade e a do seu *óikos*, ignorando o interdito de sepultamento que Creonte levantou sobre este cadáver. Ao contestar Creonte,

¹¹ Expressão retirada da fala do Prof. Lenio Streck no Programa Direito e Literatura, Do Fato à Ficção: Antígona, de Sófocles. (PROGRAMA DIREITO E LITERATURA. **Do Fato à Ficção: Antígona**, de Sófocles. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-23/fato-ficcao-antigona-dramaturgo-sofocles>. Acesso em: 01 jul. 2021.).

¹² ROSENFELD, Kathrin H. **Sófocles & Antígona**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 14.

¹³ Faz-se necessário antes de adentrarmos em Antígona relembrar da peça de Ésquilo: Os sete contra Tebas. (ÉSQUILO. **Os sete contra Tebas**. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2007, nota 46. p. 15).

¹⁴ SÓFOCLES. **Édipo Rei – Antígona**. São Paulo: Martin Claret, 2002 p. 72.

Antígona expõe o paradigma da lei injusta, uma lei do Estado que a proíbe de enterrar Polínicos, em contrapartida a existência de uma lei maior que a obriga a realizar este feito. Desta maneira, este conflito de leis, na estória, só se extinguirá com o fim de Antígona.

A face da tragédia deriva de duas visões que não partilham de um núcleo comum. Antígona é partícipe dotada de uma ética da subjetividade, já Creonte não a apresenta, é apenas a presença da tirania. Assim, fixa-se neste ponto: o decreto extrapola os limites da jurisdição do Estado, que por sua vez é a reprodução falaciosa da vontade do tirano.

Creonte ao julgar Antígona “revela-se incapaz tanto de perdão quanto de revisão. Do perdão que, ao revisar o passado, poderia lhe dar um futuro [...] Da revisão, que ao abrir o futuro, permitiria o abrandamento de um decreto que suscita agora o escândalo”¹⁵. Todavia a decisão de Creonte também é discricionária. Quando Creonte se dirige a Antígona capturada pelos guardas da cidade e a indica como criminosa, questionando-a quanto o seu conhecimento sobre a legislação, e ao conhecê-la, novamente inquire sobre por qual motivo infringiu as ordens do governo. Antígona se defende afirmando que o seu ato não poderia ser considerado como crime, pois estava protegido pelas ordens divinas. Logo, o decreto do governo não poderia se sobrepor as leis não-escritas (divinas).

Prosseguindo, Antígona estabelece seu grito: “Eis aí por que te prestou as honras fúnebres e por que, no entender de Creonte, pratiquei um crime, um ato incrível, meu querido irmão”¹⁶. Neste momento da tragédia percebe-se que Antígona tenta se utilizar do princípio de piedade versus a lei do Estado. Ela não abandona o cadáver do irmão, e continua firme em sua eticidade. A obrigação moral, condicionante a Antígona continua presente até o fim. Creonte, tardiamente, percebe suas limitações e sua decisão equivocada, e chega as seguintes constatações: a lei por ele desprezada era, na realidade, a base da própria da cidade e ao tentar revogá-la provocou danos sem saber como solucioná-los. Finalmente, após um círculo tenebroso, Polínicos tem tributadas

¹⁵ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. p. 229.

¹⁶ SÓFOCLES. **Édipo Rei – Antígona**. p. 110.

as homenagens que o farão ingressar no Hades.

Quando o cortejo real segue para o sepulcro para libertar Antígona descobrem que ela fez de seu véu de linho a arma de rompimento com a vida, cumprindo o rito de condenação. Sófocles retrata Antígona como a tese oposta para Creonte e o seu exercício de poder, isto é, como portadora da ética. A justaposição de condutas, tanto na de heroína como de tirano, mostram o vácuo moral que o desconhecimento atrevido das virtudes básicas da humanidade.

Destarte, o desenrolar da tragédia em Antígona é decorrente de inúmeras decisões que acabam por ocasionar trágicas consequências para os envolvidos no cenário. A protagonista determinada a morrer por um motivo que considerava justo, é aprisionada, gerando aflição em seu noivo Hêmon, filho de Creonte, que decide tentar convencer o pai a não apenar sua amada. Creonte não acatando o desejo do filho, realiza uma escolha que desencadeará toda a sua desgraça. Hêmon, inconsolável com a morte de sua noiva, em um ato suicida, acaba por se juntar a Antígona no Hades. A mãe de Hêmon, Eurídice (esposa de Creonte) atormentada pela morte do filho, também se mata. Assim, a decisão de Creonte tem como consequência a morte das pessoas que lhe eram mais queridas e próximas.

Suzana Albornoz¹⁷, sobre os diversos planos do ético em Antígona, mais do que em qualquer outra tragédia, é revelado o caráter conflitual da decisão humana, e nos leva a pensar sobre a pluralidade possível no plano da ação honesta-justa. Já que as possibilidades de interpretação são inúmeras, a tragédia revela “uma discrepância com relação à lei oficial, estabelecida pelo Estado”¹⁸.

Para François Ost, a Antígona de Sófocles demonstra a oposição entre o direito natural e o direito positivo. “A grande cena de confronto de Creonte e de Antígona ilustraria, de maneira nunca igualada, a tensão opõe a razão de Estado, de um lado, e a objeção de consciência, de outro.”¹⁹ Mas, foi Hegel que levou a leitura de Antígona para uma análise antagônica, separada entre dois universos condenados a mútua destruição.

¹⁷ ALBORNOZ, Suzana. **O exemplo de Antígona: ética, educação e utopia.** p. 62.

¹⁸ ALBORNOZ, Suzana. **O exemplo de Antígona: ética, educação e utopia.** p. 63.

¹⁹ OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico.** p. 189.

No capítulo do livro *Fenomenologia do Espírito* no qual Hegel comenta a tragédia de Sófocles, a personagem Antígona representa uma eticidade anterior ao direito positivo. “A colocação das leis não escritas do lado da lei divina sugere claramente a oposição entre direito natural e direito positivo – oposição possível, mesmo se não necessária”²⁰.

E, é por isso que foi trazida a mitologia Antígona para o trabalho, pois entre o direito e narrativa, “atam-se e desatam-se relações que parecem hesitar entre derrisão e ideal. E o direito vê-se abalado em suas certezas dogmáticas e reconduzido às interrogações essenciais...”²¹. Esta ligação entre direito e literatura pode ser explicada por Lenio Streck e André Karam Trindade²²: “Não há livro que não seja útil nessa relação direito-literatura”. O Direito usa a literatura como uma metáfora e esta antecipa os temas relacionados ao universo jurídico, facilitando assim, a compreensão.

Para Lenio Streck, o direito realiza com a norma e busca a verdade, independente do que essa “verdade” possa significar. No entanto, como a literatura trabalha também a ambiguidade da linguagem, o direito não se liberta disso. Sabe-se “que as palavras da lei são vagas e ambíguas. Isto pode ser observado a partir da relação entre texto e norma. O mesmo texto possibilita várias normas (ou sentidos)”.²³

George Steiner²⁴ em sua obra *Les Antigones*, afirma que com Antígona se havia forjado o alfabeto com o qual se escreveria mais adiante, em todos os idiomas e em todo tempo, o conflito entre a consciência individual e razão de Estado. Assim, pode-se perceber que a literatura está relacionada as normas instituídas de forma que algo pode se manifestar também no plano das normas escritas. François Ost em *Contar a lei*²⁵ demonstra que a literatura contribui diretamente para a elucidação e/ou formulação das questões relativas a justiça, lei e poder. De forma que, ao abordar diversas narrativas demonstra que estes

²⁰ ALBORNOZ, Suzana. **O exemplo de Antígona: ética, educação e utopia.** p. 63.

²¹ OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico.** p. 9.

²² STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (Org.). **Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade.** 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 239.

²³ STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (Org.). **Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade.** p. 239.

²⁴ STEINER, George. **Les Antigones.** Paris: Gallimard (Folio-Essais), 1986. p. 253.

²⁵ OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico.** p. 189.

textos também são fontes de direito. Assim, enquanto a literatura libera os possíveis, o direito codifica a realidade.

Desta forma, quando se refere a importância das relações entre o direito e literatura é necessário ressaltar que a literatura cria, revela, incita possíveis modelos e respostas, enquanto o direito vai codificar (e porquê não, se inspirar nestas analogias), assim como em Antígona no qual a desobediência civil da protagonista pode ser comparada (com a devida licença literária) ao que fez Gandhi, Marthin Luther King. Esta conexão entre direito e literatura “faz com que o direito reate com a cultura ao mergulhar nos recursos do imaginário”²⁶.

Destarte, o direito na literatura²⁷ se detêm sobre a maneira como a literatura trata questões de justiça e de poder implícitos no ordenamento jurídico. “Se a literatura é hábil em manejar a derrisão e o paradoxo em seu empreendimento crítico, ela também emprega, ocasionalmente, a análise científica”²⁸

Assim, quando Creonte age discricionariamente, pode ser comparado aos juízes que decidem como querem, “isto é, decidem arbitrariamente, nada mais estão fazendo do que “imitar” a personagem Humpty Dumpty, de Alice através do espelho, que dizia “eu dou às palavras o sentido que eu quero”²⁹. Por isso, a interpretação dentro do direito e da literatura se faz necessário para limitar a margem da arbitrariedade.

Neste sentido, Dworkin revela que a arte e o direito dispõem de algo em comum. A interpretação jurídica e a artística são maneiras de expressão criativa, construtiva. No entanto, um elemento importante os diferencia, enquanto o direito, para Dworkin, é um empreendimento político, a arte, a literatura, é um empreendimento estético. O direito, para o autor é relacionada com a maneira com que uma comunidade jurídica é autorizada, inclusive, com o uso da coerção ou, em contrapartida, compreendem-se as obrigações de seus membros para

²⁶ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. p. 189.

²⁷ De acordo com François Ost, os estudos de direito e literatura podem se agrupar em três correntes distintas, direito da literatura; direito como literatura e direito na literatura. (OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. p. 48.).

²⁸ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. p. 14.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (Org.). **Direito e Literatura**: da realidade da ficção à ficção da realidade. p. 228.

com essa comunidade. Enquanto que, a arte não se refere ao bom, ao justo ou ao lícito, mas ao belo.

Dworkin considera que seria bom se os juristas estudassem a interpretação literária e outras formas de interpretação artística.³⁰ E exatamente em decorrência das discussões e das segmentações profundas entre os críticos literários e artísticos acerca do que seja interpretação.

Assim, para que os juristas sejam favorecidos de uma comparação entre a interpretação literária e a jurídica, é necessário olhar a primeira em um determinado ângulo. Deste modo, o que interessa para o autor não é encontrar o significado de um texto, questionando-se sobre o que se pretende ou não dizer com o uso de certa palavra ou expressão, mas as teses que ofereçam algum tipo de interpretação do significado de uma obra como um todo.³¹

No Capítulo “O Direito como interpretação”, Dworkin refere-se a leituras de Hamlet, de Shakespeare. Essas afirmações interpretativas, possibilitam um pressuposto: podem orientar um diretor que esteja remontando uma nova encenação de uma peça, ou podem ser de uma importância mais geral, auxiliando compreensão de partes indispensáveis de nosso ambiente cultural. Apesar de que, ocasionalmente possa vir a surgir um inconveniente em relação ao intento imaginado pelo enunciador a determinada palavra ou expressão, tais afirmações interpretativas se relacionam ao objeto ou sentido da obra como um todo, e não ao sentido de uma expressão em particular.³²

Os críticos não estão de acordo sobre o modo como responder a tais questionamentos. Dworkin sugere algo aparentemente banal para tentar absorver as discordâncias: “A interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”.³³

O autor acredita que esta sugestão não será bem recebida e que sua hipótese estética aparentaria ser apenas mais uma formulação, ainda que “a interpretação cria uma obra de arte e representa apenas a sanção de uma certa

³⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 221.

³¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 221.

³² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 222.

³³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 222.

comunidade de críticos; existem somente interpretações e nenhuma interpretação melhor de qualquer poema, romance ou peça”.³⁴ Assim, perante os descrentes, a hipótese estética de Dworkin não é tão relativista como pode parecer inicialmente.

Neste contexto, tanto no Direito como na arte, não existe necessidade em delimitar o esforço interpretativo à revelação do intento do autor da “obra”. Se faz relevante conhecer o que se quis dizer, ou o que era pretendido com a obra. Se alguém que produz um romance, um poema ou uma pintura, ao invés de um conjunto de proposições ou sinais, depende de considerá-lo como algo que pode ser interpretado independentemente de suas posições (do contrário, não seria “arte”, mas outra coisa).³⁵

Equivale a dizer, ao considerarmos apenas as “intenções” do autor (compreendidas como o conjunto completo de suas opiniões interpretativas em um momento específico, como o da conclusão da obra), estamos ignorando outro nível ou tipo de intenção, qual seja, a de criar “uma obra cuja natureza ou significado não seja determinado dessa maneira, porque é uma obra de arte”. Dworkin, a partir deste momento, aproveita para discutir acerca do caráter interpretativo do direito, no qual é utilizada a interpretação literária como modo da análise jurídica. Então, o autor propõe o seguinte exercício literário, cada romancista deverá criar um capítulo de uma obra coletiva, um romance integrado, o que se quer provar é que “decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário”.³⁶

Cada juiz é um “um romancista na corrente” deveria ler o que outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas descobrir qual era seu estado de espírito quando o disseram. Qualquer juiz que for obrigado a decidir um caso, se olhar nos livros adequados, em decididos há décadas, registros de casos similares. Ao decidir um novo caso, o juiz deve “considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 222.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 230.

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 237.

trabalho continuar essa história no futuro por meio do que faz agora”.³⁷

Assim, o juiz deverá interpretar o que aconteceu antes e determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, que deverão ser tomadas “como um todo, o propósito ou o tema da prática até então”.³⁸ O romancista na cadeia sentirá, com relação à sua tarefa, uma “liberdade de criação ao comparar sua tarefa com outra, relativamente mais mecânica, como a tradução direta de um texto de língua estrangeira”; no entanto, “vai sentir-se reprimido ao compará-la a uma tarefa relativamente menos rígida, como começar a escrever um romance”.

A interpretação jurídica deve atentar para características formais de identidade, coerência e integridade. Para Dworkin ³⁹, o Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral é “coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas duas alternativas”; sendo assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito deve “demonstrar o seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve”.

É complicado dizer o juiz decidirá com neutralidade. “Se insistirmos em um grau elevado de neutralidade na nossa descrição da interpretação jurídica, não podemos tornar nossa descrição da natureza da interpretação jurídica muito mais concreta”.⁴⁰ Dworkin⁴¹ exemplifica: “O filósofo libertário se opõe ao imposto de renda e o filósofo igualitário pede por uma redistribuição maior porque suas concepções de justiça diferem. Não há nada neutro nessas concepções. Elas são interpretativas mas há nelas um compromisso, e é deste último que, para nós, provém seu valor”.

Veremos depois que esse “compromisso” dos agentes do Direito como um todo, de onde derivará o “valor” da sua atuação, será operacionalizado com um tipo especial de argumentação, que seja conduzida em defesa de “direitos”: falamos na argumentação de (ou em favor de) princípio(s) –com o que, aliás,

³⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 238.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 238.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 238

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 242.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 242.

também interditaremos os decisionismos.

Dworkin⁴² afirma que o “direito é uma questão de saber o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado, por estarem incluídos em decisões políticas do passado, ou nelas implícitos”; assim, “o pressuposto mais geral do direito, se é que tal coisa existe, é estabelecer uma relação de justificação entre as decisões políticas do passado e a coerção atual”. Ainda, Dworkin defenderá o ponto de que, além de uma “coerência de estratégia”, os juízes devem observar uma “coerência de princípio”, que exija “que os diversos padrões que regem o uso esta tal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça”.

2. A Apelação Cível n.º 70005798004 e o caso Riggs v. Palmer: a necessidade de fundamentação do direito

Decidir casos controversos no Direito é muito similar aos exercícios literários (em *Common Law*) já que a questão jurídica e o argumento ficam em volta de quais regras ou princípios já versaram sobre matéria equivalente. Assim, o caso que serve como plano de fundo para a pesquisa em tela, versa sobre a necessidade e importância de se fundamentar as decisões, para que as mesmas não sejam apenas resultados de opiniões pessoais, ou argumentos de “Chico, o porteiro”⁴³.

Eis o caso referente ao genro que mata o sogro, restando condenado por sentença criminal transitada em julgado, tendo a esposa ajuizado demanda declaratória de exclusão de partilha do divórcio, em face do marido, porquanto casados pelo regime da comunhão universal de bens.⁴⁴ Em primeiro grau o genro venceu a demanda; em apelação, perdeu por maioria de votos. A questão que permeia o caso pode ser elaborada da seguinte maneira: O genro que mata o sogro tem direito à meação da herança? Caso a resposta seja: “não é justo ou

⁴² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 242.

⁴³ Licença literária inspirada no caso citado pelo Professor Lenio Streck em sua coluna semanal no *Conjur* sobre o caso do genro que mata o sogro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-21/senso-incomum-juiz-solta-21-karl-max-deixou-estudar-foi-vender-droga>. Acesso em: 01 jul. 2020.

⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n.º 70005798004, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, j. 9-4-2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 01 jul. 2021.

correto que ele receba a sua metade (...)”, qual a resposta jurídica para a demanda?

Neste segundo item, serão abordados o caso e a necessidade de fundamentação das decisões. A ação intentada em primeiro grau foi julgada extinta em face da coisa julgada, tendo a autora interposto recurso de apelação, o qual foi provido para desconstituir a sentença. Assim, em novo pronunciamento, o juízo julgou improcedente o pedido deduzido pela autora. Em sede de apelação, sustentou a apelante os seguintes argumentos 1) o apelado foi condenado por homicídio qualificado (motivo torpe) de seu sogro, pai da apelante, devendo, por isso, ser excluído da partilha de bens do divórcio, eis que o patrimônio lá dividido é oriundo, exclusivamente, do inventário do de cujus; (2) por não haver previsão legal, deve ser utilizada a analogia a fim de integrar a norma jurídica, no presente caso; (3) para suprir tal lacuna, deve incidir o art. 1595, inc. I, do Código Civil, bem como a jurisprudência e o direito internacional.

Diante deste cenário, o Desembargador Relator afirmou que o motivo da apelante para que seu marido fosse excluído da partilha não encontra respaldo legal (lembrando que neste caso ainda é utilizado o Código Civil de 1916), assim, a mesma requer aplicação do artigo 1595, inciso I, no qual são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que “que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar”.⁴⁵

Neste ponto, é necessária uma breve intervenção. Neste voto, o Relator em sua interpretação pode se dizer que se detêm na literalidade da lei. Compreende-se, não se pode deixar que os argumentos da literalidade afastem “o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta “superação” da literalidade do texto legal”.⁴⁶ No voto, o Relator desproveu o apelo, rejeitando a tese de analogia da apelante, diante dos pressupostos taxativos do artigo 263 do Código Civil⁴⁷.

A Desembargadora Presidenta Maria Berenice Dias em seu voto concorda

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.

⁴⁶ STRECK, Lenio L. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n.º 70005798004.

que o legislador não previu todas as hipóteses que poderiam excluir da partilha àqueles que atentaram contra a vida do autor da herança, entretanto, compreende que não pode ser afastado o princípio que orientou a elaboração da norma “de elevado teor moral”. Pois, o legislador ao declarar a sua aversão em excluir da sucessão os herdeiros que se beneficiariam com o ato.

Logo, a lei não autoriza que o autor do crime contra a vida do autor da herança seja beneficiado com ela. Tal omissão do legislador não é encontrada no novo Código Civil, que em seu artigo 1.814 elenca e expande as hipóteses de exclusão da herança. A Desembargadora se utiliza do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, costumes e princípios gerais do direito”⁴⁸. E, ressalta que ainda que não se possa beneficiar da ampliação do dispositivo é revelada a anuência da diretiva.

A total incapacidade do legislador de prever todos os casos possíveis pode fazer com que ele deixe de decretar uma norma, ou o conduza a formular uma norma geral e, assim, elaborar obrigações que não teriam sido estipuladas caso houvessem sido previstos todos os casos. Assim, para Kelsen⁴⁹ caso hajam “lacunas do Direito”, no caso de não haver nenhuma norma jurídica válida, produzida por via legislativa ou de costume, o juiz pode decidir o caso segundo o seu critério. Apenas neste caso pode-se dizer que a tarefa do juiz é encontrar uma decisão justa.

Afinal, “pelo que supõe que há uma justiça universalmente legítima, e que o problema: o que é justo num caso concreto pode ser respondido inequivocamente”⁵⁰. Desta forma, o que é justo para um juiz, pode ser bem diferente do que o outro tem como justo. O Desembargador Vogal diante do conflito de votos, encaminhou o seu no sentido da Presidenta, concedendo provimento ao apelo diante da possibilidade de criação judicial de mais uma hipótese de exclusão da indignidade. Se utiliza de argumentos morais, tais como

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 05 jul. 2021.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 285.

⁵⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. p. 286.

o princípio ético.

Assim, o Tribunal rejeitou a preliminar arguida pelo Ministério Público, no mérito, por maioria, proveram o apelo, vencido o Relator que lhe negava provimento. Seria possível com base no exposto considerar a resposta jurídica do Tribunal como correta? Para Lenio Streck, “as decisões jurídicas corretas têm de ser universalizáveis, sob pena de contrariarem o fundamento da democracia — a igualdade”⁵¹.

De que maneira são fundamentadas as decisões nos Tribunais? Apenas com argumentos de “isso é justo, isso é moral?” De que maneira o caso se aproxima de Antígona? A Desembargadora Presidenta fundamenta seu voto admitindo claramente a fragilização da autonomia do Direito em função da moral, a qual assume um papel corretivo e externo. (...) Essa é a intenção do legislador e a função da Justiça é exatamente fazer incidir a orientação ditada pela lei. Aliás, para isso é que somos juízes, para fazer justiça segundo os princípios que regem o sistema jurídico.⁵²

Já o Desembargador Vogal em sua decisão além de alegar que se trata de uma questão de injustiça, afirma que “o decisor, na sua tomada de posição, deve considerar, naqueles casos omissos, os aspectos éticos, relevantes, morais, juntamente com os fundamentos legais”⁵³. Por fim, invoca os “princípios gerais de Direito” para amparar e corroborar com o voto da Desembargadora Presidenta⁵⁴.

Indo direto ao ponto: De que maneira devem ser fundamentadas as decisões? Afinal, se decidir pelo justo ou injusto, poderíamos perguntar a qualquer pessoa com senso ético ou moral e não necessitaríamos de juízes para julgar o certo e errado, é necessário que as decisões sejam jurídicas. É possível fundamentar uma decisão e com isso realizar o protesto por justiça sem que tal postura passe a conspurcar o direito.

Corroborando com este cenário, é conveniente lembrar do caso similar

⁵¹ STRECK, Lenio L. **O juiz soltou os presos; já Karl Max deixou de estudar e foi vender droga**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-21/senso-incomum-juiz-solta-21-karl-max-deixou-estudar-foi-vender-droga>. Acesso em: 05 jul. 2021.

⁵² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n.º 70005798004.

⁵³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n.º 70005798004.

⁵⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n.º 70005798004.

que, Dworkin em sua obra “Levando os Direitos a Sério” traz como exemplo, o caso Elmer (Riggs v. Palmer).⁵⁵ Em 1989, um Tribunal de Nova York teve que decidir se um herdeiro que estava nomeado poderia herdar o que estava disposto no testamento ainda que, tivesse praticado homicídio contra o autor da herança (seu avô) com este motivo, o de herdar o acervo do de cujus. Elmer, temeroso que seu avô (que se casara novamente a pouco tempo) alterasse o testamento em razão de sua nova esposa, envenenou o avô e foi condenado a dez anos de prisão.

O Tribunal em sua decisão afirma que os efeitos dos testamentos e a transferência da propriedade se interpretados literalmente concederiam a propriedade ao neto, mas observando as máximas do direito costumeiro, não seria permitido a ninguém se beneficiar de ilícitos. Assim, “Ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime”⁵⁶.

O juiz Earl, que estabeleceu a decisão majoritária neste caso, foi claro que as leis e as regras relativas aos efeitos do testamento concederiam a propriedade a Elmer. Contudo, através de uma interpretação equitativa ou racional, decidiu que a consideração mais importante deveria estar na intenção do legislador e não nas palavras.

Em voto contrário, o juiz Gray se posicionou ao contrário da posição constitucional. “A lei era clara, nenhum testamento escrito, exceto nos casos daqui por diante mencionados, nem nenhuma parte daquele, será de outro modo revogado ou alterado”. Gray alegava que nenhum juiz deveria divergir de regras claramente anunciadas. No entanto, o ponto de vista do juiz Earl prevaleceu⁵⁷. E, o neto não recebeu sua herança.

Com relação aos princípios, Dworkin realiza uma distinção entre eles e as

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 37.

⁵⁷ “Todos os juízes concordavam que suas decisões deveriam ser tomadas de acordo com o direito. Nenhum deles negava que se a lei sucessória, devidamente interpretada, desse herança a Elmer, eles deveriam ordenar ao inventariante do espólio que assim procedesse”. Eles somente divergiram quanto “a natureza do direito, àquilo que determina a legislação quando devidamente interpretada. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 37.).

regras. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a qual seja, a do peso ou importância. Quando os princípios se chocam, o julgador deverá levar em conta a força de cada um. As regras não possuem essa dimensão, elas podem ser funcionalmente importantes ou desimportantes. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida.

Em muitos casos a diferença entre regra e princípio é difícil de ser estabelecida, e a diferença entre eles é meramente formal. Em casos como o de *Riggs* e a apelação supracitada neste item os princípios desempenham um papel fundamental “nos argumentos que sustentam as decisões e obrigações jurídicas particulares”.⁵⁸

Ainda, Dworkin divide em duas abordagens as orientações dos princípios. A primeira trata os princípios como obrigatório para os juízes, que seria um erro não os aplicar quando pertinente. Já a segunda trata os princípios como um resumo do que os juízes utilizam. A escolha de uma dessas abordagens pode determinar a resposta. Em *hard cases*⁵⁹ como o exemplo de deste trabalho e *Riggs*, se escolhermos a primeira alternativa, podemos ainda ter a liberdade de questionar a maneira como os juízes aplicam os padrões jurídicos obrigatórios. No entanto, se escolhermos a segunda, abandonamos a esfera dos Tribunais e reconhecemos que a família do autor do crime foi privada de seus bens por um ato discricionário.⁶⁰

Alguns acreditam, na denominada “crítica do direito” que “é com os princípios que o juiz deixa de ser a boca da lei”, como se os princípios fossem esse elemento “libertário” da interpretação do direito (e da decisão dos juízes).⁶¹ Assim, Lenio Streck propõe a “tese da descontinuidade” na qual são compreendidos que os princípios constitucionais constituem o mundo prático no

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 46.

⁵⁹ Nos casos difíceis há sempre uma resposta jurídica certa a ser encontrada. Por mais difícil que seja essa busca em termos jurídicos, a estrutura do processo argumentativo implica a existência de uma resposta. A tarefa de encontrá-la consiste em considerar as regras e o princípio em interação e mediante o uso da habilidade judicial. Uma resposta jurídica certa seria aquela que afirmasse e protegesse direitos que são explícitos ou implícitos nos valores fundamentais do sistema jurídico. (MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 512).

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 49.

⁶¹ STRECK, Lenio L. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 58.

direito. Tal funcionalização representa um ganho, no qual o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Refere-se ao dever de resposta correta, que corresponde ao direito fundamental de resposta correta. Isto pois, para Dworkin a normatividade adotada pelos princípios proporciona um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais.

A defesa dos princípios nas decisões dos processos nos faz refletir acerca do limite do poder discricionário. Pode o juiz julgar desprendido de qualquer padrão preestabelecidos? Assim, voltando a analogia mitológica literária exposta no primeiro item, poderia Creonte considerar que o decreto punitivo aplicado a Antígona como ilegal? As leis não escritas ou costumes exerciam um poder impositivo na tradição tebana, e não se encontravam à disposição do legislador. Assim, o juiz Creonte, ao averiguar o caso de Antígona poderia recorrer a ideia do direito como integridade?

A integridade⁶² conecta as aspirações comunitárias e as preocupações profissionais. O juiz é solicitado a analisar os direitos de maneira específica.⁶³ A integridade⁶⁴, considerada para o autor como moralidade interna do direito, esclarece que “as proposições do direito são verdadeiras se constarem ou decorrem dos princípios de justiça, equidade e processo legal justo que fornecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

Desta maneira, concedendo força aos princípios políticos que justifiquem a autoridade legislativa na decisão do significado de uma lei por ela decretada, de que sejam reconhecidos no Direito os princípios morais que corroborem para justificar o âmago das decisões. Assim, a tese da resposta correta, poderá sê-la se puder alegar que a decisão se ajusta a teoria política que justifica da melhor maneira possível as proposições do Direito já instituídas. Seria impossível querer encontrar uma resposta correta se não fosse fixada uma determinada finalidade,

⁶² DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 263-264.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 49.

⁶⁴ Para Dworkin a integridade na legislação limita o que os legisladores fazem ao expandir ou alterar padrões públicos, enquanto na *adjudication*, ela exige que os juízes tratem o sistema atual de padrões públicos como expressando e respeitando um conjunto coerente de princípios e, para este fim, interpretem esses padrões para achar padrões implícitos e sob os explícitos. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 217-218.).

um valor, um interesse ou um princípio. Por meio da interpretação seria possível superar a indeterminação ou as lacunas que se apresentam nas normas, ao passo que, também se buscariam os princípios que melhor se adaptariam as pretensões das partes.

A resposta correta é uma resposta à discricionariedade e ao positivismo jurídico. É a necessidade de se romper com o protagonismo judicial, e assim diante da possibilidade hermenêutica, será possível obter as condições necessárias para se obtê-la.⁶⁵ A resposta correta perpassará por um processo jurisdicional democrático que efetivamente terá a participação das partes.

Deste modo, Lenio Streck sustenta a simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin na qual acrescenta que a resposta correta não é nem a única e nem a melhor “simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma”.⁶⁶

3. Juízes, legisladores e professores⁶⁷: em busca da resposta correta

A partir da abordagem do mito, no qual são descritas diversas e frequentemente dramáticas eclosões do sagrado, foi possível contar histórias exemplares e significativas.⁶⁸ A mitologia trazida como analogia é uma tragédia grega que imita uma ação séria e completa.⁶⁹ Aristóteles separará a arte da moral com a teoria da mimese e catarse, no qual a tragédia consiste em imitar as realidades dolorosas, no entanto, sua matéria-prima é o mito. Todavia, esta tragédia poderá nos permitir sentir-se alegres ou entusiasmados. “A tragédia é, não raro, a passagem da boa à má fortuna”⁷⁰.

Assim, podemos concluir a partir de Aristóteles que as cenas dolorosas, e o desfecho trágico são mimese (imitação) trazidas por meio do poético. Já a

⁶⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. Tese de doutoramento em Direito. Unisinos, São Leopoldo, 2014. p. 72.

⁶⁶ STRECK, **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 84.

⁶⁷ Inspirado na obra Juízes, legisladores e professores de Caenegem.

⁶⁸ ELIADE, Mircea. **Aspectos do Mito**. Lisboa, Portugal: edições 70, 1989. p. 9-12.

⁶⁹ ARISTÓTELES. **Poética**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

⁷⁰ BRANDÃO, Junito de Souza. **Teatro Grego: Tragédia e Comédia**. p. 14.

catarse ou *kátharsis* significa na linguagem grega que a originou, a purificação. Assim, a tragédia que desafiora a compaixão, o terror provoca uma catarse própria a tais emoções. Desta maneira, os sentimentos brutos que passarão por uma filtragem e a tragédia purificada provocará no espectador sentimentos compatíveis com a razão. “(...) a tragédia, suscitando terror e piedade, opera a purgação própria a tais emoções, por meio de um equilíbrio que confere aos sentimentos um estado de pureza desvinculado do real vivido”⁷¹.

E quanto ao herói, ou heroína da tragédia, existe a causa *metabolé*, isto é, a sua transformação ou mutação da fortuna. “O herói há de ser, por conseguinte, consoante Aristóteles, o homem que, se caiu no infortúnio, não foi por ser perverso e vil, mas *hamartían tiná*, isto é, por causa de algum erro”⁷². A reviravolta não deve se originar de uma falta de moral, mas de grave *hamartía* cometida. A Antígona é considerada como um conflito trágico fechado, da ventura à desdita, na qual a heroína é dotada de vontade, e livre para agir não importando as consequências. Ela é a lei não escrita, o próprio homem (no sentido de humano), a lei natural. Já Creonte, é o Estado totalitário, as leis do homem e a obediência cega. Creonte é o juiz reproduzidor de discricionariedade judicial, que se repete nos casos do Relator da apelação e do Relator do caso Elmer.

Assim, Creonte, como os demais Relatores dos casos supracitados possuem um poder discricionário, todavia, Dworkin irá denominá-lo de poder discricionário em sentido fraco. Isto é, quer dizer que o juiz tem o poder para realizar julgamentos sobre questões que ultrapassem a concepção clássica hermenêutica de mera subsunção. Desta maneira, o detentor do poder discricionário, em sua forma fraca, não atua apenas através de uma operação mecânica, mas decide acerca de determinado assunto, assumindo uma postura.

Utiliza-se o poder discricionário fraco não apenas para falar sobre a vagueza dos padrões, mas, para comentar sobre as decisões que pretendem tomar. Assim, se o sargento recebe uma ordem para escolher os homens mais fortes ele não possui o poder discricionário no sentido forte, pois o ordenamento

⁷¹ BRANDÃO, Junito de Souza. **Teatro Grego**: Tragédia e Comédia. p. 15.

⁷² BRANDÃO, Junito de Souza. **Teatro Grego**: Tragédia e Comédia. p. 16.

pretende definir a sua decisão. O poder discricionário forte não exclui a crítica. Sobre o caso do sargento, em sentido forte, ao selecionar a patrulha ele usou de má intenção ou negligência.

Na apelação e do caso *Riggs*, o juiz teve que formar o seu próprio juízo, utilizando-se de princípios que alegavam que nenhum homem pode ser beneficiado com seus próprios delitos. Qual o grau de discricionariedade que a Relatora Presidente, o Relator vogal da Apelação e os Relatores favoráveis a exclusão da herança de Elmer encontra-se? Poderia incluir neste rol Hemon, que tenta persuadir seu pai com argumentos éticos e morais. A questão não é não decidir pela justiça, ou pela injustiça. Apesar de terem evocado a utilização de princípios, estes não fundamentam suas decisões juridicamente, e caem na problemática de decidirem conforme sua consciência de “justeza”⁷³.

Desta maneira, “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não concedem liberdade e não lhes dá ‘carta branca’ para que se possa atribuir arbitrariamente sentidos. Isso porque é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras. A “zona da incerteza” pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que amplia o espaço de incerteza e também, seu espaço de “discricionariedade”.

Se dissermos que os juízes podem criar o direito através do exercício do poder discricionário, podemos dizer que desta maneira torna-se mais frequente uma fraude contra os litigantes. Assim, de que maneira os juízes deveriam resolver estes casos difíceis (*hard cases*)?⁷⁴ Dworkin afirma que os juízes deveriam aplicar um princípio de consciência articulada ao determinarem a aplicabilidade da leis e precedentes a casos polêmicos. O autor cria, desta maneira, um juiz ideal, de capacidade e características sobre-humanas, denominado de Hércules.

Podemos citar um dos exemplos de Dworkin no qual é apresentado a

⁷³ STRECK, Lenio L. **Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistemico-teoria-decisao-juridica>. Acesso em 10 jul. 2021.

⁷⁴ Por casos difíceis podemos afirmar que se tratam daqueles em que “a argumentação jurídica versa sobre os conceitos contestados, cuja função e natureza são muito semelhantes ao conceito das características de um jogo. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 164).

Hércules um caso difícil que não está presente em nenhuma lei. Os juristas questionam sobre as decisões anteriores tomadas pelo tribunal de Hércules e quando são compreendidas, dão a alguma das partes o direito a uma decisão favorável.

Então, a partir do *Spartan Steel*, um caso no qual o autor ao demonstrar certas decisões anteriores, dizia que estas sustentavam um princípio que também exigia que a sua resposta fosse favorável. Hércules para decidir este caso pode ser tentado pela resposta que, quando os juízes decidem em casos individuais na *common law*, estabelecem regras que, em geral, beneficiam a comunidade. No entanto, Hércules descobrirá que as observações que os litigantes utilizam como precedentes não podem ser consideradas como uma forma canônica da regra estabelecida pelo caso.

Assim, Hércules pode, ao encontrar um caso anterior, decidir utilizando suas técnicas de interpretação para saber se as regras que as palavras formam abarcam ou não um caso novo. Assim, quando o juiz interpreta as leis, ele atribui à linguagem jurídica argumentos de princípio ou de política que abordam a melhor justificativa. O juiz Hércules, na verdade, é para Streck, uma metáfora, uma figura que não pode ser lida de forma solipsista, sob pena de corromper a própria teoria de Dworkin. Hércules é um modelo da melhor prática.⁷⁵

A tarefa de um juiz em um caso difícil consiste em julgá-lo a luz da moralidade política mais ampla do sistema jurídico, e isso representa proteger os valores fundamentais do sistema. Nestes casos nem sempre há uma resposta correta a ser encontrada. Julgar não é tarefa fácil, e o único jeito de os juízes não cometerem erros seria com que eles fossem seres dotados de conhecimento infinito dos valores políticos e do sistema jurídico, em outras palavras, necessitariam ser Hércules.

Ainda que somente Hércules possa sempre buscar a resposta correta, todo o juiz tem a missão de procurá-la e obtê-la, acrescenta-se aqui, que de certa forma os cidadãos comuns também estariam envolvidos, como ressalta Dworkin, em seu capítulo 8, do livro *Levando os Direitos a sério*. Quando uma situação

⁷⁵ STRECK, Lenio L. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 360.

conecta questões jurídicas e morais, relativos a Constituição, e esta reflexão atinge o texto constitucional estendendo-se a própria validade do direito desobedecido: “parece injusto punir um homem por desobedecer um direito duvidoso”.⁷⁶

Podemos comparar esta desobediência civil com o que Antígona fez em Tebas. Ao desobedecer ao decreto que a proibia de dar ao seu irmão um enterro digno, traz à tona o ponto de mutação que deve alterar a lei em forma e substância. A desobediência civil neste caso, é o direito de divergir. Foi quando Antígona se deparou e atingiu o limite do Estado, acarretando em uma resistência àquela lei. Antígona é agente do ponto de ruptura, impulsionada por um dilema existencial.

Para Dworkin, a desobediência civil, é uma característica da experiência política. Não categoriza as pessoas em boas ou más, ou porque tem conhecimento e outras ignorância, mas porque as pessoas discordam entre si, e assim possibilitam a construção de entendimentos. Desta maneira a teoria da desobediência civil é inútil se declara que algumas pessoas estão certas em desobedecer a lei, e que a justeza da desobediência emana direto do caráter errôneo da lei.

Dworkin⁷⁷ aponta que a resposta à pergunta “o que é certo as pessoas fazerem quando acreditam que as leis estão erradas?” dependerá do tipo e da motivação do ato de desobediência. Assim, alguém que acredite que seja necessário negar que soldados recusem lutar em uma guerra que consideram iníqua, isto é, sua consciência e sua integridade os proíbe de obedecer (utilizando-se aqui do exemplo de Dworkin). O autor denominará esta desobediência como, desobediência baseada na integridade.

Chega-se novamente a um ponto importante, em relação ao direito e a moral, Holmes em *Path of Law*⁷⁸, aponta e desfaz os nós entre moralidade e lei, com sua teoria do homem mau. Esta teoria diz que um homem tem tanta razão

⁷⁶ CHUERI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o Liberalismo Jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-Observação**: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. 2 ed. Ijuí: Ed. Unijui, 2013.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 157.

⁷⁸ Oliver Holmes é conhecido como precursor no realismo jurídico, faleceu três anos após se aposentar em 1935. Suas principais obras foram *The Common Law* e *The Path of Law*.

quanto um bom homem para desejar evitar um encontro com o poder público, assim, alguém que não se preocupa com uma regra ética, preocupa-se bastante em ter que evitar pagar alguma quantia e desejar escapar da cadeia.⁷⁹

Para Holmes o direito é experiência. Com sua teoria da previsão (com base no homem mau) a decisão judicial poderia ser passível de ser antecipada, buscando outras decisões de juízes em casos similares. Compreende por direito aquilo que as profecias fazem o tribunal, e estas profecias são os direitos primários com os quais se preocupa a jurisprudência. Já para Streck⁸⁰, “Como preliminar é necessário lembrar *que o direito não é* (e não pode ser) *aquilo que o intérprete quer que ele seja*”.

Não se entrará no mérito de dizer ou não o que é o direito, mas é interessante ressaltar a visão de Lenio Streck que contrasta com o que Holmes compreende. No entanto, o título que leva o nome deste item, pertencente a obra de van Caenegem, no qual ele se questiona sobre o que seria melhor, o direito dos precedentes, das leis ou dos livros, também se refere sobre o que seria o direito, ou melhor, um bom direito.

Para Caenegem existem oito critérios que podem fazer com que se tenha um bom direito. O primeiro, juízes incorruptíveis e imparciais; participação dos cidadãos comuns, pelo menos na forma de presença em tribunal aberto e de crítica em uma imprensa livre; recrutamento democrático de juízes; juízes competentes e profissionais; direito compreensível e cognoscível; justiça acessível; justiça humana; e por fim, um sistema jurídico baseado em consentimento público.⁸¹

Assim, ao se buscar o 'bom direito' que deve ser aplicado por juízes competentes dentro de uma justiça humana e acessível, volta-se ao caso deste trabalho e ao arquétipo Antígona, abordado no item 1. Chega-se a uma encruzilhada jurídico-hermenêutica com inúmeros questionamentos em busca de uma resposta jurídica, e de um juiz que decida somente por suas convicções,

⁷⁹ HOLMES, Oliver Wendell. **Path of Law**. Disponível em: http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm. Acesso em: 08 jul. 2021.

⁸⁰ STRECK, Lenio L. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11.

⁸¹ CAENEGEM, R. C. Van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 110-115.

ou porque considera determinada ação justa ou injusta. Isto porque [...] o Direito não está à disposição do julgador. O jurisdicionado não pode ficar à mercê justamente das contingências, do tropeço na pedra, da “sede de ser justiceiro” ou da vontade de ser um “juiz Magnaud”.⁸²

Seguem as questões: O juiz que julga determinada ação pode estar desapegado aos padrões estabelecidos? Creonte considerar que o decreto punitivo aplicado a Antígona era ilegal, (as leis divinas tebanas exerciam certo poder divino legislativo)? O que se espera do juiz e da decisão por ele tomada, como por exemplo, no caso da Apelação e no caso Riggs?

Pois bem, tem-se de um lado um juiz que ao aplicar a letra da lei é um positivista, isto é, não aplicará nada que não estiver no rol taxativo (Creonte, Relatores dos casos da Apelação e Riggs que foram a favor de manter a herança dos homicidas). Por outro lado, temos o direito e a moral, o juiz que aplica a justiça e se utiliza de princípios para fundamentar sua decisão, adeptos do ativismo judicial (Vamos considerar Antígona, e os Relatores dos casos da Apelação e Riggs, contrários ao autor do crime receber a herança).

Assim, qual a resposta correta (se é que é possível encontrar uma)? Qual a decisão jurídica que devemos esperar dos magistrados que se encontram afastados do Hércules de Dworkin? A partir dos casos abordados de um lado tem-se um legislador que não abarca todas as possibilidades e eventos, e de outro há possibilidade de se ter uma decisão baseada na justeza (o grande problema desta seria: o que é justo para um, pode não ser tão justo para o outro, afinal segue a máxima “cada cabeça, uma sentença”). Ainda, vincular todas as decisões a súmulas vinculantes também não é uma opção ‘correta’. As súmulas são decisões de caráter manipulativo.

Então, como decidir? Como chegar a catarse? Bem, “um caminho promissor pode ser desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica com a teoria da “law as integrity” de Dworkin”.⁸³ A resposta correta tem um determinado grau de abrangência que acaba por evitar decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição

⁸² STRECK, Lenio L. **Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?**

⁸³ STRECK, Lenio L. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 391.

constitucional pela sua função de permitir a aplicação em casos semelhantes. Existirá conformidade se os mesmos princípios que foram utilizados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará garantida a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

Ainda, no livro *Verdade e Consenso*, Streck elenca a existência de cinco princípios ou padrões interpretativos para a resposta constitucionalmente adequada. Assim, a teoria do Direito e da Constituição reclama os seguintes parâmetros hermenêuticos: a) a preservação da autonomia do direito; b) o estabelecimento de condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) a garantia do respeito à integridade e à coerência do Direito; d) o dever de fundamentação das decisões judiciais; e e) a garantia que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.⁸⁴

Assim, partir da união das teses de Gadamer e Dworkin, trata-se da resposta adequada a Constituição, e conseqüentemente ao caso do genro que mata o sogro, ou do caso *Riggs*. Relembrando, para Dworkin o juiz Hércules é apenas uma metáfora, uma superação do paradigma representacional, a morte do juiz solipsista da modernidade; o autor não defende qualquer forma de solipsismo e de discricionariedade, como viu-se anteriormente, Dworkin superou a filosofia da consciência. Chega-se ao final da tragédia mitológica hermenêutica, no qual Hércules supera o juiz solipsista Creonte, e adverte os Desembargadores da Apelação.

⁸⁴ STRECK, Lenio L. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.

Considerações Finais

O teatro grego e suas tragédias eram utilizadas como meio de ensino para os jovens quanto a questões éticas, morais e jurídicas. O exemplo de Antígona, utilizado como arquétipo neste trabalho, era uma das peças empregadas para estimular o sentimento de justiça. Assim, aproveitando-se da tragédia de Antígona na qual, questões como direito e moral, justo e injusto são abordadas, procurou-se estabelecer um diálogo entre a obra e o caso no qual o trabalho busca explicitar.

Assim, no primeiro capítulo, temos o “Direito como interpretação: o exemplo de Antígona”. Explica-se o mito, a tragédia de Antígona e se disserta acerca do direito como interpretação. Em um segundo momento, trabalhou-se com a apelação e com um caso semelhante citado por Dworkin. Foram tratadas as questões acerca da integridade do direito, discricionariedade, moralidade, e principalmente sobre a fundamentação das decisões no Direito.

E, por fim, tratou-se de abordar sobre a resposta correta. Utilizando-se do juiz Creonte. Diante dos fatos ocasionados por Antígona como Hemon, procurou-se saber se a decisão do juiz Creonte poderia ser considerada como a resposta correta. A decisão condenatória de Creonte pedia a condição de integridade, visualizando-se assim que a resposta correta acarretaria na aceitação de uma obrigação hermenêutica que favoreça a ideia de coerência narrativa.

A resposta correta para o caso da apelação e do caso Riggs (e de Antígona) por óbvio deveria ser uma decisão que além de fundamentada juridicamente, deveria demonstrar a sua adequação e justificabilidade, ligando argumentativamente a interpretação ao conjunto do direito institucionalizado. Diante de uma encruzilhada hermenêutica, o caminho pode ser realizado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica com a teoria da “law as integrity” de Dworkin”.

Ainda, a resposta correta implicaria em padrões interpretativos para a resposta constitucionalmente adequada. Tais como: a) a preservação da autonomia do direito; b) o estabelecimento de condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) a garantia do respeito à integridade e à coerência do Direito; d) o dever de fundamentação das

decisões judiciais; e, e) a garantia que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada, conforme Streck. Desta forma, a catarse acontece, o herói tem o seu destino escrito e definido, e os juízes e Relatores tem o seu modelo a seguir para que se busque uma resposta correta, cada vez mais longe de Pindorama e mais perto da resposta constitucionalmente adequada, isto é, de uma decisão que seja juridicamente fundamentada.

Referências

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ALBORNOS, Suzana. **O exemplo de Antígona: ética, educação e utopia**. Porto Alegre: Movimento, 1999.

ARISTÓTELES. **Poética**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Teatro Grego: Tragédia e Comédia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 05 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 05 jul. 2021.

CAENEGEM, R. C. Van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CHUERI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o Liberalismo Jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-Observação: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea**. 2 ed. Ijuí: Ed. Unijui, 2013.

CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-21/senso-incomum-juiz-solta-21-karl-max-deixou-estudar-foi-vender-droga>. Acesso em: 01 jul. 2021.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELIADE, Mircea. **Aspectos do Mito**. Lisboa, Portugal: edições 70, 1989.

ÉSQUILO. **Os sete contra Tebas**. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2007, nota 46.

GRASSI, Ernesto. **Arte como antiarte**. São Paulo: Duas cidades, 1975.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do espírito**. Parte I. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

HOLMES, Oliver Wendell. **Path of Law**. Disponível em: http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm. Acesso em: 08 jul. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. Tese de doutoramento em Direito. Unisinos, São Leopoldo, 2014.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

PROGRAMA DIREITO E LITERATURA. **Do Fato à Ficção**: Antígona, de Sófocles. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-23/fato-ficcao-antigona-dramaturgo-sofocles>. Acesso em: 01 jul. 2021.

ROSENFELD, Kathrin H. **Sófocles & Antígona**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

SÓFOCLES. **Édipo Rei – Antígona**. Comentário. São Paulo: Martin Claret, 2002.

STEINER, George. **Les Antigones**. Paris: Gallimard (Folio-Essais), 1986.

STRECK, Lenio L. **Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistemico-teoria-decisao-juridica>. Acesso em 10 jul. 2021.

STRECK, Lenio L. **O juiz soltou os presos; já Karl Max deixou de estudar e foi vender droga**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-21/senso-incomum-juiz-solta-21-karl-max-deixou-estudar-foi-vender-droga>. Acesso em: 05 jul. 2021.

STRECK, Lenio L. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio L. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (Org.). **Direito e Literatura**: da realidade da ficção à ficção da realidade. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n.º 70005798004, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, j. 9-4-2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 01 jul. 2021.