

*A decisão judicial como imperativo
jurídico-pedagógico no Estado
de Direito: modelo moçambicano
em evidência*



JEREMIAS ARONE DONANE

Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Doutorando em Filosofia Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS. Mestre em Direitos Fundamentais e Justiça pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Licenciado em Direito pela Universidade Zambeze - Moçambique. E-mail: jeremiasarone90@gmail.com

A DECISÃO JUDICIAL COMO IMPERATIVO JURÍDICO-PEDAGÓGICO NO ESTADO DE DIREITO: MODELO MOÇAMBICANO EM EVIDÊNCIA

THE JUDICIAL DECISION AS A LEGAL-PEDAGOGICAL IMPERATIVE IN THE RULE OF LAW: MOZAMBICAN MODEL IN EVIDENCE

Jeremias Arone Donane¹

RESUMO

A presente pesquisa busca refletir, a partir da teoria das decisões judiciais, o papel jurídico-pedagógico das deliberações, de modo a desvelar o seu real contributo no aperfeiçoamento das instituições democráticas. Para tanto, diante da extrema afeição dos julgadores moçambicanos pelo positivismo jurídico, as deliberações são frequentemente arbitrárias e despidas de motivações jusfilosóficas em Casos Difíceis, colocando o todo desejável na bacia das almas, o que gera sobremaneira, a ausência de transparência na narrativa do discurso jurídico esculpido nas sentenças. Porque o aplicador da lei é guardião das promessas sociais, a sua missão está para além da mera subsumção do fato à norma, podendo as suas convicções serem lastreadas a taxonomia de padrões morais e principiologicos, sob risco de orientarem-se aos próprios valores e preconceitos. A motivação das decisões judiciais têm efeito catalisador na compreensão do ideal da justiça pela matriz pedagógica. Partindo desta premissa, a metodologia do trabalho é de carácter exploratório, visando refletir criticamente o problema colocado e propor soluções jusfilosóficas.

Palavras-chaves: democracia, decisões, aplicador da lei, interpretação.

ABSTRACT

This research seeks to reflect, based on the theory of judicial decisions, the legal-pedagogical role of deliberations, in order to reveal their real contribution to the improvement of democratic institutions. To this end, given the extreme affection of Mozambican judges for legal positivism, deliberations are often arbitrary and devoid of jus-philosophical motivations in Difficult Cases, placing the desirable whole in the basin of souls, which greatly generates the absence of transparency in the narrative of the discourse legal form carved into the sentences. Because the law enforcer is the guardian of social promises, his mission goes beyond the mere subsumption of fact to the norm, and his convictions can be based on the taxonomy of moral and principled standards, at the risk of being guided by his own values and prejudices. The motivation for judicial decisions has a catalytic effect on the understanding of the ideal of justice through the pedagogical matrix. Based on this premise, the work methodology is exploratory in nature, aiming to critically reflect the problem posed and propose jus-philosophical solutions.

Keywords: democracy, decisions, law enforcement, interpretation.

1 INTRODUÇÃO

A ideia sobre a Ciência do Direito sofreu profundas metamorfoses históricas, sociais, culturais e jurídicas ao longo dos séculos XIX e XX nos países cuja tradição é a de Império da Lei (Civil Law), que levaram à ruptura do Estado Liberal de Direito e um paulatino processo

¹Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Doutorando em Filosofia Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS. Mestre em Direitos Fundamentais e Justiça pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Licenciado em Direito pela Universidade Zambeze-Moçambique.jeremiasarone90@gmail.com.

de construção do Estado Constitucional. Na literatura jurídico-contemporânea, avulta o reflexo de que toda visão externalizada pelo judiciário e órgãos correlatos, assume um espectro gravitacional na ordem hermenêutica, tal fato, decorre da performance que o exercício interpretativo acolhe na esfera democrática da liberdade e da própria epistemologia postulada pelas Ciências do Direito.

Preliminarmente, uma alteração adicional introduzida na teoria interpretativa contemporânea², incide sobre a sociedade aberta de intérprete. Desse modo, toda a controvérsia inerente a real fixação normativa, recai ao labor de *adjudication* em *ultima ratio*, ao qual, mediante instrumentos pré-definidos apropriam-se para a tomada da melhor decisão judicial. A par disso, portanto, erguem-se no solo pátrio controvérsias sobre o extremismo de formalismo jurídico, diante das situações em as regras jurídicas não são claras ou não regulam determinadas questões de fato e de direito controvertidas, ao que incita, em inúmeras ocasiões, a discricionariedade dos Juízes, calcado em decisionismo travestido, alternativas rejeitadas pela justiça jurídico-democrática.

A luz do nosso contexto, diante de casos levados à apreciação judicial é depreciativo que o aplicador da lei solucione a controvérsia arguida pelas partes no processo, baseando-se em opiniões pessoais e ideológicas, justificado pela tese de que este é pago para aplicar o direito dentro dos limites democráticos criados pelos representantes do povo de forma imparcial e objetiva. De qualquer sorte, o Juiz está *ex.officio* subscrito a fundamentar as suas decisões a partir de uma lógica regida, incidindo sobre o tabuleiro da argumentação jurídica, e do raciocínio, elementos que conhecem extinção nas atuais deliberações. Outro entendimento resulta da ausência de previsibilidade normativa, cuja solução pelo recurso da analogia, enseja inúmeras zonas de penumbra, em virtude da falta de critérios definidos a serem seguidos pelos magistrados.

A razão da indeterminabilidade do direito no que vem a se chamar de Casos Díficeis, leva os julgadores positivistas ao campo de arbítrio, da discricionariedade e da ditadura da toga, tornando-os, portanto, Juízes legisladores. Tendo a partida estes argumentos, questiona-se: *Como é erguida a fundamentação das decisões judiciais diante de fatos não descritos na norma, (ausência de cobertura legal), ou em casos não regulados? Como se aplica a discricionariedade que leva ao arbítrio e autoritarismo judicial nas deliberações em Moçambique?* Entretanto, o que prevalece *prima facie*, são meras descrições valorativas e a

² Como ensina Zagrebelsky, a constituição na ciência jurídica contemporânea não é um produto acabado, mas em permanente construção: "... o direito constitucional é um conjunto de materiais de construção, porém, o edifício concreto não é a obra da constituição enquanto tal, senão de uma política constitucional que versa sobre as possibilidades de combinações desses materiais. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúcil: ley, justicia y derechos*. Tradução: Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.

controversa liberdade que se introjeta na esfera psicológica do Juiz. Conforme dissemos, a luz da hermenêutica descentralizada³ ao nosso sistema, as críticas estão imbricadas ao açambarcamento de poderes dos Juizes, em virtude da falta de regulação normativa, que ao decidirem tais casos caracterizados como *Hard Case*⁴, criam leis e estabelecem precedentes, que servirão de base (pressuposto) para casos semelhantes no futuro. Portanto, ocorre por esta via, o esvaziamento do caráter jurídico-pedagógico das deliberações, fruto da construção do postulado passivo e da vulnerabilidade latente que define os Juizes positivistas em Moçambique.

Elege-se ao nosso critério soluções que emanam da Teoria do Direito como Integridade proposta por Ronald Dworkin, onde por meio de uma postura ativa, o Juiz tem a missão equiparada ao Hércules - “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobrehumanas” conhecedor de todos os elementos do direito em uma dada comunidade jurídica (DWORKIN, 2002, p. 165)”, que para controlar a coerência do sistema não cria o direito pela discricionariedade judicial. Aliás, por esta mesma lógica, por serem criativos, podem basear-se para além de regras, os princípios jurídicos que lhes permitam encontrar a melhor resposta para a solução categorizadas de Casos Difíceis, daí que, a criatividade normativa dos Juizes não é ilimitada e arbitrária, mas, sim, regulada pelo postulado científico da completude do ordenamento.

O objetivo do presente artigo gravita fundamentalmente ao papel jurídico-pedagógico das decisões judiciais em Moçambique, mormente ao âmbito da atuação passiva dos Juizes. Para tanto, propõe-se neste debate, demonstrar de forma melindrosa como se permeia a postura passiva e criativa (positivismo e pós positivismo jurídico) na dialética da teoria da decisão judicial e com isso, espera-se fornecer argumentos que possam servir de base para fixação de parâmetros na análise das decisões judiciais norteadas em premissas jusfilosóficas, pedagógicas e epistemológicas na busca pela inteligibilidade da realidade concreta ao qual estamos submetidos.

2 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA JUSNATURALISMO E JUSPOSITIVISMO

³ não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de tal maneira que, na perspectiva do centro (juizes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia. [...]. Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado [...], sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica. [...]. [...] conversação (que constitui, a rigor, comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas) [...]. [...] toda ‘conversação’ [...] carrega em si o potencial de disputa. O problema é como solucionar essas disputas sem a imposição top down na relação entre ordens. [...]. (NEVES, 2009, p. 117-8).

⁴ Hard Case se apresenta quando: (i) existe mais de uma opção para a solução do caso; (ii) inexistem normas para o caso (lacuna); (iii) existe apenas uma norma aplicável ao caso, mas a aplicabilidade poderia ser injusta ou socialmente prejudicial; (iv) existir precedente, mas que deve ser modificado mediante a análise do caso.

No tabuleiro histórico do Direito, há várias narrações sobre fenômenos que obedecem determinados fatiamentos lógicos, e, até de algum modo, complexos. Na mesma esteira, por exemplo, o jusnaturalismo cosmológico (que vem de *jus naturale* ou Direito Livre), descreve-se como um conjunto de normas não escritas que derivam de valores fundamentais. Segundo a lógica posta em questão, a Lei Natural nos termos concebido pelos antigos, é extraída de princípios éticos e morais, que são obrigatórios para os legisladores aquando da feitura das leis no sistema positivo, buscarem, sempre que necessário, a conformidade e harmonização. Conforme proposto por Luiz Braga (2006), o Positivismo ao afastar ou mesmo ignorar o Direito Natural e separar o Direito da valoração moral (ideia de justiça) de seu conteúdo, procura reconhecer como válido e justo somente o Direito Positivo vigente em determinada sociedade, fazendo dele uma super-norma, arbitrária e ilegítima, porquanto normalmente distante da realidade; além de transformar seu aplicador num artífice frio e tecnicista, repetidor de um comportamento insensível e, não raro, prepotente. Ora, torna-se mais fácil compreendermos a descrição do jusnaturalismo como transcendental, metafísico, atemporal, invioláveis e imutável de justiça, traz, à luz da literatura jurídica, um valor expoente, em decorrência do modelo aparentemente harmônico em servir de parâmetro fundamental para a construção do positivismo jurídico. Conforme descrito por (SOUZA FILHO, 2008, p. 21):

“um sistema de normas genéricas, rígidas e imutáveis que conteriam a própria Justiça” vincula esse entendimento à crença de que o Direito legislado, escrito, posto e imposto aos cidadãos seria derivado de um outro direito, eterno, não escrito, mas inscrito na consciência de cada pessoa, de cada cidadão. Segundo essa tradição pedagógica, seria Deus a fonte original desse Direito eterno, imutável, absolutamente correto, justo e perfeito. Ele criou todas as coisas, todos os seres e é responsável pela ordem natural das coisas por ele criadas, inclusive e principalmente pela sociedade humana. Haveria uma ordenação divina na natureza por ele engendrada. (SOUZA FILHO, 2008, p. 21).

Seguindo essas premissas, compreender a ideia de Direito Natural, pressupõe percorrer a tríade filosófica sobre a qual, a formação da Norma Natural emana da vontade divina, cujo pressuposto vincula os valores do ser humano. A teoria jusnaturalista, segunda a qual o Estado encontra fundamento na própria natureza humana, tendo o direito natural precedido o direito positivo, portanto, antes das leis, há princípios morais intrínsecos aos homens, os quais devem ser respeitados (MORAIS, 2011). A evolução histórica, embora tenha trazido tecnicidade epistemológica, ela nunca se desmembrou da sua gênese. No entanto, o (*dikaion phisikon*) adquire uma existência independente de sua positivação, mesmo que se deva tentar buscar sempre uma solução que abranja as duas fontes, natural e legal, não opostas, mas

complementares, pois as leis do Estado devem expressar e complementar o justo natural (FINNIS, 2006A, p. 286).

Diante desse quadro, em razão da multifuncionalidade sistêmica, o Direito não é algo desassociado da Moral, mas é uma parte integrante desta, armada de garantias específicas (REALE, 2002, p. 42). No âmbito da teoria de lacunas, concebida como um modelo de integração do direito e não de interpretação, muito difundida na contemporaneidade, inclui uma pressuposição jusnaturalista, no sentido de que as lacunas se referem à ideia de um direito não declarado diante da crise do formalismo jurídico. Essa afirmação tem respaldo na interseção entre a ética e o direito, que por sua vez, faz derivar a teoria do Direito Natural. A abordagem do Direito Natural demonstra suas posições fecundas de que nela está contida as respostas perfeitas para os problemas sociais, em virtude de, na lei natural fazer-se constar a vontade da divindade, e, portanto, do legislador supremo, conforme a rubrica “A justiça dos homens pode falhar, mas a justiça divina não falha”. Como destacou Platão, a natureza confunde-se com a arte divina que introduz ordem na matéria valendo-se da necessidade mecânica, mas, sobretudo, imitando um modelo racional e inteligível que transcende o mundo natural, (PLATÃO, A República, 592b).

Tal fato abre uma série de paradoxos, para Kelsen, concepção que se catalogou perene em sua Teoria Pura de Direito, o direito natural é falho por ser metafísico, daí que a sua construção não dispõe de conteúdo próprio investido por cada sociedade segundo seus valores. Ante o exposto, a doutrina do direito natural, segundo o supracitado autor, Kelsen (1998, p. 71), afirma a existência de “um direito ideal, imutável, que identifica com a justiça” e reconhece na natureza a fonte da qual emanam seus preceitos. Por oportuno, será mesmo o primado da teoria pura do direito proposta por Kelsen, que o direito enquanto norma não deve ter qualquer interferência externa, em regra. Segundo (VASCONCELOS, 2002):

Na visão Kelseniana, todo ordenamento jurídico é formatado na hierarquia normativista piramidal, na qual a norma posterior (inferior) recebe fundamentação da que lhe antecede (superior), culminando na Constituição que ocupa seu ápice, enquanto norma posta, fundamentando às demais, e alicerçando-se na norma especial denominada de Norma Hipotética Fundamental, que não se ocupa da juridicidade da ordem normativa positivada, mas pressupõe a validade de todo um ordenamento jurídico (VASCONCELOS, 2002)

Ainda na visão de mestre de Kelsen⁵, e, desde já adentrando ao positivismo jurídico, o Direito Positivo é uma ordem coercitiva cujas normas são criadas pelo ato da vontade dos seres humanos-acto legislativos, judiciais, administrativos ou por costumes. O Direito Positivo na

⁵ Kelsen, H., «Positivismo jurídico e doutrina do direito natural», em Misturas em honra de Jean Dabin, *1. Teoria geral do direito*, Bruxelas, Paris, Bruylant, Sirey, 1963, p.141

sua completude, busca privilegiar textos jurídicos concebidos pelo sistema jurídico, ou seja, não há legalidade fora do direito positivo. No entanto, parece concebível lembrar que os juízes são a boca que pronuncia as palavras da lei, nisso ao se fixarem ao texto legal por meio da subsunção do fato à norma. Portanto, para o autor, o direito positivo existe através dos textos das leis promulgadas por entidades devidamente constituídas e legitimadas.

Prossegue, para melhor compreensão, que o positivismo jurídico defendido por Hans Kelsen e entre outros renomados pensadores jusfilosóficos, surge no século XIX, tem como principal eixo a contraposição ao direito natural, o jusnaturalismo é empurrado “para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX” (BARROSO, 2007, p. 22). Como se observou dos trechos acima, o positivismo jurídico tornou o paradigma democrático inviável aos moldes do constitucionalismo contemporâneos. quanto a este ponto, o Professor MENELICK DE CARVALHO NETTO⁶ destacou que:

“Sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir.”

Observa-se, que as pretensões do positivismo jurídico supramencionadas serviram como mola propulsora para vários questionamentos e para sua própria superação, uma vez que, à luz do juspositivismo o Estado de Direito Democrático estaria em crise⁷ diante da falta de regulamentação sobre determinadas matérias, neste ínterim, o Juiz positivista encontra-se asfixiado pela dicção constitucional do art. 216º da CRM, “os juízes são independentes e devem obediência apenas a lei”. Dado o cunho desconstrutivo, este reflexo normativo reforça a tese segunda a qual, ao Juiz não é permitido o *non liquet*, em razão da obrigatoriedade de solucionar casos a si submetidos.

Ressalte-se, por necessário, que o Juiz no sistema democrático é o guardião das promessas sociais, ele é chamado como solucionador de todos problemas inerentes ao seu ofício, sob pena

⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série, nº 6, Brasília: Ed. UnB, 1998

⁷ “A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. (...) O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2003, 2. P.5.

de condenação por denegação de justiça, mesmo em situações de alta complexidade fática. O positivismo jurídico instituído por Dworkin (2002, p. 27-28), tem seu embasamento em três argumentos, (a) acreditar o direito como “um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público”, regras essas que são aferidas quanto a sua validade (pedigree); (b) caso não se encontre uma solução dentro do direito (conjunto de regras) para um determinado fato, o aplicador da norma deve ir “além do direito na busca de algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra jurídica já existente”; e (c) dizer que “alguém tem uma ‘obrigação jurídica’ é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (...) Na ausência de tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica”. (FERNANDES, BICALHO, 2011, p. 109).

Diferentemente de uma posição autoritária imposta pelo positivismo jurídico, a corrente pós-positivista instituiu um Direito livre, ao inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade da pessoa humana. Para Barroso, “*o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas*” (BARROSO, 2005, p. 13). Sobre o assunto (NEVES CASTANHEIRA, 1995, p. 193) explica que:

[...] direito livre identifica todo direito que se constitua para além ou independentemente do legislado, da lei – o direito não legal e reconhecido na sua normatividade sem imposição normativa autoritária (imperativa) do legislador estatal – e, que se confira a esse direito livre o caráter de uma objectiva pressuposição (assim, como direito vivo ou sociologicamente determinável e vigente na vida real da sociedade, como direito emergente da natureza das coisas, como direito natural inclusivamente, etc.), quer seja nele o resultado de uma criação dos juristas, do jurista-julgador ou do juiz antes de mais, na sua judicatio-decisória realização do direito mediante o apelo a critérios normativos extralegais e em último termo com fundamento na sua autônoma e pessoalmente responsável procura pelo justo. Num sentido estrito, aquele a que se liga o movimento do direito livre, designa apenas esta última etapa da formação meta legal do Direito. (NEVES CASTANHEIRA, 1995, p. 193)

A tese do pós-positivismo, assim, analisa o fenômeno jurídico a partir da perspectiva da concretização, entretanto, o seu eixo central emerge na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito, o direito natural e o direito positivo. A corrente pós-positivista busca ir além da legalidade estrita, reconhecendo a pertinência do direito posto. A dimensão pragmática do pós-positivismo se manifesta no fato de que referida postura metodológica visa uma argumentação e decisão integral, “[...] cujo processo pode ser mentalmente refeito (isto é, controlado por outros juristas, outros

juízes/tribunais) e que tem natureza igualitária, com base e no quadro do direito vigente – e nisso sempre amparado nos fatos do caso individual⁸. Portanto, conforme bem consignado por e, “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o Direito posto; busca empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.”⁹

3 A PSICOLOGIA DA DECISÃO JUDICIAL E AS MINÚCIAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Dada a evolução da Ciência do Direito, a fundamentação das decisões judiciais tornou-se um dos principais parâmetros do controle democrático sobre a jurisdição. A fundamentação das decisões judiciais enquanto um dos princípios estruturantes da tutela do processo constitucional, traduz-se hoje, num dos mecanismos de proteção contra possível arbitrariedade do poder judicial e da re-institucionalização de *gouvernement des juges*, por forma a evitar os perigos de que, ao realizar a proteção do texto constitucional (e dos preceitos ali inseridos), o juiz acabe por assumir o papel do legislador, obstruindo, assim, a vontade popular. Ainda neste ínterim, inelutavelmente, a tarefa de dizer o direito incide sobre a compreensão exaustiva dos fatos levados a tutela jurisdicional, interpretar normas em aparente conflito, valorar provas e sopesar os argumentos apresentados pelas partes a fim de formar uma convicção ideal e redigir uma fundamentação consistente, coerente e que solucione o imbróglio, é um exercício que peticiona um ambiente cognitivo equilibrado.

Ressalte-se, todavia, que, o magistrado possui uma função política, cuja correspondência emana do dever de fundamentar a decisão em conformidade com o direito vigente, de tal sorte que, a fundamentação das decisões é um dos elementos de garantia da justiça “quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou”¹⁰. Para melhor compreender esta elaboração, importa destacar que, para que a sentença judicial se tenha de compreender, sujeita-se a uma construção mental laborosa, sem no entanto, romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso)

⁸ MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 13

⁹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_Direito_pt.pdf. Acessado em 03.12.2023. p. 3.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. Eles, os Juízes, Vistos por nós, os Advogados. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2013, p. 123.

a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Segundo (OITAVEN, 2021, p. 426):

Uma fundamentação decisória relata precisamente o processo decisório. [...] uma fundamentação decisória é apenas uma “racionalização” de uma decisão previamente alcançada” –, Kantorowicz defende a exigência de um esforço assumido para o estabelecimento de uma convergência entre a vontade do intérprete e a fundamentação legal, de maneira a não mais se ocultar o fato de a relação entre a vontade (dimensão do materialmente justo) e a mente (dimensão da fundamentação) ter como cerne uma investigação retrospectiva, por esta, de como se poderia explicar racionalmente a decisão, cuja força-motriz é, contudo, em sua origem, voluntarista. (OITAVEN, 2021, p. 426)

De acordo com (CAMPILONGO, 1993, p. 27) a politização da magistratura, nestes precisos termos, é algo inevitável. Nota-se, portanto, que “interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado do vocábulo, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão” incumbe ao intérprete, esclarecer seu sentido ou o significado de cada vocábulo" (MAXIMILIANO, 1957, p. 13¹¹). Sendo assim, antes mesmo de analisar o estado da arte da técnica da fundamentação das decisões judiciais, é necessário lembrar que que, à luz da taxonomia constitucional, de acordo com a engenhosa posição do (REALE, 2001, p. 158):

Os juízes são chamados a aplicar o Direito aos casos concretos, a dirimir conflitos que surgem entre indivíduos e grupos; para aplicar o Direito, o juiz deve, evidentemente, realizar um trabalho prévio de interpretação das normas jurídicas, que nem sempre são suscetíveis de uma única apreensão intelectual. (REALE, 2001, p.158)”.

Como é evidente, qualquer decisão judicial seja passível de contaminação ou de manifestações de emoções pessoais¹², contrapõe os limites jurídicos do exercício do poder dos magistrados, pois, estes são pagos para aplicar o direito nos limites democráticos criados pelos representantes do povo. Seguindo este raciocínio, parece evidente que a fundamentação das decisões deve estar calcada na demonstração de que a solução que o julgador adota se baseia na aplicação racional da norma, afastando o risco de arbitrariedade. Diferentemente do que o positivismo jurídico oferece, afirma Ronald Dworkin (2002, p. 129) que os Juízes não podem legislar nem criar direito novo, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas.

Além dos princípios, as transformações interpretativas também passam pelas denominadas cláusulas gerais, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação jurídica. As

¹¹ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957. p. 13

¹² Conforme Otto Bachof, "É evidente que um juiz não está autorizado a basear as suas decisões em concepções subjectivas sobre a justiça: tem de servir-lhe sempre de padrão a *communis opinio* de todos "os que pensam recta e justamente" - e, na verdade, ainda que as concepções sobre o justo e o injusto divirjam multiplamente no pormenor, existe a tal respeito, nas questões fundamentais, larga concordância dentro de uma comunidade jurídica, pois de outro modo qualquer tentativa de criação de uma autêntica ordem integradora estaria de antemão condenada ao fracasso.

cláusulas gerais equivalem a conceitos jurídicos indeterminados que permitem que o responsável pela interpretação a faça a partir de um significado inicial e de acordo com as especificidades do caso concreto (fatores objetivos e subjetivos). A inevitável colisão entre princípios e direitos fundamentais em determinadas situações concretas carecem de solução que técnicas tradicionais de interpretação não podem conceder. Diante disso, surge a ponderação de normas, bens ou valores, artifício por meio do qual o intérprete tenta preservar o maior significado possível de cada um dos institutos em conflito, operando por meio de concessões recíprocas. Na impossibilidade, agirá fazendo prevalecer a norma, bem ou valor que melhor represente a vontade da Constituição. (BARROSO, 2006).

Ora, os Juízes não podem afastar a aplicação de normas jurídicas vigentes exclusivamente em função de sua leitura particular de mundo, atuando para além do texto da Constituição, com justificativas marcadas pela excepcionalidade, os magistrados quebram as garantias do constitucionalismo e do Estado de Direito. O modelo externalizado do comportamento judicial rege-se de acordo com a lei, pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra. Entretanto, porque o Direito é um fenômeno essencialmente interpretativo, conhecê-lo é poder oferecer a melhor versão interpretativa de sua prática jurídica, consistindo na realização de uma atividade intelectual.

Conforme consignado por Ávila¹³, o texto seria apenas a “matéria bruta” na qual o intérprete (atividade exercida pelos juízes como instrumento de solução para os conflitos) trabalha para construir os significados da norma. Por conseguinte, a atividade judicial deve se limitar a aplicar o Direito existente, por meio de silogismo, sem, contudo, criar o Direito. E, com esse discurso, mantém-se o entendimento de que a criação do Direito por parte dos juízes conflita com a clássica teoria da separação dos poderes. No entanto, a motivação ou fundamentação é pressuposto da “giurisdizionalità”¹⁴, o ato jurisdicional sem fundamentação é uma “não decisão”, de tal modo que pode ser afastado pelas vias processuais adequadas, em razão do vício de inconstitucionalidade que o inquina. Contudo, em razão do princípio da

¹³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, p. 16. A ideia de texto como “matéria bruta”, pode ser bem compreendida através da metáfora da Vênus de Milo proposta por Eros Grau. De acordo com o autor, se fossem dados três blocos de mármore para três escultores e fosse-lhes solicitado que esculpisse a Vênus de Milo, os três escultores produziram cada um três estátuas diferentes, embora claramente identificáveis como Vênus de Milo. “Vê-se, assim, que diferentes intérpretes – qual diferentes escultores ‘produzem distintas Vênus de Milo – ‘produzem’, a partir do mesmo texto normativo, distintas normas jurídicas.” (Ensaio e Discursos sobre a Interpretação/Aplicação do Direito..., p. 23-24).

¹⁴ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile, p. 458. ZANETTI JR. Hermes. O Valor Vinculante dos Precedentes. O Modelo Garantista e a Redução da Discricionariedade Judicial: Uma Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. Salvador: JusPodivm, 2015

supremacia constitucional também se manifesta por intermédio da reserva da Constituição, em que o princípio da tipicidade constitucional de competências aparece como um dos seus canais de concretização. Canotilho anota que “o princípio fundamental do Estado de Direito Democrático não é o de que o que a Constituição não proíbe é permitido [...], mas sim que os órgãos do Estado só têm competências para fazer aquilo que a Constituição lhes permite (...)” (CANOTILHO, 2003, p. 247).

O grande desafio era garantir condições de uma boa decisão judicial, passa necessariamente, segundo Streck por: a) Preservar a autonomia do Direito. Nos termos deste princípio a decisão deve se pautar por argumentos de princípio (direito) e não de política, moral ou economia. Vale dizer, a decisão adequada deve se assentar em solo jurídico e não veicular questões que acabam por fragilizar o caráter de garantia sustentado pelo direito; b) Estabelecer as condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional. Trata-se, aqui, de firmar uma posição no âmbito da discussão em torno dos limites da interpretação constitucional, para o autor, o fato de não existir um método que garanta a "correção" do processo interpretativo, não autoriza o intérprete a escolher um sentido que lhe seja mais conveniente segundo os ditames de sua "consciência"; c) Garantir o respeito à integridade e à coerência do direito.

Na linha da proposta dworkiana do Direito como integridade, Streck afirma que a fundamentação das decisões judiciais - e, o conseqüente respeito pela história institucional do direito - deve ser alçada à condição de direito fundamental do cidadão; d) Estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais. Corolário do princípio anterior, o presente princípio se apresenta como a contrapartida do "direito fundamental à fundamentação", colocando-a como um dever no sentido forte do termo; e) Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição é que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. Esse último princípio tem por finalidade preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios¹⁵.

4 DECISÕES JUDICIAIS EM MOÇAMBIQUE VS CONSTRUÇÃO DE ALTERNATIVAS TEÓRICAS: ENTRE HART E DWORKIN

¹⁵ ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. Oliveira, Rafael Tomaz. Introdução a teoria e a filosofia do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, 2015, p. 466/467

A temática relativa à teoria da decisão judicial ainda constitui uma bolha de subjetividade a ser decifrada em Moçambique. É interessante observar que em meio a opacidade e ausência do debate está vinculada a narrativa discricionariedade, que pela história do direito, atribuiu maiores poderes aos magistrados. Entretanto, considerando as razões preestabelecidas na fase perfunctória do artigo, os Juízes gozam de uma grandiosa margem de discricionariedade na sua atuação. A luz dessa percepção, Castanheira Neves¹⁶, um interlocutor privilegiado nesta temática, destaca uma similaridade ao *model of rules de Hart*, que seria um “sistema limitado e lacunoso de normas positivas”.

A proposta de Hart, que incide sobre a textura aberta do direito, por meio do qual é identificado um limite para a orientação que a linguagem pode oferecer. Diante da sua construção, a linguagem que tem um estatuto epistemológico, pode ser mais ou menos clara, havendo, assim, casos em que é fácil identificar a norma e outros em que é difícil, sendo necessária, nestes casos, a interpretação. Destaque-se, neste sentido, que os casos simples são aqueles em que o reconhecimento dos termos gerais é automático ou não problemático, pois são familiares, “reaparecem continuamente em contextos semelhantes, a respeito dos quais existe um juízo consensual quanto a sua aplicabilidade”¹⁷ Contrariamente ao Dworkin, propõe o *model of principles*, um sistema global de princípios (e direitos) ético-jurídicos em que sempre se haveria de procurar o fundamento para uma única solução válida (correta e justa), com exclusão assim da *‘discretion’* integrativa admitida pelos positivistas do *‘model of rules’*. Para melhor compreender o dilema que atravessa a matriz da justiça nacional, a problemática da discricionariedade judicial e o grau de liberdade interpretativa dos juízes, é necessário discorrer sobre uma série de questionamentos que testam a própria filosofia da decisão judicial, quais sejam: 1) os juízes criam normas quando as aplicam; 2) os juízes criam normas quando preenchem lacunas; e 3) os juízes criam direitos se suas decisões produzem efeitos *ergam omnes*. Tendo em consideração que o aplicador da lei sujeita-se no dever de fundamentar cuidadosamente as decisões judiciais, impõe-nos refletir sobre a sua

¹⁶ Além disso, não se busca a coerente integração compreensiva, mas sim a justeza decisória, e a compreensão dos fundamentos numa pressuposição hermenêutica, ainda que aliada à situação hermenêutica, não basta para decidir, pois a mediação judicativa, com sua dimensão problemática e de autonomia constitutiva interfere nos fundamentos e critérios da decisão concreta. E além disso, a intencionalidade normativa da decisão jurídica opõe-se ao caráter da aplicação ou concretização hermenêutica. Finalmente, trata-se não simplesmente de compreender ou integrar o caso no sistema global de validade, mas de decidir o mérito normativo do problema prático-concreto na perspectiva da validade dogmática objetivada, quer dizer, não é só uma pragmática reintegrante, mas uma justeza decisória – e por estes caracteres praxístico, constitutivo, normativo e judicativo a decisão não é um ato exclusivamente hermenêutico. NEVES, A. Castanheira. Metodologia Jurídica - problemas fundamentais. Coimbra Editora: Coimbra, 1993. p. 76-77.

¹⁷ HART, H. L. A. The Concept of Law. 2ª edição. Nova York: Oxford University Press: 1994. p. 126. Publicação original: de 1961.

independência e liberdade nos casos sem previsão legal ou diante de uma incompletude normativa.

É justamente a partir do fornecimento destes dados que conclui-se, *a priori*, que o próprio magistrado estabelece a completude do sistema jurídico, diante dos fatos a si submetido, dizendo o direito mediante uma interpretação construtiva, ou seja, cabe ao juiz ser responsável por determinar o indeterminado. Podemos, aliás, considerar afirmações compatíveis com a proposta dworkiniana, na parte vinculada ao cumprimento da lei e na necessidade de decidir a todo custo, demonstrando a completude do sistema. O Poder Judiciário não pode eximir-se da sua tarefa de decidir, e muito menos deve ser discricionário, nos termos proposto por Herbert Hart, ao qual:

Ao se atribuir o poder discricionário aos Juízes, estabelece-se sobre eles o poder de edição de normas a serem aplicadas retroativamente aos casos concretos, em evidente criação do direito *ex post facto*, o que macula o princípio da legalidade, anterioridade da lei e segurança jurídica; a ausência de legitimidade democrática para a atuação criativa dos juízes, o que os autoriza apenas a realizar a vontade das instituições eleitas democraticamente. Ir além desse limite seria distorcer a lógica democrática, a soberania do povo e o princípio da separação dos poderes, representando verdadeira instabilidade político-institucional (VERBICARO, 2018, p.137).

Segundo esta concepção, o Juiz, ao julgar um caso difícil, estará sempre calcado à norma jurídica, não havendo espaço para discricionariedade. Esta vinculação à norma decorre do fato de que, quando o caso controverso não for abarcado por uma regra jurídica, o Juiz através de um método de interpretação construtiva, deve encontrar e ponderar quais princípios jurídicos podem ser aplicados ao caso. Outrossim, a tese de que as decisões judiciais nos casos difíceis devem ser geradas por princípios, e não por políticas. No entanto, o argumento de princípio resiste à crítica de originalidade judicial, pois, estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito, permitindo ao Juiz, que não é pressionado pelas demandas da maioria política, avaliar o argumento em uma melhor posição.

Uma forma de se tentar superar o problema das lacunas normativas ou mesmo normas contrárias aos anseios da norma fundamental, no direito contemporâneo de feição pós positivista, pode ser extraída da atitude dos constituintes originários de buscar a elaboração de normas fundamentais com densa carga principiológica, norma fundamental que deve representar um sistema coerente que traz como consequência o dever do Poder Judiciário julgar conforme princípios, ainda que em contrariedade à opinião popular¹⁸ (DWORKIN, 2002, p. 202).

Pela descrição interpretativa de diversas normas, nos parece que no sistema jurídico moçambicano, há uma expansão da atribuição do Juiz como exigência da sociedade contemporânea, destacado pelo dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos

¹⁸ DWORKIN, Ronald – O direito da liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana p. 202.

constitucionais, entretanto, o recurso a postura ativista encontra-se atrofiado pela construção positivista ortodoxa dos Juízes face a independência e vinculação à lei, conforme o disposto do art. 216º nº 1 da CRM. Diante de lacuna, seria suposto que o juiz fosse capaz de construir argumentativamente o ponto de vista axiológico do legislador, ponderando os interesses em jogo mediante um apuramento das causas que originaram a lei. Para Heck, “lacuna” é um conceito crítico-normativo-axiológico, visando indicar a falta de algo que se considera desejável (LARENZ, 2005, p. 71).

No sentido mais específico, a integração das lacunas da lei previsto no art. 10º nº. 3 do CC, com a dição de que o juiz deverá procurar a solução mais justa ao caso concreto, ou mesmo, buscar a melhor decisão que se integre no sistema ou na totalidade do direito interno, adotando a ideia de que, se legislador fosse, consagraria, em princípio, a solução mais acertada que caberia dentro da lei, porque, assim fazendo, estaria legislando dentro do espírito do sistema, sem violar o cerne da ordem jurídica estabelecida, parece-nos que a aplicação deste protótipo sem indicação de critérios devidamente definidos, abre espaço para criação de um Juiz Legislador. Assim como é um fato necessário que os tribunais tenham poderes para criar direito, também é um fato universal que ao criá-lo utilizam considerações morais e políticas, e que a lei os orienta nesse sentido (RAZ, 2001 e, p. 276). Como bem destacou Ronald Dworkin:

Ao Juiz aplicador de regras, que, nos casos difíceis, se utiliza de técnicas que almejam neutralidade do ato de compreensão do texto, opõe-se ao Juiz guardião dos princípios, que se abre para argumentação política. A esse segundo tipo de Juiz, não se subordina exclusivamente às normas postas por acreditar numa espécie mais ambiciosa do Estado de Direito, costuma-se negar a legitimidade. Afinal, quando extrapola as decisões políticas já tomadas pelos legislador ele mesmo estaria a legislar. E tal originalidade não teria lugar num modelo institucional em que o Juiz se subordina ao legislador. (Ronald Dworkin, 2008a, p. 36)¹⁹

Dessa forma, recorre-se ao expediente protestatário a aplicação da discricionariedade judicial, tendo em conta que a argumentação lastreada nas deliberações de Casos Difíceis, tem-se concentrado num campo nebuloso, muito embora, a argumentação jurídica não decida. ela transforma alternativas de decisão [...]. Uma decisão ainda permanece necessária; acontece apenas que, após a argumentação jurídica, a alternativa de decisão que se apresenta é transformada em uma outra (TEUBNER, 2011, p. 37). No entanto, o que se denota em diversos complexos é, inelutavelmente, a exacerbação da linguagem, marcada por uso de discurso incognoscível e intangível, que segundo explica (Sarmiento, 2006, p.200).

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e das possibilidades, através deles, buscarem justiça - ou o que entenderem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Está euforia com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial.

¹⁹ MENDES, Conrado Hubner. 2008a. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro. Elsester.

Um decisionismo travestido de vestes do politicamente correto, orgulho com jargões grandiloquentes e com sua retórica inflamada, mas sempre decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em grandes “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo que quiser (Sarmiento, 2006, p.200).

Apesar de discorrer longamente sobre as virtudes passivas, o seu campo de inação é amparado no senso de falta de capacidade dos Juízes em solucionar casos não regulados por lei, deixando as suas deliberações despidas. Assim, resulta pragmático que diante da ausência absoluta de legislação ou da norma concretizadora de uma disposição constitucional que atribui direitos, o mecanismo a ser verificado pelo aplicador da lei como forma de colmatar o vazio, decorre das decisões integrativas, cabendo ativamente ao Judiciário verificar se é possível atribuir razoável eficácia à norma, sem a intervenção do legislador, tendo em conta a existência, no sistema constitucional, de elementos necessários à aplicação normativa. Em outras palavras, o julgador preenche o vazio deixado pelo legislador.

Como qualquer atividade pedagógica é capaz de fornecer a transparência, nos é conveniente fortalecer a ideia segundo a qual, a expansão da atribuição do Juiz visa consolidar os fundamentos do direito. Devemos ressaltar que os Juízes julgam segundo a *ratio juris*, percorrendo uma linguagem técnica competente, que no nosso entender, deve ser esmiuçada. Entretanto, no que diz respeito ao papel da construção de conceitos e do sistema jurídico, a decisão não deve estar pautada em fatores estranhos, externos e juridicamente irrelevantes, pois, assim sendo, é muito provável que a justificativa por vezes seja resultado de uma deliberação do inconsciente. Segundo a conceptualidade lógica de Bourdieu (2000, p. 221):

Bourdieu (2000, p. 221), procuram a revelação do justo na letra da lei, e do modo de pensamento lógico, pois pretendem pôr em prática o método dedutivo para produzirem as aplicações da lei ao caso particular - eles desejam criar uma ciência 'nomológica' que enuncie o dever - ser da idéia de “lei natural”, eles praticam uma exegese que tem por fim racionalizar o Direito positivo por meio de trabalho de controle lógico necessário para garantir a coerência do corpo jurídico e para deduzir dos textos e das suas combinações, consequências não previstas, preenchendo assim as famosas 'lacunas do Direito'.

Sob esta perspectiva, é possível trazer o entendimento de que os paradoxos despertados na aplicação literal do positivismo jurídico, contrapõe, sobremaneira a tomada de decisão em Casos Difíceis, de modo que, a compreensão interpretativa das decisões judiciais de forma mais abrangente e não exclusivamente centrada na literalidade do arcabouço legal, só se torna mitigada pelo Juiz hercule. A configuração da natureza dessas decisões se deve basicamente à imposição ao Poder Judiciário da tarefa de solucionar os conflitos existentes entre as expectativas sociais de reconhecimento de direitos e a ação ou omissão do Estado. O poder interpretativo é dotado de bilateralidade, na medida em que se refere “tanto à norma

constitucional como à lei que se coloca como contraponto ao texto constitucional” (STRECK, 2004, p. 841-2). Assumidas essas premissas, no plano decisório, o aplicador do direito para alcançar uma solução mais equilibrada com a questão constitucional, necessita a priori de uma investigação jusfilosófica, pois, a mesma permitiria introduzir um maior controle sobre os argumentos e modos de justificação utilizados pelos magistrados na sua tarefa de dizer o direito. A título disto, “ o raciocínio jurídico, a lógica jurídica e a argumentação constituem um grande barômetro para uma interpretação construtiva. Neste contexto, dada a proeminência característica que a decisão judicial possui na legitimação da atividade jurisdicional, a sua racionalidade está dependente dos arquétipos de clareza e coerência. Apesar de se tomar como ponto central a imagem de que o órgão responsável pela adjudicação está obrigado juridicamente a identificar nas razões argumentativas apresentadas nas suas deliberações, tal dever, permitiria inelutavelmente, a mais adequada realização da segurança e certeza jurídica.

Feitas tais considerações, é possível identificar três causas para a ausência de fundamentação, a saber, i) fatores empíricos, consubstanciados no excesso de trabalho; ii) de cultura jurídica, resultado da aplicação do princípio do livre convencimento; e iii) sociológicos, que podem ser subdivididos em cultura autoritária e impossibilidade de evidenciar valores antidemocráticos. O Juiz não deve simplesmente dizer o direito mas, com a força que lhe cabe, aplicá-lo. Mas aplicá-lo como alguém que não é externo àquele, mas dele faz parte, participa.” (CHUEIRI, 2008, p. 414), e leva em consideração tudo que tem sido construído até então pela comunidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na democracia atual, a influência do modelo político-filosófico possibilitou novas configurações interpretativas do Direito. Diante da ideologia criada pelo positivismo jurídico, os Juízes passaram a ter um papel proeminente na determinação do que exige o Direito, atuando na lógica da defesa integral da Constituição, frente à erosão caracterizada por uma evidente crise de pensamento. Com isso, a nova metamorfose estrutural das Ciências de Direito também possibilitou que o órgão judicial agisse como instrumento de proteção de direitos frente ao Estado, segundo a premissa de que o direito não depende meramente da vontade legislativa, mas da construção que o intérprete realiza do conteúdo da norma jurídica.

A necessidade de se reconhecer a abertura do direito transfere ao aplicador da lei atribuições típicas de um legislador negativo, reflexo patente em lei, todavia, desconstruído pela textura

aberta através da leitura moral da Constituição. No entanto, todas decisões judiciais são baseadas em uma moralidade política e que o aplicador da lei expressa uma posição moral ao decidir os casos. Entretanto, a discricionariedade judicial mais do que parecer anárquico, autoritário e sem critérios, subverte o primado do Direito, permitindo que o mesmo seja instrumentalizado para que legitime práticas injustas.

Porque a atuação do Juiz está sujeita à obrigação de fundamentar as suas decisões, o seu raciocínio deve ser tão explícito possível, ao contrário das posturas lacônicas praticadas pelos tribunais moçambicanos em toda sua extensão e jurisdições. Diante desta constatação, a ausência de uma investigação filosófica gera déficit de racionalidade que permeia a exiguidade de argumentos e modos de justificação utilizados pelos Juízes. O magistrado, por ser um soldado da lei, deve buscar uma compreensão holística do sistema legal e jurisprudencial de princípios, a fim de, aplicar corretamente o Direito, preservando os princípios fundamentais e não apenas reproduzindo aquilo que encontra-se escrito. Daqui, o positivismo jurídico carrega sobre si a visão ultrapassada do papel do Juiz, especialmente por estarmos em tempos de Estado Constitucional de Direito.

O componente retórico argumentativo, lógico no raciocínio de fundamentação das decisões assegura irrefutavelmente que o compromisso democrático do julgador filtre significativamente as anomalias erguidas pela discricionariedade, uma vez que o círculo hermenêutico revela o nexó indissolúvel entre a compreensão da norma individual e a compreensão do sistema normativo. Uma leitura moral da Constituição sob a premissa de que o grau de abstração presente nos princípios constitucionais, necessita que os referidos sejam interpretados à luz da moralidade. Da mesma forma, é de fácil percepção a identificação de que a argumentação jurídica é uma instância de legitimação da decisão judicial e, conseqüentemente, do próprio ordenamento jurídico, porém, destaque-se que as decisões judiciais em Moçambique são frias, despidas de correspondência lógico-argumentativa, o que socialmente produz falta de segurança jurídica e descrédito pelas instituições de justiça.

6 BIBLIOGRAFIA

- ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. ABBOUD, Georges.
- BOURDIEU, P. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “**Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**”. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARNIO, Henrique Garbellini. Oliveira, Rafael Tomaz. **Introdução a teoria e a filosofia do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed. revista, atualizada e ampliada, 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série, nº 6, Brasília: Ed. UnB, 1998.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2ª ed. Nova York: Oxford University Press: 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2005

MARTINS, Mauro Pereira. **Os Princípios e a Normatividade Jurídica**. In: **CURSO DE CONSTITUCIONAL: normatividade jurídica**, 2013, Revista EMERJ, Rio de Janeiro, p. 197-207.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957. p. 13.

NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica - problemas fundamentais**. Coimbra Editora: Coimbra, 1993

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

KELSEN, H. **Positivismo jurídico e doutrina do direito natural**, em *Misturas em honra de Jean Dabin*, *I. Teoria geral do direito*, Bruxelas, Paris, Bruylant, Sirey, 1963, p.141

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance;

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Fundamentação Tridimensional da Sentença**. In: *Estudos*. Revista da Universidade Católica de Goiás. V, 27, n. 4, out./dez. Goiânia: Editora da UCG, 2000, p. 861-890.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado: do Estado Absolutista ao Estado Democrático de Direito. Artigo Científico. Publicado em abril de 2011, Disponível em: . Acesso em: 19 de agosto de 2023.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia. Filosofia pagã antiga**. 3ª ed. São Paulo: Paulus, 2007.

RAZ, Joseph. **Autoridad, derecho y moral**. In: RAZ, Joseph. La ética en el ámbito público. Traducción María Luz Menon. Barcelona: Gedisa Editorial, 2001a. cap. 10, p. 227-257

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúcil: ley, justicia y derechos**. Tradução: Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.