I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini
Juraci Mourão Lopes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-062-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os trabalhos apresentados desenvolvem e aplicam o objeto de investigação do grupo de maneira variada e plural. Há trabalhos explorando teoricamente decisões judiciais isoladas ou uma linha jurisprudencial já formada, contrastando-as com abordagens teóricas que servem para evidenciar a maior ou menor rigor racional e sua convergência com princípios e regras jurídicas. Há revisão de debates teóricos estritos e fundamentais, bem como o necessário aprofundamento em ideias de autores clássicos.

Vale ressaltar a prevalência de alguns juristas e suas respectivas construções teóricas como as mais frequentes referências teóricas para as abordagens. Entre os nacionais, merece destaque Lenio Streck com sua Crítica Hermenêutica do Direito, utilizado em investigação em diversos ramos do Direito. Há, ainda, o sempre presente Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito. Contudo, merece especial atenção o incremento do estudo de autores da tradição analítica, própria do mundo anglo-saxão.

Se Ronald Dworkin já era autor recorrente em estudos de teoria do direito e da decisão judicial no Brasil, há algumas décadas, seu debate com Herbert Hart, que é indispensável mesmo para entender a teoria não positivista do Direito como Integridade do primeiro, vem recebendo cada vez mais atenção dos textos submetidos ao presente Grupo de Trabalho. O próprio pensamento de Hart vem sendo prestigiado, não só na contraposição à Dworkin, mas como meio de revigorar o positivismo jurídico tão criticado quanto mal compreendido nas últimas décadas. Daí é compreensível que surjam trabalhos com base em Jeremy Waldron, jurista que bem dialoga com o positivismo e o não positivismo analíticos, e Wittgenstein, cuja filosofia é incorporada como premissa em muitos da jurisprudence.

O realismo jurídico reencontra muito bem seu espaço nas discussões acerca da aplicação da inteligência artificial nos processos judiciais. Se os realistas americanos dos anos 20 e 30 do Século XX reduziam o Direito a uma predição do que seria decidido nos tribunais, os vários algoritmos que controlam diversos programas conseguem realizar essas predições com grau de precisão e acuidade inimagináveis há 100, buscando mesmo elementos não percebidos pelo próprio julgador. Esse é um tema que se encontra explorado no presente volume.

O primeiro artigo apresentado intitula-se A COMEMORAÇÃO AO GOLPE DE 1964: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO DIREITO dos autores Tainan Natércia da Piedade

Andrade Monteiro , Tais Vasconcelos Cidrao e Juraci Mourão Lopes Filho. O artigo trata de decisões divergentes sobre a comemoração do aniversário do golpe de 1964 à luz da teoria dos direitos fundamentais, analisando o porquê desses desacordos, utilizando-se das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin, tratando-se, pois, de um estudo de caso destrinchado por pesquisas iminentemente bibliográficas e documentais.

No segundo artigo A DECISÃO DO JUIZ NO REALISMO JURÍDICO DE ALF ROSS E A POSSIBILIDADE DA SUA EMULAÇÃO POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL de Murillo Cesar De Mello Brandao Filho , Mariana De Siqueira e Vladimir Da Rocha França, os autores procuram examinar a tomada de decisão pelo juiz como fonte do direito no pensamento empírico de Alf Ross diante da inovação tecnológica disruptiva, verificando a possibilidade de sua emulação por robôs (algoritmos) desenvolvidos por inteligência artificial.

Na sequência, Marcelo Matos de Oliveira e Luís Carlos Balbino Gambogi escrevem sobre A ILEGIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SOB O ENFOQUE DA TEORIA DE JEREMY WALDRON, artigo no qual questionam se caberia ao Supremo Tribunal Federal exercer o judicial review sobre a antecipação do cumprimento da pena sem a comprovação definitiva da culpa (Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário 964246/SP). O marco teórico adotado é a dignidade da legislação de Jeremy Waldron. Utilizar-se-á, com predominância, o raciocínio dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No artigo ATIVISMO JUDICIAL E SOLIPSISMO JURÍDICO: UMA BREVE ANÁLISE DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Luis Felipe Leão Saccol, buscam demonstrar a relação existente entre ativismo judicial e solipsismo jurídico. Utilizam como base as mudanças de paradigmas ocorridas entre o CPC de 1973 e o CPC de 2015 a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, questionando se o CPC 2015, aprovado democraticamente pelo Congresso Nacional, está sendo aplicado corretamente pelo Poder Judiciário?

Luís Antonio Zanotta Calçada e Janriê Rodrigues Reck no artigo ATIVISMO JUDICIAL NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 E AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 buscam analisar o Ativismo Judicial correlacionando-o com as decisões do Habeas Corpus nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, todas do Supremo Tribunal Federal, com o fito de avaliar se essas podem ser caracterizadas como ativistas.

No artigo CONTRAPONTOS E APROXIMAÇÕES HISTÓRICAS DO MODELO JURÍDICO COMMON LAW NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: ATUAL MUTAÇÃO PROGRAMÁTICA NO SISTEMA JURISDICIONAL PÁTRIO, Ana Luiza Novais Cabral e Sidiney Duarte Ribeiro, verificam que o modelo jurídico brasileiro, antes considerado de alta inflexibilidade, atualmente tem se assumido de forma híbrida com a introdução de institutos trazidos de outros sistemas, principalmente o common law. Utilizando-se de uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, observam importantes fatores que influenciam diretamente na introdução de novos institutos no constitucionalismo brasileiro.

No artigo DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ADMINISTRATIVA: A FUGA PELA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, os autores Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Taynara Silva Arceno expõem as críticas da discricionariedade judicial e da discricionariedade administrativa sob o viés da Crítica Hermenêutica do Direito e da teoria da Decisão Judicial, desenvolvidas pelo professor Lenio Streck.

Josemar Sidinei Soares no artigo FILOSOFIA, CULTURA E POLÍTICA JURÍDICA apresenta a Filosofia como instrumento capaz de auxiliar a Política Jurídica no exame crítico da cultura jurídica vigente. Questiona se pode a filosofia ser instrumento de auxílio da Política Jurídica no exame crítico do direito enquanto manifestação cultural.

No artigo O PÓS-ESCRITO DE HART E A QUESTÃO DA FILOSOFIA POLÍTICA: RONALD DWORKIN E A CRÍTICA AO POSITIVISMO HARTIANO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CAPÍTULO 6 DA OBRA "A JUSTIÇA DE TOGA", Hugo Jose De Oliveira Agrassar, realiza uma análise do capítulo 6 do livro A justiça de toga de Ronald Dworkin com as críticas ao positivismo de Hart com base na evolução das teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico.

No artigo O SISTEMA DE REGRAS EM HERBERT HART, Vitor Hugo Duarte das Chagas analisa bibliograficamente o conceito de Direito de Herbert Hart como um sistema de regras primárias e secundárias, portanto, é feita uma análise da filosofia analítica da linguagem, que influencia o pensamento de Hart.

Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos no artigo OS JOGOS DE LINGUAGEM NA FILOSOFIA DE WITTGENSTEIN E O CONHECIMENTO OBJETIVO DE KARL POPPER: CONJECTURAS DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO PARA UMA TEORIA DA DECISÃO verificam se as conjecturas da Teoria

Neoinstitucionalista do Processo e os jogos de linguagem propostos por Wittgenstein podem conferir legitimidade na construção de decisões no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No artigo PARA ALÉM DA NORMA POSITIVADA: OS MODELOS DE COMPORTAMENTO JURÍDICO ATITUDINAL E ESTRATÉGICO, Izabella Cecília de Lima e Silva, disserta acerca dos modelos de comportamento judicial, notadamente quanto aos aspectos extralegais que têm o condão de influenciar no processo de tomada de decisão dos membros do Poder Judiciário.

Os autores do artigo RELATIVIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL À LUZ DA TEORIA PURA DO DIREITO, Paola Domingues Jacob e Veronica Lagassi, examinam a possível relativização do Ativismo Judicial com base na aplicação da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen. Demonstram como o processo de Judicialização presente no Supremo Tribunal Federal acabou se enveredando para um Ativismo Judicial, confrontando assim com os ideais defendidos pelo Minimalismo, e por via de consequência, pela Teoria Pura do Direito.

Como se observa, tem-se uma seleção valorosa de abordagens, que bem refletem a importância da temática em estudo.

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - Centro Universitário Christus

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Centro Universitário das faculdades Metropolitanas Unidas /FMU e Centro Universitário Eurípedes de Marília/UNIVEM

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ADMINISTRATIVA: A FUGA PELA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

JUDICIAL AND ADMINISTRATIVE DISCRICTION: THE ESCAPE THROUGH THE HERMENEUTICAL CRITIC OF LAW

Guilherme Augusto De Vargas Soares [1]
Maria Eduarda Vier Klein [2]
Taynara Silva Arceno [3]

Resumo

Levando-se em consideração que a discricionariedade pode ser considerada umas das grandes vilãs para o pleno desenvolvimento da democracia, e um retardo dentro do Estado Democrático de Direito, o presente trabalho tem por objetivo expor as criticas da discricionariedade judicial e da discricionariedade administrativa sob o viés da Crítica Hermenêutica do Direito e da teoria da Decisão Judicial, desenvolvidas pelo professor Lenio Streck.

Palavras-chave: Discricionariedade judicial, Discricionariedade administrativa, Crítica hermenêutica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

Taking into account that discretion can be considered one of the great villains for the full development of democracy, and a delay within the Democratic State of Law, the present work aims to expose the criticisms of judicial discretion and administrative discretion under the bias of the Hermeneutic Critic of Law and the Judicial Decision theory, developed by professor Lenio Streck.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial discretion, Administrative discretion, Hermeneutic critic of law

---

[1] Mestrando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/RS. Membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado.

[2] Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX. Pós Graduanda em Direito Penal e processo Penal pela ABDConst. Advogada.

[3] Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX. Assessora de Juiz de Direito no Fórum da Comarca de São Leopoldo/Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO

A discricionariedade, seja ela judicial ou administrativa, é alvo de intensos debates no Direito Contemporâneo. Classificada como uma verdadeira catástrofe do positivismo jurídico, a discricionariedade ainda é incentivada no momento da formação da decisão judicial por algumas teorias sob o argumento de que ela seria "inevitável" frente à obscuridade da norma.

Para combater as heranças desagradáveis do positivismo, teorias pós-positivistas começaram a trazer à tona tópicos que antes eram deixados completamente de lado na teoria positivista, especialmente no que diz respeito aos métodos de investigação e experimentação.

Dessa forma, tendo em vista que juízos discricionários ferem a autonomia do Direito, e que não existe compatibilidade desse tipo de postura com o sistema democrático, ou melhor, com o Estado Democrático de Direito, o presente trabalho tem por objetivo expor as críticas da discricionariedade judicial e da discricionariedade administrativa (que a doutrina frequentemente esquece de trazer ao debate) sob o viés da Crítica Hermenêutica do Direito e da Teoria da Decisão Judicial, desenvolvidas pelo professor Lenio Streck.

Para que se alcance o objetivo proposto, o presente trabalho divide-se em três partes. Em um primeiro momento, realiza-se apontamentos sobre a discricionariedade judicial, levantando as principais críticas a esse tipo de prática, críticas principalmente advindas de Ronald Dworkin, Herbert Hart, bem como do professor Lenio Streck, e observa-se como cada um desses autores lida com o problema da discricionariedade.

No segundo tópico pretende-se abordar a discricionariedade administrativa que, em que pese seja pouco discutida na doutrina brasileira, aos poucos vem ganhando mais espaço, até mesmo em razão da modificação da doutrina em países europeus. Faz-se uma diferenciação entre ato administrativo discricionário e discricionariedade administrativa propriamente dita, além de elencar-se possíveis saídas para frear esse fenômeno, que também abarca as decisões do administrador no âmbito da Administração Pública.

Na terceira e última parte, expõe-se a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e a Teoria da Decisão Judicial, desenvolvidas por Lenio Streck, com o escopo de filtrar e barrar as decisões exaradas sob o manto da discricionariedade. Ainda, apresenta os critérios desenvolvidos dentro da CHD, para que uma decisão seja classificada como uma "decisão judicial ativista" ou como uma "decisão adequada à constituição".

Por fim, percebe-se que a Crítica Hermenêutica do Direito, por meio dos cinco princípios da decisão jurídica, das seis hipóteses em que o Judiciário está autorizado a deixar

de aplicar uma lei e, ainda, pelas três perguntas fundamentais que seriam feitas pelo juiz no momento de proferir a decisão, todas essas construções teóricas formam um arcabouço contra a formação de decisões discricionárias e ativistas, sendo possível afirmar que a decisão dada para o caso concreto, muito provavelmente, estará de acordo com a Constituição Federal do país.

2 APONTAMENTOS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

O positivismo jurídico é alvo de intensas críticas no meio acadêmico nas últimas décadas, parte delas ocorrem por consequência do neoconstitucionalismo europeu, mas também pelas reações intelectuais aos horrores da Segunda Guerra Mundial. Um dos autores que mais contribuiu com essas críticas, no objetivo de superar o discurso positivista, foi o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin. Sua contribuição gravita especialmente em torno das obras Levando o Direito a Sério (1977), Uma Questão de Princípio (1985) e O Império do Direito (1986) (ABEL, 2015, p. 1).

As críticas desenvolvidas por Dworkin ficaram popularizadas de forma progressiva na comunidade jurídica internacional. O resultado do trabalho desenvolvido pelo autor norte-americano fez com que as bases teóricas do positivismo jurídico ficassem desacreditadas. Como consequência, essa corrente doutrinária pouco a pouco foi rotulada de ultrapassada e superada, ao mesmo tempo em que outro termo surgiria para dar respostas aos ordenamentos jurídicos ocidentais, a saber, o pós-positivismo (ABEL, 2015, p. 1).

O pós-positivismo não nasceu como uma corrente oposta ao positivismo. Na verdade, seu intuito é trazer aos holofotes aquilo que ficava abrigado pela neutralidade, tal como a submissão do conhecimento jurídico, as circunstâncias históricas e, como consequência, os obstáculos referentes aos métodos de investigação/experimentação (STRECK, 2017, p. 211).

Entretanto, para que se entenda a verdadeira superação do positivismo jurídico no plano teórico, é preciso que se retome o debate Hart/Dworkin, não só para que se encontre uma solução definitiva para o problema, mas para que sirva como um ponto de partida para sedimentação de uma teoria da decisão que seja, de fato, pós-positivista (ABEL, 2015, p. 2).

Na verdade, ocorre que, em tempos atuais, existe uma nova geração de positivistas do direito que já absorveram as críticas de Dworkin, mas que, mesmo assim, permanecem defendendo um projeto de positivismo jurídico para a contemporaneidade. O que se faz necessário, dessa forma, é entender que o debate se encontra em uma nova fase, na qual é preciso analisar a relevância e a atualidade desses “novos” positivismos e confrontá-los com o

sistema das democracias ocidentais contemporâneas. Além disso, uma segunda problemática desse novo tipo de pensamento guarda relação com a *práxis* da jurisdição no Brasil. Mesmo com a vitória da crítica em relação ao positivismo jurídico no campo das ideias, esta não teve a capacidade de eliminar da prática judiciária – nem mesmo da mentalidade dos juristas – a mais grave e inaceitável falha do positivismo jurídico, a saber, a discricionariedade judicial (ABEL, 2015, p. 2-3).

Conforme aduz Lenio Streck, a principal forma de identificar o positivismo em suas diferenças com o pós-positivismo (ou não-positivismo) é o modo como se relacionam com a discricionariedade. Tendo por base as ideias de Tomasz Gizbert-Studnicki e Tomasz Pietrzykowski, Lenio comenta que a diferença entre as correntes está na maneira como se reconhece a relação entre Direito e moralidade, e nas consequências práticas que advêm dessa concepção. Assim, os positivistas creem que alguns conceitos básicos possuem uma textura aberta, tais como o conceito de boa fé, de políticas públicas e de cooperação social, sendo que, nesses casos, o juiz possui uma reconhecida discricionariedade para proferir a decisão. Dessa forma, na órbita da discricionariedade judicial, qualquer resposta dada pelo juiz estará em consonância com o direito. A decisão pode até ser considerada injusta ou indevida, mas jamais será tida como antijurídica, nem mesmo nos processos em que um tribunal se depara com uma decisão equivocada na aplicação de um princípio moral. O órgão poderá confirmar a referida decisão sob o argumento de que está agindo a partir de sua própria discricionariedade. O ponto chave reside no fato de que o padrão moral que se refere a esses conceitos são extrajurídicos, razão pela qual, quando se fala em decisão judicial, não se pode apelar a um critério moral para apontar a contrariedade de lei que carrega tal decisão. Por outro lado, os não positivistas "acreditam que o direito, ao fazer referência aos critérios morais, efetivamente acreditam que estão incorporando esses critérios ao direito" (STRECK, 2017, p. 214). Dessa forma, se uma decisão venha a lesar esses critérios, ela não será considerada unicamente injusta, mas sim, antijurídica. O juiz aplica o direito quando se utiliza desses critérios morais, mesmo que eles sejam vagos ou possam se confundir, pois eles formam parte do direito (STRECK, 2017, p. 214).

Seguindo em frente, é necessário que se compreenda os problemas da discricionariedade judicial. Conforme afirma Lenio Streck (STRECK, 2017, p. 69), a ideia de discricionariedade ligada à jurisdição surge no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas, a partir do momento da "descoberta" da indeterminação do direito. Isso ocorre porque a decisão passa a depender da vontade do juiz e não mais da lógica da lei. Dessa forma, desde a Escola do Direito Livre até o positivismo exclusivo, existe um fator comum, qual seja,

a noção de que no momento em que o juiz profere uma decisão, sempre sobra um espaço a ser preenchido pela sua discricionariedade em detrimento do espaço para a "razão".

Ainda, no mesmo sentido, André Karam Trindade (TRINDADE, 2019. p. 86) elucida que a questão envolvendo a (im)possibilidade de os juízes criarem o direito, já se molda nitidamente na obra de Kelsen, mas se populariza, acima de tudo, a partir do advento da "era dos princípios", na medida em que se observa que o silogismo lógico-dedutivo não se mostra suficientemente capaz de resolver os chamados "casos difíceis".

É justamente com base nesse critério de "casos difíceis" ou "casos complexos" que se funda a tese da discricionariedade judicial, presente em autores como Kelsen, Herbert Hart, e analisada com maior profundidade pelos seus discípulos Raz e Carrió. Isso porque, para um positivista, não se pode (e não se deve) fazer juízos mecânicos no momento em que se deparam com normas vagas e ambíguas, ou até mesmo em situações nas quais não exista uma norma prévia (TRINDADE, 2019. p. 87-88).

Lenio Streck ainda afirma:

> Todas essas teorias e propostas metodológicas do século XX nada mais fazem do que superar o positivismo exegético-primitivo. Esse é o ponto absolutamente fundamental: não há nenhuma novidade em afirmar que, no momento da decisão, o julgador possui um discricionário "espaço de manobra"; ou, ainda, que "já não estamos sob a égide do juiz boca da lei", enfim, todas essas "descobertas" estão presentes na trajetória teórica que se desenvolve desde as primeiras décadas do século XX STRECK, 2017, p. 53).

Dessa forma, Lenio Streck (STRECK, 2017, p. 54) destaca que é preciso ter atenção a certas posturas que pretendem rotular de "novo pós-positivismo" aquilo que já não é o "pós-positivismo" propriamente dito, e que tratam de assuntos que, inclusive, já estão desgastados, em especial quando relativos ao constitucionalismo democrático. Streck também ressalta que é possível identificar tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o anseio para a defesa de ativismos judiciais, esta que tem por objetivo "implementar" e "concretizar" direitos fundamentais sempre amparada pela mesma argumentação: o juiz, quando decide, tem um espaço discricionário onde pode moldar a sua "vontade".

Entretanto, para além da tentativa de superar a questão do paradigma juspositivista (juiz boca da lei), o advento do neoconstitucionalismo também auxiliou no processo de propagação dos juízos discricionários. Se antes o juiz estava adstrito à ditadura da lei, agora ele se utiliza dela e do direito por meio da técnica de "ponderação de valores" para abater o estado democrático de direito em prol de uma justiça de valores subjetivistas (HERZL, 2019, p. 181).

Acontece que o neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo à brasileira) (STRECK, 2017, p. 145-147) é, na verdade, um disfarce para uma aplicação de caráter superficial da ponderação de valores. Essa técnica foi mal recepcionada pela doutrina nacional, uma vez que a "concretização da ponderação autoriza a arbitrariedade na escolha ou descoberta de um princípio que prevalecerá na solução do caso; afinal, princípios são considerados pelos "neos" como genuínos mandamentos de otimização" (ROSSI, 2019).

Nesse sentido, importante responder o seguinte questionamento: Mas, afinal, do que se trata a discricionariedade? Como forma de resposta, utiliza-se as palavras de Lenio Streck:

> A discricionariedade tem relação direta com a "morte do método". Isto é: o fato de não existir um método que possa dar garantia à correção do processo interpretativo – denúncia presentem aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico de modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen, não naquilo que ele entende por Ciência do Direito, mas, sim, naquilo que ele entende como ato de vontade que o juiz pratica quando decide. A "vontade" e o "conhecimento" do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária, que é consequência inexorável da discricionariedade. **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 (STRTECK, 2017, p. 54).** (grifo nosso).

Ainda, não se pode esquecer que a "zona de penumbra", que também pode ser chamada de "zona de incerteza", situação em que mais especificamente se encontram os "casos difíceis". Ademais tal "zona de incerteza" pode ser fruto da compreensão do próprio juiz, o que acaba por elevar, ainda mais, seu espaço de discricionariedade (STRECK, 2017, p. 71).

Se uma decisão é tomada sob o abrigo da discricionariedade judicial, na ideia de sentença como "expressão da vontade do julgador", em nada se estará avançando no combate às "heranças malditas" do positivismo jurídico. Isso significa que o objetivo da hermenêutica jurídica é "precisamente separar a atuação dos juízes de suas ideologias pessoais, paixões, preferencias, pré-compreensões" (ABEL, 2015, p. 147) e etc.

No mesmo sentido são as palavras de Wladimir Barreto Lisboa:

> O importante aqui (...) é que a justificação das decisões jurídicas faça sentido no contexto do sistema jurídico. Isso significa que há limites para a esfera de ação da atividade judicial legítima: os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, e não legislar segundo aquilo que pareça a seus olhos uma forma de sociedade justa. Portanto, por mais aceitável que seja uma decisão em termos de sua capacidade de universalizabilidade, deve ser respaldada pelo conjunto de regras existentes. (...) Um argumento baseado exclusivamente na razão e na justiça de algum princípio inédito não é, desse ponto de vista, adequado, pois se faz necessário um fundamento a partir do sistema jurídico (LISBOA, 2009, p. 219).

É justamente nesse cenário que a discricionariedade é descrita em Hart. Em sua obra "O conceito de Direito", o autor trabalha a ideia de "textura aberta", que nada mais é do que "zona de penumbra", onde se encontram os casos mais complexos. Nessas ocasiões, conforme afirmado por Hart (HART, 1994), o intérprete estaria autorizado a ser discricionário, haja vista que não existe nenhuma norma capaz de resolver aquele caso concreto. Por conseguinte, já que não existe norma positiva prévia, a discricionariedade é consequência fatal da ausência da previsão legal, razão pela qual é impossível que ela não ocorra.

Em Dworkin, a discricionariedade se apresenta de forma distinta. Para o autor estadunidense, a discricionariedade pode ser abordada em três sentidos: um sentido fraco, sentido forte e sentido limitado. Para o presente estudo, destacou-se a diferenciação de duas delas. A discricionariedade forte implica na "incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido" (STRECK, 2017, p. 57). Nessas situações, o julgador que exerce o poder discricionário até pode ser criticado, mas não pode ser classificado como desobediente. Em teoria, esse julgador não cometeu um erro no seu julgamento, uma vez que está legitimado pela ideia de discricionariedade judicial. Dworkin nega que os juízes possam usar esse tipo de discricionariedade. Entretanto, concorda que a discricionariedade fraca pode ocorrer, haja vista que se utilizam de seu juízo individual na aplicação dos princípios jurídicos que resultarão na decisão. Além disso, os julgadores também possuem certa discricionariedade em virtude de possuírem o poder da palavra final em um caso específico (SHAPIRO, 2018, p. 261).

Nesse cenário, a discricionariedade, na forma como acontece no direito brasileiro, se configura no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. O que se pretende é pôr em xeque "o grau de liberdade dado ao intérprete em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição" (STRECK, 2017, p. 54). Isso porque, essa liberdade se transforma em um poder que não é dado ao julgador, pois as alternativas escolhidas por ele serão feitas em detrimento das alternativas de outras pessoas interessadas cujo direito ficará carente de uma atribuição de sentido e em desconformidade com a autonomia do Direito (STRECK, 2017, p. 54).

Contudo, deve-se mencionar que "a crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar" (STRECK, 2013, p. 95). Antes de mais nada, discutir sobre as condições da decisão jurídica é uma questão de democracia. Isso significa que "interpretar é dar sentido (...) é fundir horizontes" (STRECK, 2013, p. 95).

Conforme aduz Lenio Streck, o que tanto se critica na discricionariedade é a possibilidade que ela tem de transformar juízes em legisladores, em suas palavras:

> O direito é composto por regras e princípios, "comandados" por uma Constituição". Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais "abertos" em termos de possibilidades de significado, não constitui novidade, uma vez que até mesmo os setores mais atrasados da dogmática jurídica já se aperceberam desse fenômeno. (...) O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete (STRECK, 2013, p. 95).

Além disso, no direito brasileiro, o protagonismo judicial é ainda mais fortalecido pela constância das reproduções das decisões dos tribunais. Isto é, cresce uma cultura jurídica cuja única função é reproduzir decisões tribunalísticas, enaltecendo o "império dos enunciados" que se sobrepõe à reflexão doutrinária, ou seja, a doutrina se molda e define seus conceitos a partir de uma decisão judicial. Nas palavras de Lenio Streck: "A doutrina se contenta com migalhas significativas ou restos dos sentidos previamente produzido pelos tribunais" (STRECK, 2013, p. 95).

Nesse sentido, a ideia de que o Poder Judiciário deve atuar como uma ferramenta de "otimização da democracia", fazendo vista grossa para os protagonismos judiciais, decisões questionáveis, jurisprudências que "mudam da água para o vinho e do dia para a noite", em detrimento da legitimidade do Poder Legislativo devidamente eleito pelo povo (ABEL, 2015. p. 145). A consequência desse tipo de posição é um verdadeiro déficit democrático, por meio do qual cada vez mais distanciam-se o povo, a integridade do ordenamento jurídico e o processo de tomada de decisões (ABEL, 2015. p. 145).

Dessa forma, diante de todo o exposto nesse tópico, percebe-se que protagonismos judiciais e decisões tomadas por meio de juízos discricionários são totalmente incompatíveis com o Estado Democrático de Direito e com o Constitucionalismo Contemporâneo, haja vista a possibilidade de total fracasso da efetivação dos objetivos programáticos insculpidos na Constituição Federal de 1988.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Nesse ponto, pretende-se discutir os aspectos da discricionariedade administrativa e apontar como a decisão discricionária, no âmbito da administração pública, também pode ferir o Estado Democrático de Direito. Torna-se relevante a abordagem de tal tema, uma vez que o ato administrativo discricionário pode legitimar decisões em total desconformidade com ditames constitucionais, as quais, quando protegidas por um "interesse público", podem elidir com os próprios direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.

Tem sido comum associar, em que pese de forma equivocada, a discricionariedade judicial daquilo que a doutrina chama de ato administrativo discricionário, mas, na realidade, existe uma diferença pontual entre elas, conforme ensina Lenio Streck:

> No âmbito judicial, o termo "discricionariedade" refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por esse motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se estiver de acordo com a estrutura de legalidade vigente (aliás, o contexto atual do Direito administrativo aponta para uma circunstância em que o próprio conceito de ato discricionário vem perdendo terreno, mormente em países que possuem, em sua estrutura judicial, um tribunal especificamente administrativo) (STRECK, 2017, p. 71).

Assim deve ser porque o Estado é submisso às regras que ele mesmo estatui, sendo essa regra uma das principais características do Estado Democrático de Direito. É em virtude disso que a administração pública, em sua relação com os seus administrados, só pode atuar em conformidade com as regras jurídicas preexistentes, estabelecendo, dessa forma, uma inevitável relação entre administração e legislação. Isso quer dizer que a administração somente se relaciona com seus administrados na medida em que seus atos sejam produzidos em consonância à regra jurídica anterior (LEITE, 1981, p. 12-13).

Dentro desse contexto, a título de problematização, menciona-se novamente o conceito de "textura aberta" produzido por Hart quando se discute sobre o problema de aplicação das regras jurídicas, sendo nesse ponto que surge uma diferença berrante com relação à discricionariedade administrativa. Conforme aduz Lenio Streck:

> (...) nesta (discricionariedade administrativa), o administrador está autorizado pela lei a eleger os meios necessários para determinação dos fins por ela estabelecidos, mas qualquer ato por ele praticado poderá ser questionado tendo em vista o princípio da legalidade; já na discricionariedade judicial, o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no Direito da comunidade política.

Nesse cenário, é comum deparar-se com a seguinte afirmação: "quando em decisão discricionária, o administrador está autorizado a decidir livremente sobre a opção que melhor atente ao interesse público" (OLIVEIRA, 2019, p. 110). Entretanto, essa afirmação pode ser amplamente contestada. Costuma-se asseverar que a decisão discricionária se materializa quando o intérprete tem a possibilidade de escolher entre duas, ou mais opções, que melhor atendem ao interesse público (OLIVEIRA, 2019, p. 110).

Corroborando com esse entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2007, p. 414) afirma que "há discricionariedade quando a legislação permite ao administrador a avaliação, por critérios próprios, quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar".

Acontece que, sob a ótica da hermenêutica filosófica, o administrador não está autorizado a utilizar critérios próprios para tomar uma decisão, estes considerados pessoais e solipsistas – referente a quem acredita que o mundo e o conhecimento estão estritos à sua consciência. Os critérios são dados única e exclusivamente pelo Direito. "Não importa o que o administrador individualmente, isolado na sua subjetividade, pensa. O que importa é o que o Direito prevê" (OLIVEIRA, 2019, p. 111).

Fábio Oliveira aponta que:

> O que se dá na discricionariedade é distinto, não se está na dependência do alvedrio personalista do administrador. O que ocorre é que, segundo os critérios normativos, há mais de uma resposta possível. Entre estas, as quais, saliente-se novamente, não são determinadas pelos critérios próprios do administrador (juiz, legislador, intérprete) e sim por critérios jurídicos, a escolha é livre (OLIVEIRA, 2019, p. 111).

A preocupação que gira em torno dessas questões reside no fato de que a ideia de legalidade, forjada na modernidade, sofre uma ruptura por parte da vigente teoria da discricionariedade administrativa, especialmente em virtude da indevida liberdade que esta proporciona aos agentes estatais, o que acaba por obstaculizar a revisão judicial da efetiva materialidade do ato administrativo (MADALENA, 2019, ´p. 257). À vista disso, a discricionariedade serve como uma "válvula de escape" diante da impossibilidade legal de prever todas as hipóteses de omissão ou intervenção da Administração Pública, surgindo como uma ferramenta que "molda" a legalidade e, ao mesmo tempo, deve sempre respeitá-la, em uma nítida inclinação ao reconhecimento da insuficiência do positivismo exegético – muito útil a um Estado interventivo (MADALENA, 2019, p. 268).

Não restam dúvidas de que o conceito de ato discricionário no contexto do Direito Administrativo surgiu como uma forma de conferir legitimidade à nova estrutura burocrática que nascia no século XIX sob os contornos do Estado de Direito Liberal. Os atos autoritários das experiências tiranas anteriores precisavam ser reprimidos e, no lugar desses atos, era necessária a construção doutrinária que estipulasse um padrão legítimo para os atos do Executivo nos moldes da liberdade formal burguesa (STRECK, 2017, p. 72).

Com efeito, “o ato administrativo discricionário sempre faz parte da zona de autonomia do administrador, ficando tradicionalmente fora do controle jurisdicional, ao menos em termos conteudísticos” (STRECK, 2017, p. 72).

Cabe fazer menção do que se denominam ato discricionário e ato vinculado, que configuram alguns dos poderes da Administração Pública. Celso Antonio Bandeira de Mello (MELLO, 2007, p. 16) cujo entendimento é seguido pela maior parte da doutrina entende que existe vinculação quando a lei estabelece previamente e de maneira objetiva a única solução a ser adotada quando se está frente a uma situação fática. Em resumo, “são vinculados os atos praticados sem qualquer margem de liberdade, sem qualquer avaliação subjetiva do intérprete” (MELLO, 2007, p. 16). A própria legislação determina como e quando a Administração Pública deve atuar (MADALENA, 2014, p. 60).

De outro lado, tem-se a competência discricionária que, conforme já demonstrado nesse trabalho, é definida como o poder dado ao agente administrativo diante do caso concreto, para escolher uma dentre as diversas possibilidades de soluções possíveis– todas válidas perante o Direito – com base nos critérios legais e segundo o seu juízo de oportunidade (MADALENA, 2014, p. 60).

O juízo de oportunidade do intérprete constitui o que a doutrina costuma chamar de “mérito” do ato administrativo, conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello:

> (...) o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada (MELLO, 2007, p. 38).

Vale ressaltar que o intérprete não tem a liberdade de escolher qualquer opção, dentre todas as disponíveis. “Impõem-se uma análise hermenêutica que possa demonstrar a solução adequada para o caso concreto, à luz do sistema constitucional” (MADALENA, 2014, p. 64).

Contudo, aqui surge um problema pouco enfrentado pela doutrina administrativa brasileira: a insindicabilidade do mérito administrativo. Isso porque o conceito de discricionariedade, na sua origem clássica, revestia-se de uma clara função de “*judicial self-restranit*”, definindo o âmbito do ato da administração na qual o Poder Judiciário não poderia intervir. Ainda hoje, os tribunais brasileiros aplicam a teoria clássica, que coloca a discricionariedade administrativa fora do controle jurisdicional. Existem muitas decisões que insistem em afirmar que a competência constitucional do poder judiciário somente permite o controle sobre a competência, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto do ato administrativo

discricionário, excluindo, dessa forma, qualquer tipo de controle sobre a execução do ato. Isso quer dizer que o que se impede é a análise, por parte do judiciário, do conteúdo das decisões tomadas pelo administrador no decorrer da execução do ato. Por isso, se faz necessária a diferenciação do ato vinculado e do ato administrativo, uma vez que no ato vinculado há a possibilidade de controle judicial mérito, enquanto no ato discricionário, o controle será feito apenas no que tange à sua forma (conforme o explicado anteriormente) (STRECK, 2017, p. 73).

Em países europeus, o conceito de discricionariedade administrativa está sendo modificado, uma vez que já se admite o controle, por parte do judiciário, dos casos de discricionariedade do administrador. Em terras brasileiras, essa discussão ganha cada vez mais espaço, "na medida em que possuímos uma Constituição compromissória que também impõe obrigações ao administrador" (STRECK, 2017, p. 73).

É o que defende Juarez Freitas quando conceituou o "demérito" do ato administrativo:

> De sorte que não se aceita a figura da decisão administrativa completamente insindicável, uma vez que a motivação há de indicar, de modo suficiente, os fundamentos da juridicidade da escolha realizada. Nesse panorama, **o controlador, não esquecendo de ver a 'trave no próprio olho, precisa fazer as vezes de 'administrador negativo'. Sem exceção, o controle do 'demérito' alcança até a incoerência da conduta administrativa, à luz dos princípios**. E ponto nodal: não se aceita qualquer motivação, pois se exige uma justificação congruente, salvo se se tratar de atos de mero expediente, autodecifráveis e naqueles casos em que a Constituição admite a falta de motivação (exemplo: nomeação para cargos em comissão). Todos, porém, devem ser, no mínimo, motiváveis, é dizer, passíveis de aprovação no teste da racionalidade intersubjetiva, coibida toda arbitrariedade, inclusive a do controlador (FREITAS, 2007, p. 23).

O que se objetiva é que o ato administrativo discricionário seja passível de uma sindicabilidade que tenha o condão de atestar a conformidade do ato administrativo ao Direito, conferindo-se se a motivação apresentada está apta a justificar a decisão que fora tomada, sem adentrar, especificamente, em sua perspectiva política. Isto é, cabe ao judiciário verificar se a solução escolhida pelo administrador é correta e adequada à Constituição (STRECK, 2009, p. 220).

Dessa forma, a ausência de controle da discricionariedade administrativa dentro de um Estado Democrático de Direito é indefensável, na medida em que o ato exarado pela Administração Pública, seja ele vinculado ou discricionário, deve ser submetido ao controle jurisdicional. Isso porque, em que pese o administrador tenha uma liberdade de aderência dentro da lei, cabe a ele perquirir aquela opção que corresponda aos fins estipulados pela Constituição Federal.

4 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DE LENIO STRECK

Com a finalidade de criar um diálogo possível entre Direito e Filosofia, Lenio Streck inicia um movimento que denomina Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Com a criação desta, o jurista "busca reconhecer a importância das transformações filosóficas para uma adequada e crítica concepção do fenômeno jurídico" (TASSINARI, 2019, p. 147). Ao mesmo tempo, demonstra as inconsistências das propostas que meramente visam se utilizar dos elementos da filosofia sem uma adequada contextualização das particularidades e individualidades do sistema jurídico (TASSINARI, 2019, p. 147).

Além disso, o desenvolvimento da tese "teoria da decisão judicial" tem por objetivo demonstrar a quão dificultosa é a superação o positivismo (vários positivismos) e, especialmente, o problema da discricionariedade judicial. Isso porque a jurisdição não pode ser compreendida como uma escolha personalista; muito pelo contrário, ela deve ser entendida como um processo que requer responsabilidade política (COPATTI, 2016, p. 2421-2449).

A proposta de Streck mostra-se diferenciada, não só porque sua teoria apresenta uma nova tônica à interpretação do Direito, mas porque possibilita o enfrentamento de problemas jurídicos como, por exemplo, os incentivos dados ao elemento discricionário no momento da formação da decisão judicial. Nesse ponto, a ponderação filosófica presente na obra de Streck, dentre outros temas abordados, direciona o conhecimento jurídico para o seguinte questionamento: "como decidir?". Nesse cenário, um dos pontos que marca a interpretação da CHD é o enfrentamento do protagonismo de juízes e tribunais (TASSINARI, 2019, p. 148).

Ainda, a CHD, procura estabelecer uma ruptura com o dogmatismo, através da afirmação de uma hermenêutica crítica na interpretação/aplicação do direito, na superação do que ficou conhecido por senso (ou sentido) comum teórico dos juristas (WARAT, 1982)[1]. Além de fomentar a existência de uma filosofia no direito, a partir da incorporação dos aportes da filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger) e da hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer). E, ao final, agrega a tudo isso a construção de uma Teoria da Decisão Judicial, elaborada com fundamento na proposta de Ronald Dworkin.

A Teoria da Decisão Judicial é um dos ramos da CHD que procura afirmar a tese de que existe um direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas (respostas

[1]A expressão "senso comum teórico dos juristas" foi cunhada pelo professor argentino Luís Alberto Warat, que criticou as obviedades e as certezas transmitidas pela dogmática jurídica, apontando que, na verdade, se tratam de discursos ideológicos.

corretas). Essa tese está intrinsicamente relacionada ao dever de fundamentação das decisões judiciais. A fundamentação é condição de possibilidade, uma vez que é por meio dela que a atividade jurisdicional publiciza o sentido que será subjetivamente controlado, e que pode aproximar a coerência e a integridade do direito (STRECK, 2019, p. 59).

Além disso, a busca de respostas corretas também é um remédio contra a discricionariedade. A resposta adequada à Constituição, por obviedade, deve ser conformada na própria Constituição, e não pode, em nenhuma hipótese, depender da consciência do juiz e do livre convencimento, sob pena de ferimento do princípio democrático. Dessa maneira, a resposta correta "pressupõe um efetivo grau de autonomia do Direito" (STRECK, 2017, p. 258).

Nesse sentido, imperiosa a necessidade de se entender o que é uma decisão judicial. Isso quer dizer, afinal, o que é uma sentença? A resposta está em Lenio Streck:

> Uma sentença é um ato de decisão e não de escolha. É um ato de poder em nome do Estado. Dworkin diz que a sentença é um ato de responsabilidade política. Por isso mesmo é que a sentença não é uma mera opção por uma ou mais teses. Nesse sentido, Heinrich Rombach deixa claro que a análise autêntica do fenômeno da decisão exige um desprendimento com relação às representações e modelos habituais do fenômeno. Afirma que tanto o decisionismo irracional quanto o racionalismo – e as correspondentes teorias da decisão que se formaram a partir deles – acabam por entulhar o problema na medida em que tornam indiferentes o fenômeno da decisão e o fenômeno da escolha. Segundo o autor, decidir é diferente de escolher. Essa diferença não se apresenta em um nível valorativo (ou seja, não se trata de afirmar que a decisão é melhor ou pior que a escolha), mas sim, estrutural (STRECK; NUNES; CUNHA. p. 703).

Nesse aspecto, para que possa se dar o *start* a uma resposta constitucionalmente adequada (ou resposta correta) Lenio Streck afirma que o julgador deve observar cinco princípios fundamentais/basilares da decisão jurídica e as seis hipóteses em que o Poder Judiciário poderá deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei.

No que se refere aos princípios, apenas citar-se-á quais são, tendo em vista a impossibilidade de discuti-los da forma como merecem dentro deste trabalho acadêmico. Saliente-se que eles estão explicitados nas obras Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica, Comentários a Constituição do Brasil e Verdade e Consenso. Dessa forma, os princípios são: I) preservação da autonomia do Direito; II) controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade; III) respeito à integridade e a coerência do Direito; IV) dever fundamental de justificar as decisões; V) o direito fundamental a uma resposta

constitucionalmente adequada. Vale ressaltar que os cinco princípios estão intimamente ligados com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.[2]

Esses princípios se fundem com as seis hipóteses em que o judiciário pode deixar de aplicar uma lei. Para Streck, o respeito ao processo democrático das normas e o acentuado grau de autonomia do direito permitem asseverar que o Poder Judiciário só pode deixar de aplicar uma norma nas seguintes hipóteses:

> (i) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
> (ii) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*,a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode serinconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
> (iii) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua "literalidade") permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição;
> (iv) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido;
> (v) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.
> (vii) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes como standars retóricos ou enunciados performativos (...) (STRECK, 2017, p. 634).

Logo, se uma decisão deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei por algum motivo que não se encaixe nessas seis hipóteses ferida estará a autonomia do direito e a decisão poderá ser considerada arbitrária e ativista.

Ainda, para completar a teoria que visa filtrar e afastar as atitudes e decisões discricionárias, Streck propõe que o juiz, quando for proferir uma decisão, faça três perguntas fundamentais, quais sejam:

> a) se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, b) se o atendimento a esse pedido, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e c) se para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência

[2]Constituição Federal, artigo 93, inciso IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

> ilegal-inconstitucional de recursos que fere a igualdade e a isonomia (STRECK, 2017, p. 259).

Se a resposta para um desses três questionamentos for negativa, é possível afirmar, com razoável grau de certeza, que se está diante de uma decisão de caráter ativista.

Em resumo, a reposta correta ou adequada à Constituição nada mais é do que senão uma imposição da democracia (STRECK, 2017, p. 264). Ainda, a reposta correta tem um "grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*" (STRECK, 2017, p. 264). Com essa teoria, fica garantida a segurança jurídica, compreendida como um direito fundamental do cidadão em receber, por parte do Poder Judiciário, uma resposta adequada à Constituição para o caso concreto, seja ele qual for.

5 CONCLUSÃO

Após a finalização do presente estudo, conclui-se que a Crítica Hermenêutica do Direito e a Teoria da Decisão Judicial, desenvolvidas pelo professor Lenio Streck, criam a esperança da consistência e da segurança jurídica, tão prezadas pela comunidade jurídica, principalmente pela brasileira.

O constitucionalismo contemporâneo inaugurou uma nova fase na estrutura do Estado, passando de um regime autoritário para o Estado Democrático de Direito. Dentro desse novo modelo, não se permite mais juízos arbítrios, personalismos, tampouco a concentração de poderes ilimitados na figura de um indivíduo solipsista. Os poderes, a partir desse momento, estão limitados à Constituição Federal.

Apesar desse novo status do direito, a cultura jurídica brasileira ainda é capaz de defender conceitos e classificações que são incompatíveis com a nova ordem constitucional. Não obstante esse tipo de incentivo, em determinados momentos, visa reduzir as arbitrariedades, o efeito é totalmente contrário e termina por legitimá-las.

A aceitação de protagonismos judiciais causa um verdadeiro *déficit* à democracia, uma vez que as decisões são tomadas em detrimento da legitimidade do Poder Legislativo, que cria e aprova as leis de acordo com o processo democrático para tal. Nesse aspecto, combater a discricionariedade não se trata apenas de discussões acadêmicas ou preciosismos teóricos; trata-se de uma questão fundamental do regime democrático e da efetiva realização dos direitos fundamentais postos na carta constitucional.

Além disso, a doutrina brasileira deve se encaminhar para a defesa da possibilidade de controle do mérito administrativo, tendo em vista que se está a defender uma série de

argumentos antidiscricionários. O administrador público, que também tem o poder de tomar decisões, não pode ser tratado de forma distinta, devendo ser passível de sindicabilidade as decisões por ele tomadas, no intuito de verificar se também estão adequadas aos preceitos constitucionais.

Por fim, a Crítica Hermenêutica do Direito, por meio dos cinco princípios da decisão jurídica, das seis hipóteses em que o Judiciário está autorizado a deixar de aplicar uma lei e, ainda, pelas três perguntas fundamentais que seriam feitas pelo juiz no momento de proferir a decisão, formam um arcabouço contra a formação de decisões discricionárias e ativistas, sendo possível afirmar que a decisão dada para o caso concreto, muito provavelmente, estará de acordo com a Constituição Federal do país.

REFERÊNCIAS

ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 dez. 2018.

COPATTI, Lívia Copelli. A crítica hermenêutica do direito como garantia à democracia e respeito à Constituição frente ao ativismo judicial. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2016.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HERZL, Ricardo Augusto. Da discricionariedade (neo)processual à crítica hermenêutica do direito processual civil brasileiro. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. (Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo, 10).

LISBOA, Wladimir Barreto. A fundamentação do direito na democracia: entre moralidade, utilidade e legislação. *In*: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luís de Moraes (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MADALENA, Luis Henrique Braga. A erosão da legalidade e a discricionariedade administrativa. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MADALENA, Luiz Henrique Braga. **A discricionariedade (administrativa) à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2014. Dissertação (Direito) – Programa de pós-graduação em direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Sobre discricionariedade. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

ROSSI, Júlio César. Neoconstitucionalismo e o pós-positivismo à brasileira. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 out. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-out-12/diario-classe-neoconstitucionalismo-pos-positivismo-brasileira. Acesso em: 28 jan. 2020.

SHAPIRO, Scott J. O debate "Hart versus Dworkin": um pequeno guia para os perplexos. *In:* COELHO, André; MATOS, Saulo de; BUSTAMANTE, Thomas (Orgs.). **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arrares, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. (Dicionários Jurídicos).

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (Coleção O que é isto?, 1).

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

WARAT, Luiz Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 03, n. 05, 1982.