

A TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL COMO BLINDAGEM A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL À LUZ DA CRÍTICA HERMENEUTICA DO DIREITO

LA TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL COMO ESCUDO DE LA DISCRICCIÓN JUDICIAL A LA LUZ DE LA CRÍTICA HERMENÉUTICA DEL DERECHO

Taiane Borges de Oliveira Santos,
Lélia Julia de Carvalho

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a teoria da decisão judicial desenvolvida por Lenio Streck utilizada como blindagem a discricionariedade judicial à luz da crítica hermenêutica do direito. A metodologia aplicada no estudo foi hipotético-dedutivo, por conjecturas baseadas em hipóteses. As fontes utilizadas foram doutrinas, artigos científicos e sítios da internet relacionados ao tema. A construção de um direito democraticamente produzido proporcionou uma nova configuração nas esferas dos poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido no plano da teoria do Estado e pelo constitucionalismo. Esse processo histórico do qual se desenvolve o constitucionalismo, por um lado com relação ao primeiro constitucionalismo se agregou e por outro houve uma nítida ruptura com os postulados hermenêuticos vigentes desde o final século XIX e que teve seu apogeu na primeira metade do século XX. A partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo exegético normativista fortemente decisionista e arbitrário, o direito atravessa uma grande crise de paradigma. Desde a origem do positivismo jurídico, a discricionariedade judicial aparece como elemento característico, ainda que em seus primórdios esta fosse vista como um problema na seara judicial. A partir desse contexto será analisado através da discussão entre Robert Alexy e Ronald Dworkin, como o não positivismo percebe esta realidade e como essa discussão contribuiu para a construção da teoria da decisão judicial desenvolvida por Lenio Streck como uma forma de blindar a discricionariedade judicial.

Palavras-chave: Discricionariedade Judicial, Teoria da Decisão Judicial, Critica Hermenêutica do Direito.

RESUMEN

El presente trabajo busca analizar la teoría de la decisión judicial desarrollada por Lenio Streck utilizada como escudo a la discreción judicial a la luz de la crítica hermenéutica del derecho. La metodología utilizada en el estudio fue hipotético-deductiva, basada en conjeturas basadas en hipótesis.. Las fuentes utilizadas fueron doctrinas, artículos científicos y sitios de Internet relacionados con el tema. La construcción de un derecho producido democráticamente proporcionó una nueva configuración en las esferas de los poderes del Estado, debido al nuevo rol asumido en términos de la teoría del Estado y el constitucionalismo. A este proceso histórico a partir del cual se desarrolla el constitucionalismo, por un lado en relación al primer constitucionalismo, se sumó y por otro lado, se produjo una clara ruptura con los postulados hermenéuticos vigentes desde finales del siglo XIX, que alcanzó su apogeo. en la primera mitad del siglo XX. De una

dogmática jurídica rehen a una fuerte toma de decisiones y un positivismo exegético arbitrario, el derecho atraviesa una gran crisis de paradigma. Desde el origen del positivismo jurídico, la discrecionalidad judicial aparece como un elemento característico, aunque en sus inicios se veía como un problema en el ámbito judicial. Desde este contexto, se analizará a través de la discusión entre Robert Alexy y Ronald Dworkin cómo el no positivismo percibe esta realidad y cómo esta discusión contribuyó a la construcción de la teoría de la decisión judicial desarrollada por Lenio Streck como una forma de blindaje de la discrecionalidad judicial.

Palabras-clave: *Discrecionalidad judicial, teoría de la decisión judicial, crítica hermenéutica del derecho.*

1. Introdução

A consolidação do Estado Democrático de Direito proporcionou uma nova configuração nas esferas dos poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido no plano da teoria do Estado e pelo constitucionalismo. O desenvolvimento Histórico do constitucionalismo, por um lado com relação ao primeiro constitucionalismo se agregou e por outro houve uma nítida ruptura com os postulados hermenêuticos vigentes desde o final século XIX e que teve seu apogeu na primeira metade do século XX.

A partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo exegético normativista fortemente decisionista e arbitrário, o direito atravessa uma grande crise de paradigma. Desde a origem do positivismo jurídico a discricionariedade judicial aparece como elemento característico, ainda que em seus primórdios esta fosse vista como um problema na seara judicial.

No Direito contemporâneo a discricionariedade judicial é alvo de intensos debates, pois esta permite que o juiz no momento da decisão possa moldar a sua vontade, e esse tipo de postura é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Diante desse cenário o grande dilema contemporâneo será o de construir as condições para evitar que o poder dos juízes se sobreponha ao próprio direito.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a partir da discussão entre Robert Alexy e Ronald Dworkin como o não positivismo percebe esta realidade e como essa discussão contribuiu para construção da teoria da decisão judicial desenvolvida por Lenio Streck como uma forma de blindar a discricionariedade judicial.

Para que se alcance o objetivo proposto, o presente trabalho divide-se em quatro partes. Em primeiro momento, realiza-se apontamentos sobre a discricionariedade judicial, sua característica, conceito e distinção com ato discricionário advindo do Direito Administrativo.

No segundo tópico pretende-se abordar as readaptações ao longo do tempo do positivismo jurídico e da discricionariedade, bem como apresentar seus significados diversos e fundamentos diferentes.

No terceiro, expõe-se como a discricionariedade judicial é compreendida sob a ótica de Robert Alexy e Ronald Dworkin. Não obstante sejam identificados como não positivistas, cada um deles enxerga de maneira diversa a discricionariedade e propõe alternativa distintas para sua superação ou minimização.

Por fim, a discussão estará voltada para analisar a teoria da decisão judicial desenvolvida por Lenio Streck utilizada como blindagem a discricionariedade judicial à luz da crítica hermenêutica do direito. 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.

2. Discricionariedade judicial

A discricionariedade é a característica principal do positivismo jurídico, aparecendo mais explicitamente no contexto da “descoberta da indeterminação do Direito. Acontece quando a razão é superada pela vontade¹.

No momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço não tomado pela razão, um espaço que será preenchido pela vontade discricionária do interprete juiz². Nesse momento o julgador possui um discricionário espaço de manobra, no qual tem a oportunidade de moldar sua vontade.

Segundo Rodolfo Arango³ a discricionariedade em stricto sensu “se refiere a la libertad que tendría el juez para falar cuando el ordenamiento no establece de manera clara y unívoca como debe decidirse un caso.” O problema que o autor aponta diante dessa liberdade que o juiz possui ao decidir é que:

la discrecionalidad se convierte en un tema contencioso y de importância teórica y practica: si los jueces son libres para establecer, a su leal saber y entender, cual es la solucion a un caso cuando la ley no es clara, completa o sin contradicciones, entonces resulta um espejismo, incluso hasta un enmascaramiento o engano, sostener que las personas tienen derechos con independência de la voluntad de los agentes oficiales que tienen el poder politico de reconocerlos⁴.

A discricionariedade pode ser compreendida com o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para preencher os espaços da zona de penumbra do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a “zona de incerteza” pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que aumenta seu espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de discricionariedade⁵.

¹ 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. p. 53.

² 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. p. 53.

³ ARANGO, Rodolfo. **Discrecionalidad, objetividad y correccion de las decisiones judiciales**. In: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 11.

⁴ ARANGO, Rodolfo. **Discrecionalidad, objetividad y correccion de las decisiones judiciales**. In: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 11.

⁵ OLIVEIRA, Swarai Cervone. **Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial**. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Atlas, 2013. p. 146.

Não se pode confundir o ato discricionário com a discricionariedade judicial ou interpretativa que se encontra no âmbito da interpretação do Direito. Há uma nítida diferença, 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 julgamento⁶.

No caso do ato administrativo que pode ser vinculado ou discricionário está presente no Direito Administrativo, tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por esse motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. No âmbito da administração o ato discricionário somente será tido como legítimo se estiver de acordo com a estrutura de legalidade vigente⁷.

O conceito de ato discricionário no âmbito do Direito Administrativo surgiu para dar legitimidade à nova estrutura burocrática que emergia, no século XIX, sob os contornos do Estado de Direito Liberal. Segundo o professor Lenio Streck:

Os atos autoritários das experiências despóticas anteriores precisam ser debelados, e em seu lugar fazia-se necessária uma construção doutrinária que estabelecesse um padrão legítimo para os atos do executivo nos moldes da liberdade formal-burguesa. Assim surge o conceito de ato discricionário, que aparece naquele espaço em que a situação com a qual se depara o administrador não poderia ser regulada antecipadamente por uma legislação qualquer, porém poderia ser por ela prevista⁸.

Assim, os atos discricionários surgem para que os atos autoritários do legislador fossem considerados legítimos, sendo necessária para que isso ocorresse uma construção doutrinária estabelecendo um padrão de legitimidade dos atos executivos⁹.

Portanto, discricionariedade administrativa, na tese clássica, se encontra fora do controle judicial, o judiciário não pode intervir na esfera do ato da administração. Mas é importante lembrar que o ato discricionário é autorizado legislativamente¹⁰.

Não é o que acontece com a discricionariedade no âmbito da interpretação judicial. Pois aqui não há regulamentação legal a ser discutida. Pelo contrário, pressupõe que ela nem exista. Assim o juiz efetivamente criará uma regra para regulamentar o caso a ele apresentado¹¹.

⁶ 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. p. 56.

⁷ MADALENA, Luiz 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. p. 267.

⁸ 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. p. 56.

⁹ 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. p. 58.

¹⁰ LIMA, Danilo Pereira. **Discricionariedade Judicial e Resposta Correta: A teoria da Decisão em tempos de pós positivismo**, Ceará, Nomos Revista de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, 2014, ISBN: 1807:3840.

¹¹ 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. p. 58.

A situação de ilegitimidade muito se assemelha ao arbítrio do déspota no sistema administrativo pré-Estado Liberal. Segundo o professor Lenio Streck¹² aquilo que é denominado como discricionariedade judicial “nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo judiciário”.

Em síntese o poder discricionário na verdade se trata de uma autorização para o juiz atuar como legislador intersticial. E quando se admite o uso da decisão discricionária, automaticamente, está aceitando uma decisão que seja pautada por critérios não jurídicos¹³.

3. Discricionariedade com o juspositivismo em suas diversas (re)adaptações ao longo da história.

O Positivismo Jurídico e a discricionariedade foram se (re)adaptando com o passar do tempo e apresentando significados diversos, fundamentos diferentes, comportando-se com um fenômeno multiforme¹⁴.

O positivismo Exegético surgiu no século XIX na França à época da promulgação do Código Napoleônico, diploma que procedeu à unificação do Direito Civil do referido país. Essa escola defendeu uma nova concepção no modo pelo qual o Direito deveria ser interpretado pelo jurista, a quem competiria, sob tal perspectiva, tão somente aplicar as normas legais ditadas pela vontade do legislador, enfatizando, pois, o método de ensino jurídico calcado exclusivamente na lei, idealizada como genuína manifestação da vontade geral do povo¹⁵.

O positivismo Exegético teve na sua origem como parâmetro as Ciências Exatas e/ou Naturais, no que diz respeito a utilização do método científico experimental para analisar o seu objeto de estudo¹⁶. Dessa forma o objeto de estudo deveria ser mensurável e tudo aquilo que não fosse redutível ao crivo da experimentação era lançado para o campo do irracional¹⁷.

Nesse raciocínio, o positivismo jurídico tinha como objeto somente aquilo que está posto, positivado em leis e Códigos. A positivação possibilitou um conhecimento objetivo que trazia uma certeza, uma segurança na enunciação última do Direito, como consequência disso os juízos valorativos ou metafísicos

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoriado direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 58.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

¹⁴ 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. p. 43.

¹⁵ FRIEDE, Reis. **Considerações sobre o Juspositivismo**, Revista Direito em Debates. 2017 Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7378>> Acesso em: 17.04.2021

¹⁶ CAMARGO, José Carlos Godoy; ELESBÃO, Ivo. **O problema do método nas ciências humanas: o caso da geografia**, Mercator - Revista de Geografia da UFC, Rio Grande do Norte, 2004, Disponível em: <<https://docente.ifrn.edu.br/marcelmatias/Disciplinas/orientacoes/o-problema-do-metodo-nas-ciencias-humanas-o-caso-da-geografia/view>> Acesso em: 16.04.2021

¹⁷ 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. p. 44.

eram rejeitados, havia uma recusa na inclusão destes na análise do direito e no próprio fazer jurídico¹⁸.

Acreditava-se que os Códigos seriam capazes de abarcar toda situação que ocorreria no mundo dos fatos, cabendo aos juízes apenas declarar o direito, que estaria pronto de antemão ao caso concreto¹⁹.

A atividade jurisdicional apenas enquadraria os fatos às regras, pois o direito sempre teria respostas para todas as perguntas, não haveria espaço para discricionariedade judicial, pois a subjetividade do intérprete estaria assujeitada pela literalidade dos textos legais²⁰. Entretanto, despeito a discricionariedade ser rejeitada no âmbito de aplicação do Direito, esta se fazia presente no legislativo.

Segundo o professor Lenio Streck, a discricionariedade como um traço do positivismo já estava presente em Thomas Hobbes

pois o direito torna-se produto do soberano sem que este estivesse ligado a qualquer ontologia e/ou valores. É Direito simplesmente porque enuncia a vontade do Leviatã. Se olharmos ainda mais atrás, veremos que os sofistas ao fazerem a desindexação entre palavras e coisas, possibilitaram uma episteme discricionária. Nesse contexto Protágoras dizia que “o homem é a medida de todas as coisas”²¹.

O juspositivismo na idade moderna surgiu e consolidou o sujeito (solipsista) na figura do legislador que passa discricionariamente, a positivar o Direito. E com a aplicação dessa lei dura e severa cumpre apenas a obediência e o cumprimento, visto que a lei é dura, mas é lei. Logo, percebe-se que desde a origem do positivismo jurídico a discricionariedade aparece como elemento característico, ainda que em seus primórdios esta fosse vista como um problema na seara judicial²².

A discricionariedade estava presente na figura do legislador, como visto, e aos poucos foi se deslocando para o poder judiciário ou aos Tribunais Constitucionais, devido ao crescimento da jurisdição constitucional²³.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **A o (pós-) positivismo e os propalados Modelos de juiz (hércules, júpiter e**

Hermes) – dois decálogos necessários, Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, 2010. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/77>> Acesso em: 16.04.2021

¹⁹ 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. p. 44.

²⁰ 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. p. 45.

²¹ 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. p. 45.

²² FRIEDE, Reis. **Considerações sobre o Juspositivismo**, Revista Direito em Debates. 2017 Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7378>> Acesso em: 17.04.2021

²³ ZANCHET, Guilherme de Oliveira. **A possibilidade de uma decisão judicial constitucionalmente adequada à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**, 2018.

Esse fenômeno pode ser compreendido como uma solução ou algo inexorável. A discricionariedade vista como solução pode ser observada através de movimentos o Realismo Jurídico norte americano e a Escola de Direito Livre. Ambos criticavam a “fetichização” da Lei ao formalismo, e uma aposta na liberdade do juiz para encontrar o “justo”²⁴.

A Escola de Direito Livre entendia que a decisão judicial seria um ato sempre individual/personalista e que não deveria estar adstrito ao direito estatal e o Realismo Jurídico entendia que o Direito seria o que os Tribunais dizem que é²⁵.

Esses movimentos mantiveram a discricionariedade, agora no âmbito judicial como uma forma de solucionar o engessamento da jurisdição. E posteriormente as teorias positivistas formuladas seguindo essa vertente aderiram essas mudanças trazidas por essas correntes²⁶.

Diante desse contexto segundo o professor Lenio Streck, Kelsen com o objetivo de salvaguardar a Ciência do Direito das influências externas como a política, a ideologia, etc., “procura construir uma Teoria Pura do Direito e não uma Teoria do Direito Puro. Limitando-se ao direito positivado o jurista entendia que ao cientista caberia apenas uma descrição do fenômeno jurídico”²⁷.

Streck afirma que num espaço de pluralidade de interpretações de um texto legal, poderia somente elencar as significações possíveis, mas não dizer qual seria a correta. Segundo o autor ao menos duas respostas seriam suficientes para ser escolhidas, quais sejam:

- 1 – sendo a decisão um ato de vontade e não um ato de conhecimento, não haveria como prever ou afirmar o que outra pessoa, dentro ou fora de um marco normativo, poderia decidir conforme a sua volição;
- 2 – sendo o Positivismo um paradigma relativista não seria adequado um conceito como o de uma interpretação correta, sobretudo, num espaço de pluralidade de interpretações que possibilitariam várias decisões igualmente corretas num espaço de pluralidade de interpretações que possibilitariam várias decisões igualmente corretas. Assim, ao mínimo, a “maldição” do capítulo oitavo da Teoria

Originalmente apresentada como trabalho de conclusão de Curso, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2018.

²⁴ 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. p. 45.

²⁵ 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. p. 45.

²⁶ 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. p. 46.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **A o (pós-) positivismo e os propalados Modelos de juiz (hércules, júpiter e**

Hermes) – dois decálogos necessários, Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, 2010. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/77>> Acesso em: 18.04.2021

Pura do Direito seria o reconhecimento da inexorabilidade da discricionariedade judicial²⁸.

Percebe-se, diante desse cenário apresentado, que a discricionariedade está intimamente ligada ao positivismo jurídico, presente inicialmente no legislativo e que posteriormente se deslocou para o judiciário²⁹.

Assim, o positivismo moderado de Hart entendia que nos casos difíceis, dentro da zona de penumbra, seria inescapável a discricionariedade judicial para resolver casos específicos, pois não haveria critérios públicos de verificação de sua correção³⁰.

Nesse contexto deve ser analisado também como o não positivismo percebe esta realidade através da discussão entre Robert Alexy e Ronald Dworkin e como essa discussão contribuiu para a construção da teoria da decisão judicial desenvolvida por Lenio Streck como uma forma de blindar a discricionariedade judicial³¹.

4. Discricionariedade judicial sob a ótica de Robert Alexy e Ronald Dworkin

A tese da “textura aberta” do direito apresentada por Hart em seu Conceito de Direito foi aceita sem ressalvas por Robert Alexy desde quando publicou sua Teoria da Argumentação Jurídica. Para Alexy a “textura aberta” é o local onde necessariamente habitam os argumentos morais no direito³².

Então, o problema central apresentado por Alexy nessa teoria sempre foi explorar essa dimensão da “abertura” do direito, pois entendia ser uma porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais ou questões de justiça. Diferente de Hart, a teoria da argumentação jurídica pretende oferecer critérios racionais para justificar a argumentação moral que penetra no sistema jurídico³³.

O Jurista Alemão identifica a partir desta constatação questões que dizem respeito à natureza do direito, subdividindo-a em duas dimensões: a dimensão real ou fática e dimensão ideal ou crítica do Direito³⁴.

²⁸ 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. p. 46.

²⁹ 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. p. 47.

³⁰ 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. p. 47.

³¹ 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. p. 48.

³² PEREIRA, Ana Lucia Pretto; Cordeiro, Bruna de Oliveira. **Neoconstitucionalismo, discricionariedade e decisão judicial: um diálogo entre Robert Alexy e Lenio Luiz Streck**. Porto Alegre, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 2016, ISSN: 0104-6594.

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso Constituição, Hermenêutica e Teoria discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 153 .

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 30. .

A dimensão real ou fática é representada pelos elementos factuais que compõem o Direito, os quais seriam a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, demonstrando os elementos coercitivos e empíricos do Direito³⁵.

A dimensão ideal ou crítica do Direito trata do caráter normativo, que opera através de uma pretensão de correção de que tanto as decisões como os sistemas judiciais necessitam de uma justificação moral para exercerem sua legitimidade³⁶. Aqui o autor questiona justamente a relação entre direito e moral, afirmando que o direito necessariamente levanta uma pretensão de correção moral³⁷.

Do ponto de vista da aplicação do Direito, essas dimensões apresentadas se tornam mais evidentes quando se depara com os chamados *hard case* (casos difíceis). O autor chega à conclusão de que há casos em que o discurso jurídico não dá conta, devido a sua “textura aberta” o chamado *hard case* mencionado por Hart. Nesses casos, a moral é empregada completamente para resolve-los³⁸

Nos chamados casos difíceis existe uma colisão entre princípios devido a inexistência ou insuficiência de regras. Então, à vista disso, o autor oferece a máxima da proporcionalidade que, em seu interior, traz a lei da ponderação para averiguar o peso dos princípios³⁹.

Ocorre que esse procedimento pode ser preenchido por argumentos do tipo prático geral, fazendo com que argumentos morais determinem a decisão concreta. Apesar de Alexy se autodenominar um não positivista e por esse motivo enxergar em seu modelo teórico uma conexão necessária entre Direito e moral, sua teoria ainda permite decisões discricionárias⁴⁰.

Segundo o professor Lenio Streck, diante da insuficiência de discurso jurídico para responder aos problemas do caso concreto, o juiz pode valer-se de argumentos que admitem um espaço de abertura interpretativa que conduz à discricionariedade.

Vale dizer, frente à insuficiência do discurso jurídico para responder aos problemas do caso concreto, o aplicador pode se valer de argumentos do tipo prático geral que, embora filtrados por uma série de regras discursivas, admitem um espaço de abertura interpretativa que conduz à discricionariedade⁴¹.

³⁵ 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. p. 56.

³⁶ 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. p. 57.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 32

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 32

³⁹ 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. p. 58.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 33.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 34.

Nestes casos considerados duvidosos em que se evidenciam a textura aberta do direito, Alexy explica que existe uma pretensão de correção por parte do aplicador, ou seja, o juiz decide de determinada maneira o caso porque entende ser aquela a maneira correta de decidir⁴².

Acontece que, além da discricionariedade decisória, ainda subsiste a possibilidade de uma decisão vir a ser tomada de forma incorreta, sendo, portanto injusta. Esse tipo de decisão seja criada pelo legislador, quando legifera, seja pelo juiz no momento em que exerce a judicatura pode invalidar a própria natureza dessa norma como jurídica⁴³.

Diferente do que acontece com as decisões meramente injustas, ainda que contenham uma falha moral, não são capazes de invalidar a norma jurídica. Isso ocorre como uma espécie de remanescente de imperfeição próprio dos processos reais de argumentação e discurso jurídicos⁴⁴.

Entretanto, Alexy busca incluir em sua tese uma fórmula, uma ferramenta para que certo tipo de decisão não seja aceita em nenhuma hipótese, ou seja em determinados casos, haveria a possibilidade de se ter o controle de decisões pelo fundamento de justiça que elas veiculam⁴⁵.

Essa ferramenta é denominada fórmula *Radbruch*, que encontra precedentes de sua utilização no Tribunal Constitucional Alemão. Lenio Streck explica em apertada síntese que essa fórmula:

prescreve que a extrema injustiça não é direito. Como já foi ressaltado, a fórmula Radbruch encontra precedentes de sua utilização no Tribunal Constitucional Alemão. Entretanto, tal fórmula não teve maior repercussão em virtude do fantasma que a rondava, qual seja, a possibilidade de um rompimento institucional com o ideal de segurança jurídica⁴⁶.

Em virtude da possibilidade de um rompimento institucional com ideal de segurança jurídica, que assombrava como um fantasma na época, tal fórmula não teve maior repercussão. Alexy procura utilizar a fórmula, dando-lhe novos contornos de modo que o problema da insegurança jurídica se mostre solucionado⁴⁷.

Desse modo, o jurista desenvolve um método estabelecendo limites para aplicação da fórmula. A aplicação dessa articulação não se dá em qualquer caso de grave injustiça, mas apenas naqueles em que haja uma extrema injustiça,

⁴² 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. p. 59.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 35.

⁴⁴ 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. p. 59.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. P 35.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 36.

⁴⁷ 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. p. 50.

sendo que se entende por extrema injustiça o descumprimento do núcleo dos direitos humanos fundamentais⁴⁸.

Então, toda violação ao ideal de justiça, está relacionada a toda e qualquer violação a um direito humano fundamental, ensejando assim, em última análise a possibilidade de aplicação da fórmula Radbruch. É o que o jurista chama de Institucionalização da justiça e se dá através das Constituições que prevejam em seu bojo Direitos Humanos Fundamentais⁴⁹.

Na Teoria dos Direitos Fundamentais apresentada por Alexy, já aparecia a tese de que os direitos humanos e princípios possuem a mesma dimensão, também, no contexto de sua teoria, as questões de justiça comportarão essa dimensão principiológica e assumirão o mesmo conceito de mandamento de otimização, conceito este que reveste os princípios derivados dos direitos fundamentais constitucionais. Em outras palavras, segundo essa teoria as normas de direito fundamental, princípios e mandamentos de otimização se equivalem⁵⁰.

Dado que, a forma de aplicação dos princípios que se dá através da ponderação, a solução dos casos duvidosos passa pela observação do procedimento da ponderação, que apresenta, uma estrutura discricionária. Segundo Alexy⁵¹:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses reais no sopesamento-, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto no legislativo quanto no judiciário.

A teoria da argumentação alexyana, nesse sentido, apresenta fragilidades devido a consagração da discricionariedade dos operadores do direito, pois ampliou o âmbito de possibilidades discursivas⁵².

Ronald Dworkin diferente de Alexy, desenvolveu sua teoria em sentido oposto. Em seu famoso debate com Hart ponto central de discussão é o problema da discricionariedade. Dworkin sustentava que nos *hard cases*, nos quais existiriam várias interpretações razoáveis, os juízes ao terem liberdade de decidir discricionariamente, não estaria aplicando o direito, mas sim, criando,

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. P 38.

⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O Conceito de Princípio entre otimização e a Resposta Correta: Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia Hermenêutica**, Brasil. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 39.

⁵¹ 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. p. 50.

⁵² 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. p. 50.

tendo em vista que teriam a liberdade de escolher a interpretação que considerassem a mais apropriada⁵³.

Em sua teoria a discricionariedade judicial e o poder criativo dos juízes seria impedidos de acontecer, tendo em vista que tantos os casos fáceis quanto os difíceis seriam solucionados de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Este ordenamento jurídico seria composto por regras e princípios e estes princípios vedariam um juízo discricionário⁵⁴.

Logo, o direito enquanto um sistema de regras e princípios blindaria a possibilidade de haver um juízo discricionário, já que “teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada”⁵⁵.

Assim diante do exposto é possível compreender que Alexy e Dworkin possuem concepções distintas sobre a discricionariedade judicial. Para o primeiro como apresentado seria algo inexorável que pode ser ao menos minorado por intermédio de uma racionalização do discurso e para o segundo é algo que pode ser evitado⁵⁶.

5. A teoria da decisão judicial como blindagem a discricionariedade judicial

A construção de um direito democraticamente produzido proporcionou uma nova configuração nas esferas dos poderes do Estado, decorrente do novo papel assumido no plano da teoria do Estado e pelo constitucionalismo⁵⁷.

Esse processo histórico do qual se desenvolve o constitucionalismo, por um lado com relação ao primeiro constitucionalismo se agregou e por outro houve uma nítida ruptura com os postulados hermenêuticos vigentes desde o final século XIX e que teve seu apogeu na primeira metade do século XX⁵⁸.

A partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo exegético normativista fortemente decisionista e arbitrário, o direito atravessa uma grande crise de paradigma. O neoconstitucionalismo da forma como vem sendo compreendida em *terrae brasilis*, vem sendo apenas uma superação do juspositivismo exegético⁵⁹.

Cabe esclarecer que a herança Kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje, e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo,

⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Org. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. p. 282.

⁵⁴ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Por Uma Teoria Da Decisão Judicial**: a discricionariedade decisória e a busca por respostas constitucionalmente adequadas, 2018. 325f. Tese (Doutorado em Direito)- Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018. p. 104.

⁵⁵ 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. p. 51.

⁵⁶ 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. p. 51.

⁵⁷ 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. p. 54.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo**. ConsultorJurídico, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 20.04.2021

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo**. ConsultorJurídico, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 20.04.2021

reapropriada pelas teorias argumentativas só que sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós metódica⁶⁰.

Já teoria da argumentação de Alexy não conseguiu fugir da discricionariedade. E além disso as decisões judiciais quando utilizam a discricionariedade não tem aplicado a esquematização constante na tese Alexyana⁶¹.

O Jurista Lenio Streck, com a finalidade de criar um diálogo possível entre Direito e Filosofia inicia um movimento que denomina Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Essa teoria “busca reconhecer a importância das transformações filosóficas para uma adequada e crítica concepção do fenômeno jurídico”⁶² e ao mesmo tempo demonstra as inconsistências das propostas que meramente visam se utilizar dos elementos da filosofia sem uma adequada contextualização do sistema jurídico.

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 judicial⁶³.

A ponderação filosófica das obras de Streck direciona o conhecimento jurídico para o seguinte questionamento: como decidir? E é exatamente diante desse cenário que se encontra o ponto central de estudos da CHD, o enfrentamento do protagonismo de juízes e dos Tribunais⁶⁴.

A teoria desenvolvida pelo jurista Lenio Streck representa uma blindagem a discricionariedade judicial, a partir da construção de uma teoria da decisão judicial e em uma teoria da decisão, que complementa a teoria da interpretação. Esta teoria da decisão

rende ensejo à Crítica hermenêutica do Direito fundada a partir desta imbricação e com o grande papel de contribuir para que cada cidadão possa vir a ter acesso a uma resposta constitucionalmente adequada a seu caso⁶⁵.

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) desenvolvida pelo jurista Lenio Streck diferente da teoria da argumentação de Alexy, entende que os princípios diminuem o espaço de discricionariedade do intérprete. Além disso o círculo

⁶⁰ 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. p. 56.

⁶¹ 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. p. 56.

⁶² 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. p. 147

⁶³ SOARES, Guilherme Augusto De Vargas; KLEIN, Maria Eduarda Vier; ARCENO, Taynara Silva. **Discricionariedade Judicial e Administrativa: A Fuga pela Crítica Hermenêutica do Direito**. CONPEDI, Florianópolis, 2020. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/yjbbthb5/Q1Xgpys65I9002SA.pdf>> Acesso em: 20.04.2021

⁶⁴ 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. p. 147

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo**. Consultor Jurídico, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 20.04.2021

hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos⁶⁶.

A CHD entende que são incindíveis os atos de interpretação e aplicação e que não há diferença estrutural entre hard cases e easy cases. Segundo o jurista

É nesse contexto que deve ser analisado o emprego do princípio da proporcionalidade pela teoria da argumentação. Com efeito, a proporcionalidade é a chave para resolver a ponderação, a partir das quatro características de todos conhecidas. Ou seja, na medida em que a proporcionalidade só é chamada à colação quando necessário um juízo ponderativo para os casos difíceis uma vez que para os casos simples basta a dedução/subsunção⁶⁷.

A dogmática jurídica praticada no Brasil vem apostando fortemente na teoria da argumentação jurídica e portanto utilizando largamente a ponderação de princípios. No entanto o procedimento realizado para aplicação dessa teoria não esta sendo realizado corretamente devido má interpretação da obra de Alexy. Pode-se dizer que no Brasil não há sequer teoria da argumentação. Há tão somente, os traços analíticos de uma teoria dos princípios exercida sem controle⁶⁸.

Nesse contexto, para preservar a autonomia do Direito o poder judiciário somente pode deixar de aplicar a lei seguindo as seguintes hipóteses:

- a) 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;
- b) 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 ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
- c) quando aplicar a interpretação conforme à 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,

⁶⁶ 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. p. 57.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 54.

⁶⁸ ⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo**. ConsultorJurídico, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 20.04.2021

alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição (trabalho, aqui, com a distinção-diferença entre “texto e norma”);

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (Teilnichtigklärung 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;

e) 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;

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos⁶⁹.

Então, 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 ativista⁷⁰.

Ainda, para completar a teoria que visa filtrar e afastar as atitudes e decisões discricionárias, Streck⁷¹ 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 ilegal-inconstitucional de recursos que fere a igualdade e a isonomia

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

⁶⁹ 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. p. 60-61.

⁷⁰ SOARES, Guilherme Augusto De Vargas; KLEIN, Maria Eduarda Vier; ARCENO, Taynara Silva. **Discricionariedade Judicial e Administrativa: A Fuga pela Crítica Hermenêutica do Direito**. CONPEDI, Florianópolis, 2020. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/yjbbthb5/Q1Xgpys65I9002SA.pdf>> Acesso em: 21.04.2021

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoriado direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 259.

decisão de caráter ativista. A resposta correta ou adequada à Constituição nada mais é do que senão uma imposição da democracia⁷².

A resposta correta tem um “grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*”⁷³. 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.

Portanto, para Streck, a fundamentação das decisões assume papel de grande relevo no Estado Democrático de Direito, não por ser simplesmente um dever do aplicador do direito, mas sim por se tratar de um direito fundamental de todo jurisdicionado⁷⁴.

6. Conclusão

Após a finalização do presente estudo, conclui-se que o grande dilema contemporâneo será de construir as condições para evitar que o poder dos juízes se sobreponha ao próprio direito, evitar que no momento da decisão, acabe sobrando um espaço que será preenchido pela vontade discricionária do intérprete juiz.

O juspositivismo desde suas primeiras versões está intimamente ligado a ideia de discricionariedade judicial. Iniciando na figura do legislador que soberanamente dizia o direito e posteriormente se deslocou para o judiciário e permanece até os dias de hoje, vista como forma adequada de se buscar o justo ao caso concreto.

Robert Alexy e Ronald Dworkin possuem concepções distintas sobre a discricionariedade judicial. Para o primeiro como apresentado seria algo inexorável que pode ser ao menos minorado por intermédio de uma racionalização do discurso e para o segundo com seu interpretativismo e sua concepção do Direito como integridade entender ser algo que pode ser evitado.

A teoria desenvolvida pelo jurista Lenio Streck representa uma blindagem a discricionariedade judicial, a partir da construção de uma teoria da decisão judicial e em uma teoria da decisão, que complementa a teoria da interpretação.

O desenvolvimento da teoria da decisão judicial rende ensejo à Crítica Hermenêutica do Direito que possui o grande papel de contribuir para que cada cidadão possa vir a ter acesso a uma resposta constitucionalmente adequada a seu caso.

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) parte do pressuposto de que é necessário combater a discricionariedade judicial, principalmente porque se observam cotidianamente decisões, que embora supostamente fundamentadas, são arbitrárias e despidas de fundamentação constitucionalmente adequada.

E é dessa perspectiva que a CHD problematiza, uma vez que o constitucionalismo contemporâneo não foi suficiente para que, de fato, se visse, no plano de nossa vivência no cenário brasileiro, uma readequação da teoria das fontes, da norma, da interpretação e, por conseguinte, da aplicação/decisão.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoriado direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 264.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoriado direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 264.

⁷⁴ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Por Uma Teoria Da Decisão Judicial**: a discricionariedade decisória e a busca por respostas constitucionalmente adequadas, 2018. 325f. Tese (Doutorado em Direito)- Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018. p. 205.

A CHD sustenta que a decisão não se dá de qualquer maneira, muito menos a fundamentação, mesmo porque há um dever de ser cumprida a Constituição, de modo que ganha relevo o papel dos princípios, não como abertura interpretativa, mas como fechamento, advém disso também o rompimento para com o sujeito solipsista, que decide à luz de sua mera e exclusiva vontade.

Além disso, foram apresentados construções teóricas que formam arcabouço contra a formação de decisões discricionárias, critérios desenvolvidos dentro da CHD, para que uma decisão seja classificada como uma decisão judicial ativista ou como uma decisão adequada à Constituição. 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.

A CHD possui como grande alvo, despertar a comunidade jurídica acerca do problema da discricionariedade, sobretudo de seus contornos paradigmático. Afinal, que a jurisdição não pode ser compreendida numa escolha personalista, ao contrário deve ser entendida como um processo que requer responsabilidade política.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Org. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

ARANGO, Rodolfo. **Discrecionalidad, objetividad y correccion de las decisiones judiciales**. In: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CAMARGO, José Carlos Godoy; ELESBÃO, Ivo. **O problema do método nas ciências humanas: o caso da geografia**, Mercator - Revista de Geografia da UFC, Rio Grande do Norte, 2004, Disponível em:

<<https://docente.ifrn.edu.br/marcelmatias/Disciplinas/orientacoes/o-problema-do-metodo-nas-ciencias-humanas-o-caso-da-geografia/view>> Acesso em: 16.04.2021

FRIEDE, Reis. **Considerações sobre o Juspositivismo**, Revista Direito em Debates. 2017 Disponível em:

<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7378>> Acesso em: 17.04.2021

LIMA, Danilo Pereira. **Discrecionalidade Judicial e Resposta Correta: A teoria da Decisão em tempos de pós positivismo**, Ceará, Nomos Revista de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, 2014, ISBN: 1807:3840.

MADALENA, Luiz Henrique Braga. **A Erosão da Legalidade e a Discrecionalidade Administrativa**. In: STRECK, Lenio Luiz (Coord.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O Conceito de Principio entre otimização e a Resposta Correta: Aproximações sobre o problema da fundamentação e**

da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia Hermenêutica, Brasil. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

OLIVEIRA, Swarai Cervone. **Jurisdição sem lide e discricionariedade judicial**. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; Cordeiro, Bruna de Oliveira.

Neoconstitucionalismo, discricionariedade e decisão judicial: um diálogo entre Robert Alexy e Lênio Luiz Streck. Porto Alegre, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 2016, ISSN: 0104-6594.

SOARES, Guilherme Augusto De Vargas; KLEIN, Maria Eduarda Vier; ARCENO, Taynara Silva. **Discricionariedade Judicial e Administrativa: A Fuga pela Crítica Hermenêutica do Direito**. CONPEDI, Florianópolis, 2020.

Disponível em:

<<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/yjbbthb5/Q1Xgpys65l9002SA.pdf>> Acesso em: 21.04.2021

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.

_____, _____. **O (pós-) positivismo e os propalados Modelos de juiz (hércules, júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários**, Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, 2010. Disponível em:

<<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/77>> Acesso em: 16.04.2021

_____, _____. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

_____, _____. **Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo**.

Consultor Jurídico, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 20.04.2021

_____, _____. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____, _____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____, _____. **Verdade e Consenso Constituição, Hermenêutica e Teoria discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Por Uma Teoria Da Decisão Judicial: a discricionariedade decisória e a busca por respostas constitucionalmente**

adequadas, 2018. 325f. Tese (Doutorado em Direito)- Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018.
ZANCHET, Guilherme de Oliveira. **A possibilidade de uma decisão judicial constitucionalmente adequada à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**, 2018. Originalmente apresentada como trabalho de conclusão de Curso, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2018.