

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos

Organizador
Lenio Luiz Streck

2ª edição
Revista

2019

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Lenio Luiz Streck¹

NOTAS INTRODUTÓRIAS

É de se admirar que nesta quadra da história parcela significativa da teoria jurídica ainda não se deu conta dos problemas advindos da discricionariedade judicial, sejam estes decorrentes da fragilidade filosófica que lhe sustenta ou das incompatibilidades (práticas) em ambientes democráticos.

Tenho dito que o Direito parece alheio às mudanças paradigmáticas que ocorrem na Filosofia. Há um flagrante descompasso. Muitos discursos “dominantes” estão fundamentados em perspectivas filosóficas anacrônicas, que não mais respondem as inquietações e as complexidades do mundo hodierno. Neste prisma, encontram-se as ideias do livre convencimento² e da decisão jurídica enquanto um ato de escolha, ambas integrantes da discricionariedade. Esta, não raramente, é tomada como um fenômeno inexorável ou até mesmo como a solução para um Direito pretensamente aprisionado na literalidade legal.

1. Professor titular da UNISINOS-RS e UNESA-RJ; Doutor em Direito pela UFSC; Pós-Doutor pela FDUL-PT; Professor Visitante da Universidade Javeriana-Bogotá; professor visitante da Universidade de Lisboa e Coimbra-PT. Coordenador do *DASEIN* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos (UNISINOS-RS). Procurador de Justiça/RS aposentado. Advogado.
2. O novo Código de Processo Civil, por contribuição minha e anuência de juristas como Fredie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe, foi sancionado sem a presença do livre convencimento em seu texto final. Nesse caso, observo que o silêncio do “legislador” deve ser interpretado como a supressão desta “prerrogativa”, que também estaria em contradição com a recente exigência de coerência e integridade jurisprudencial, art. 926 do CPP.

Quando pensamos em seu *modus operandi* vemos uma nítida incongruência com a Democracia, que pressupõe uma repartição de poderes/funções – obviamente, não em termos absolutos – na construção do Direito, de modo a representar não o que uma consciência individual (juiz) diz que ele é, mas sim um empreendimento coletivo. Se isso não for assim, tem-se uma fragilização do jurídico, uma perda de sua autonomia, visto que se torna aquilo que uns poucos dizem sobre ele. Logo, percebe-se que discricionariedade e a Democracia não se coadunam, enquanto uma centra-se numa figura (quase que plenipotenciária) como o centro da decisão, a outra se projeta num constructo intersubjetivo que vincula as decisões particularizadas.

Talvez parte da dificuldade de compreensão deste tema resida em concepções equivocadas sobre o Positivismo Jurídico que permeiam o imaginário doutrinário³. Dentre eles, destaco a afirmação que no Juspositivismo não haveria liberdade para a decisão judicial e que, por isso, inexistiria um juízo discricional. Como consequência, o advento da discricionariedade suplantaria este paradigma, abrindo novos horizontes para buscar o justo no caso concreto. Diferentemente, venho defendendo há tempos que o Positivismo Jurídico é desde o seu nascedouro discricional e que esta característica se manteve até a contemporaneidade. Nesse sentido, na primeira parte deste trabalho relaciono a discricionariedade com o Juspositivismo em suas diversas (re)adaptações ao longo da história.

Na segunda parte, desenvolvo uma abordagem acerca do modo como Dworkin e Alexy enfrentam a discricionariedade. Não obstante sejam identificados como não positivistas, cada um deles a enxerga de maneira diversa e propõe alternativas distintas para sua superação ou minimização. Disto manifesta-se o seguinte questionamento: seria o não positivismo então a favor ou contrário

3. Sobre algumas das ideias equivocadas acerca do Positivismo Jurídico recomendo a leitura do artigo STRECK, Lenio Luiz; ORTIZ, Daniel Matos. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico in: *Revista UNIFESO de Ciências Humanas e Sociais*. Vol.1. Disponível em: <http://revistasunifeso.filoinfo.net/index.php/revistaunifesohumanasesociais/article/view/10/16> Acesso em: 28/05/2015.

a discricionariedade judicial? Ou aceitaria sua inexorabilidade como também o faz a tradição positivista?

Por fim, a discussão estará voltada para a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e para a maneira que procura desenvolver uma teoria da decisão efetivamente pós-positivista, isto é, ruptural com Juspositivismo. Isto significa romper com a discricionariedade sem recair numa objetividade ingênua como se o Direito já possuísse de antemão as respostas para todas as situações da vida. Interpretar não é reproduzir algo dado *a posteriori*, mas também não é uma livre atribuição de sentido. Pensar a decisão jurídica entre esses dois polos é uma tarefa que a CHD se propõe.

1. PROBLEMA, SOLUÇÃO OU SIMPLES ACEITAÇÃO: O POSITIVISMO JURÍDICO E SUAS (RE)ADAPTAÇÕES DA DISCRICIONARIEDADE

A leitura que a Crítica Hermenêutica do Direito faz do Positivismo Jurídico destoa de muitas, sobretudo, pelo modo da análise. Partindo da ideia de Filosofia no Direito⁴, intenta-se não apenas elencar suas características, mas também desvelar os paradigmas filosóficos que lhe serviram e/ou servem de base. Nesse sentido, observa-se que o Juspositivismo mostra-se como um fenômeno multiforme, isto é, com o passar do tempo foi se (re)adaptando e apresentando predicados e fundamentos diversos. Assim, da mesma maneira, a discricionariedade também foi sendo resignificada.

O Positivismo Exegético ou Primevo em sua gênese teve como referência as Ciências Exatas e/ou Naturais, sendo destas extraído o padrão de objetividade buscado. Desse modo, tudo aquilo que não fosse redutível ao crivo da experimentação era

4. O termo "Filosofia no Direito" foi proposto ineditamente por mim e pelo filósofo Ernildo Stein em conferência por ambos ministrada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no ano de 2003. Em síntese, a ideia era designar outro modo de conceber as inter-relações entre a Filosofia e o Direito, a partir da compreensão dos paradigmas filosóficos como standards/vetores de racionalidade para a enunciação do jurídico.

lançado para no campo do metafísico, do irracional. O objeto de estudo deveria ser mensurável, podendo a ele ser aplicada uma racionalidade matematizante. Logo, o Direito Natural baseado na ideia de uma ordem jurídica preexistente e superior deveria ser rejeitada diante do Direito enquanto um fato social, como uma construção humana.

O próprio termo Positivismo Jurídico (do latim *ius positivum* ou *ius positum*) já trazia esta conotação, pois o (re)corte seria somente naquilo que está posto, positivado. Desse modo, na Escola da Exegese⁵ tem-se um apego à Lei, aos Códigos, como enunciação última do Direito. O *Ius* torna-se *Lex*, a positivação possibilitou um conhecimento objetivo, com certitude. Assim, havia uma recusa na inclusão de juízos valorativos ou metafísicos na análise do direito e no próprio fazer jurídico.

Neste contexto acreditava-se que os Códigos seriam capazes de abarcar toda a realidade circundante, cabendo aos juízes apenas declarar o direito, que estaria pronto de antemão ao caso *sub judice*. Então, a atividade jurisdicional seria como um ato mecânico por intermédio de juízos silogísticos que por meio da subsunção enquadrariam os fatos às regras. Seria uma espécie de tutela antecipatória das palavras, o Direito sempre teria respostas ante do surgimento das perguntas.

Deste modo, pretensamente, não haveria espaço para a discricionariedade judicial, que era vista como um problema, um desvio. O padrão almejado era um juízo neutro, como consequência, a subjetividade do intérprete deveria estar assujeitada pela literalidade dos textos legais. Todavia, ainda que no âmbito da aplicação concreta do Direito a discricionariedade fosse rejeitada, esta se fazia presente no legislativo.

Tenho afirmado que já em Hobbes podemos ver a discricionariedade como um traço positivista, pois o direito torna-se produto

5. Dentro do nosso marco teórico, insere-se também no Positivismo Primevo o Positivismo Conceitual (Alemanha) e a Jurisprudência Analítica. Apesar das diferenças, em todas é perceptível um caráter objetivista do Direito, seja no sistema conceitual ou na jurisprudência, ou mesmo nos Códigos como na Escola da Exegese (França).

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”.

Na Modernidade, período em que o Juspositivismo surgiu e se consolidou o sujeito dantes preso num mundo previamente dado e estruturado do Medievo, de uma ontologia essencialista, passa a dispor dos sentidos, a assumir uma centralidade em si-mesmo no processo de conhecimento. Este sujeito (solipsista), na figura de Legislador, passa a, discricionariamente, positivar o Direito. A partir daí, cumpre apenas uma obediência e aplicação quase que irrestritas uma vez que *dura Lex sed Lex*. Logo, entendemos que desde sua origem o Positivismo Jurídico tem como elemento característico a discricionarietà, ainda que em seus primórdios esta fosse vista como um problema na seara judicial.

Entretanto, com o crescimento da jurisdição constitucional, houve um visível deslocamento da discricionarietà para o Poder Judiciário ou aos Tribunais Constitucionais. A partir daqui podemos observar duas maneiras de compreender este fenômeno: uma entendendo como solução e a outra como algo inexorável.

A respeito da primeira poderíamos citar o Realismo Jurídico norte-americano e a Escola do Direito Livre, para mencionar apenas estas. Em ambos os movimentos havia uma crítica à fetichização da Lei, ao formalismo, e uma aposta na liberdade do juiz para encontrar o “justo”. Para o Realismo, o Direito seria o que os Tribunais dizem que é (Holmes). Em linha similar, a Escola do Direito Livre entendia que a decisão judicial não seria uma aplicação lógica, ao contrário, esta seria um ato sempre individual/personalista e que não deveria estar adstrito ao direito estatal. Mesmo tendo se manifestado contrários ao Juspositivismo, em sua versão primeira, mantiveram a discricionarietà, agora no âmbito judicial como um modo de solucionar o engessamento da Jurisdição. Percebe-se que estas correntes não se mostraram

rupturais, tanto que esta mudança foi incorporada nas teorias positivistas posteriormente formuladas.

Nesta linha, Kelsen objetivando 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. Destarte, quanto à interpretação de um texto legal, poderia somente elencar as significações possíveis, mas não dizer qual seria a correta. Mas por quê? Penso que ao menos duas respostas podem ser dadas, 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 corretas⁶. Assim, ao mínimo, a “maldição” do capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito seria o reconhecimento da inexorabilidade da discricionariedade judicial.

Nesta esteira, ainda que com um voluntarismo mais moderado, Hart em seu *Conceito de Direito* entendia que nos casos difíceis, dentro da zona de penumbra, em que não haveria critérios públicos de verificação de sua correção, seria inescapável a discricionariedade judicial. Esta deveria ser usada com parcimônia e seria um preço a ser pago democraticamente, como o modo de resolver estes casos específicos. Seria um juízo discricional limitado aos *hard cases* e sem esquecer-se de toda uma tradição jurídica que apesar de não conclusiva lhe serviria como um direcionamento, uma fonte.

Neste breve cenário apresentei como a discricionariedade está intimamente ligada ao Positivismo Jurídico, inicialmente, no

6. Nas palavras do próprio Kelsen: “La teoría pura del derecho es positivismo jurídico, es simplemente la teoría del positivismo jurídico; y el positivismo jurídico está intimamente vinculado con el relativismo”(sic). KELSEN, Hans. *Ques es la teoria pura del derecho?*. 5. ed. Mexico: Fontamara, 1997.p.31

Legislativo e posteriormente no Judiciário. De como um problema tornou-se uma solução ou ao menos, algo inescapável. Cumpre agora uma discussão sobre o modo como o não-positivismo, nas figuras de Robert Alexy e Ronald Dworkin, percebe esta realidade.

2. OS NÃO-POSITIVISMOS DE ALEXY E DE DWORKIN: OU DE COMO ELES SE AFASTAM QUANDO O ASSUNTO É A DISCRICIONARIEDADE

Desde a publicação de sua Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy se detém em racionalizar os argumentos do discurso prático geral que acabam aparecendo nas decisões judiciais, entre outros motivos pela “textura aberta” da linguagem jurídica. Essa textura aberta representa uma das formas de abertura do discurso jurídico para o discurso prático geral, em que se vê, em Alexy, a conexão necessária entre argumentos jurídicos e morais. Diferentemente de Hart, a teoria da argumentação jurídica pretende oferecer critérios racionais para justificar a argumentação moral que penetra no sistema jurídico.

Dessa constatação Alexy identifica questões que dizem respeito à natureza do Direito, subdividindo-a em duas dimensões: real e ideal. Daí a sua tese da dupla natureza do Direito. A primeira dimensão é representada pelos elementos factuais que compõem o Direito. Para Alexy, seria a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, demonstrando os elementos coercitivos e empíricos do Direito. A segunda dimensão, por outro lado, retrata do caráter normativo do Direito, que opera por meio de uma pretensão de correção, isto é, a pretensão de que tanto as decisões como os sistemas judiciais necessitam de uma justificação moral para exercerem sua legitimidade. Nessa dimensão, a relação entre o discurso jurídico e prático geral fica evidente.

Do ponto de vista da aplicação do Direito, essas dimensões se tornam mais claras quando nos deparamos com os chamados casos difíceis, casos estes em que há colisão entre princípios devido a inexistência ou insuficiência das regras. Nesses casos, Alexy oferece a máxima da proporcionalidade que, em seu interior, traz

a lei da ponderação para averiguar o peso dos princípios. Ocorre que esse procedimento pode ser preenchido por argumentos do tipo prático geral, fazendo com que argumentos morais determinem a decisão concreta. Ainda que Alexy se autodenomine um “não-positivista”, pois enxerga uma conexão necessária entre Direito e moralidade, seu modelo teórico ainda permite decisões discricionárias.

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 discricionariedade. Diferindo de Hart, Alexy diz que, mesmo nestes casos em que se evidenciam a textura aberta do direito (*casos duvidosos*) existe, por parte do aplicador, uma pretensão de correção: isto é, o juiz decide de determinada maneira o caso porque entende ser aquela a maneira *correta de decidir*.

Ocorre que, além da discricionariedade decisória, subsiste a possibilidade de normas (seja ela criada pelo legislador ou aplicada pelo juiz) serem consideradas “extremamente injustas”, o que permitira invalidar a própria natureza dessa norma como jurídica. Decisões meramente injustas, ao contrário, 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 jurídicos.

É neste ponto que aparece a articulação da chamada *fórmula Radbruch*. Em síntese, essa fórmula prescreve o seguinte: 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 jurídica*. Desse modo, Alexy procura utilizar a fórmula, dando-lhe novos contornos de modo que o problema da insegurança jurídica se mostre solucionado. Assim, ele estabelece um limite para a aplicação da fórmula. Não é em qualquer caso de

grave injustiça que a fórmula se aplica, mas apenas naqueles em que haja uma *extrema injustiça*, sendo que por *extrema injustiça* se define substancialmente através de um descumprimento do núcleo dos direitos humanos fundamentais⁷. Portanto, o que o autor chama de *A Institucionalização da Justiça*, dá-se através das Constituições que prevejam em seu bojo Direitos Humanos Fundamentais. Nessa medida, toda e qualquer violação a um direito humano fundamental, será, em contrapartida, uma violação ao ideal de Justiça, ensejando, em última análise a possibilidade de aplicação da *fórmula Radbruch*.

Na medida em que na Teoria dos Direitos Fundamentais os princípios são compreendidos como mandamentos de otimização, as normas de direito fundamental passam a receber esse caráter, uma vez que podem colidir umas contra outras. Em outras palavras, normas de direito fundamental, princípios e mandamentos de otimização se equivalem em Alexy. Na medida em que a forma de aplicação dos princípios se dá através da ponderação, a solução dos casos duvidosos (que comportam a incorporação de elementos externos ao direito, próprios do discurso prático geral) quanto a solução da chamada *colisão de princípios* passa pela observação do procedimento da ponderação, *que apresenta, por tudo que já foi dito aqui, uma estrutura discricionária*. Esse fato, aliás, é reconhecido pelo próprio jurista. Com efeito, no *posfácio* que compõe a edição da tradução para o português Alexy afirma, *in verbis*: “Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário”⁸.

Nesse exato sentido, busco reforço às minhas críticas em García Figueroa, para quem uma das fragilidades da teoria da

7. Idem, *ibidem*, p. 24.

8. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611 (grifei).

argumentação alexyana é a “consagração da discricionariedade dos operadores jurídicos ante a crescente amplitude do âmbito das possibilidades discursivas”: “en cierto modo la version de Alexy vendría a retrasar el inevitable momento de la discreción judicial que propugna el positivismo. Segundo el positivismo, la discreción comenzaría donde se agotaram los materiales normativos positivos, y en el modelo de Alexy la discreción se desarrollaría donde los materiales normativos y morales no fueran suficientes para discriminar entre las distintas respuestas correctas”⁹. Por isso García Figueroa, na mesma linha de David Richards, aponta um positivismo latente no interior da teoria da argumentação alexyana.¹⁰

Em sentido oposto encontra-se Ronald Dworkin. O ponto fulcral de seu debate¹¹ com Hart centra-se no problema da discricionariedade. O jusfilósofo inglês sustentava que a vagueza era inerente à linguagem jurídica e que nos *hard cases*, nos quais existiriam várias interpretações razoáveis, os juízes poderiam decidir discricionariamente, pois teriam que escolher a interpretação que considerassem a mais apropriada. Assim, nestas situações excepcionais, o juiz não estaria aplicando o direito, mas sim, criando-o.

Dworkin, contrariamente, apresenta objeções à construção hartiana. Primeiramente, o jusfilósofo norte-americano defende que as partes num processo possuem o direito de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Este, por sua vez, seria o fundamento para

9. GARCÍA FIGUEROA, Alonso. *La tesis Del caso especial y El positivismo jurídico*. Doxa n. 22 (1999), p. 207-220.

10. Ver SEOANE, José Antonio. Um código ideal y procedimental de la razón práctica. La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. In: *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Comares, 2005, p. 165 e segs; RICHARDS, D. A. *Robert Alexy, A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory os legal justification*. Oxford: Clarendon, 1989.

11. Em virtude deste debate Ronald Dworkin escreveu uma série de artigos posteriormente compilados e transformados em livros como *Taking Rights Seriously e A Matter of Principle*. Isto demonstra a constante preocupação em produzir uma teoria anti-discricionária, o que deveria afastar Dworkin de uma série de posturas autodenominadas pós-positivistas ou neoconstitucionalistas que continuam apostando exatamente naquilo que Dworkin combate: o poder discricionário dos juízes.