



## Teoria da decisão judicial e o problema da discricionariedade

**Autor: Gustavo Brum**

Juiz Federal Substituto

publicado em 16.12.2015

[✉ \[enviar este artigo\]](#) [🖨 \[imprimir\]](#)

**Sumário:** Introdução. 1 Metodologia na Ciência do Direito. Realidade consensual e limites da linguagem. A relevância para o conceito de norma jurídica. 2 Pós-positivismo jurídico. Teoria da argumentação jurídica. Teoria estruturante do Direito. Conclusão. Bibliografia.

### Introdução

No Estado de Direito, o reconhecimento de direitos é decorrência da produção normativa, representando a norma o instrumento de efetivação das garantias asseguradas pelo Estado. Porém, não é com a produção de textos normativos (leis) que se concretizam direitos. Entre o produto do procedimento legislativo com a promulgação da previsão normativa de caráter geral e abstrato, a lei, e a sua aplicação singular ao caso concreto, a sentença, agrega-se o sentido interpretativo revelador da norma propriamente dita, corolário do Direito do Estado.

Esse processo interpretativo, iniciado no campo político com o debate deflagrado no âmbito do Poder Legislativo e que perpassa, especialmente no ramo do direito público, pela atividade da administração pública, mediante a concretização das ações governamentais delineadas pelo Poder Executivo, finaliza-se com a construção normativa propriamente dita feita no âmbito do Poder Judiciário, mediante o julgamento de mérito acerca da juridicidade da solução definitiva a ser dada ao caso concreto.

Com a atual complexidade estrutural do Estado, a descrição das atividades institucionais no processo de produção normativa ultrapassa os limites da clássica tripartição de poderes. Especialmente no Brasil, o Legislativo vem reforçando suas funções fiscalizatórias, ao passo que o Executivo e o Judiciário intensificam o exercício de funções legislativas, mediante a edição de medidas provisórias, decretos regulamentares, declarações de inconstitucionalidade com efeitos modulados e súmulas vinculantes.

O resultado dessa imbricação entre os poderes tem gerado a crescente dificuldade em se verificar efetivamente o campo delimitador do reconhecimento dos direitos, ou seja, se restrito ao âmbito da promulgação da norma, ou se produto da prolação da sentença pelo Poder Judiciário.

Disso decorre a preocupação central deste trabalho em identificar as efetivas diretrizes interpretativas capazes de permitir o equilíbrio entre a efetiva prestação jurisdicional dentro de bases normativas vigentes e suficientes a proporcionar a segurança jurídica esperada na conformação contemporânea do Estado.

## **1 Metodologia na Ciência do Direito. Realidade consensual e limites da linguagem. A relevância para o conceito de norma jurídica**

Na evolução do Estado, a soberania estatal afasta-se da concepção vinculada do governante ungido por ato divino e irresponsável, passando a atender os interesses dos indivíduos vinculados ao território delimitado por certo espaço político, mediante a pressuposição da existência do pacto social subjacente à congregação humana autônoma. Passa-se, com isso, ao jugo da lei como mecanismo de legitimação e responsabilidade para o reconhecimento de direitos.

No ápice da busca pela salvaguarda de direitos, a partir da soberania do povo, a pretensão da escola exegética era reduzir a atuação do juiz à mera função de porta-voz do comando legislativo, mediante a subtração de qualquer margem interpretativa. O ideal a ser obtido era a mera aplicação da lei, sem qualquer margem de criação de direitos.

No entanto, nem mesmo nesse período foi possível afastar a necessidade de interpretação da lei no momento da sua aplicação ao caso concreto, pois todo e qualquer enunciado linguístico depende de interpretação para ser efetivamente compreendido.

No ambiente filosófico, é preciso destacar as luzes lançadas pelas teorias da linguagem, a partir do abalo à concepção da filosofia da consciência por intermédio da releitura da realidade como universalidade linguística, em que a linguagem deixa de ser meio, algo entre o sujeito e a realidade, passando a ser a própria medida da realidade, como extensão da delimitação do conhecimento em si.

Essa virada filosófica, denominada de giro linguístico, descortinou a nova abordagem da ciência jurídica. Porém, essa nova percepção deve ser adotada com certa cautela, pois a compreensão da relação sujeito-objeto, ao ser transposta para o campo jurídico, pode permitir subjetivismos ainda mais arbitrários do que aqueles atribuídos à filosofia da consciência.

A atenção despertada para essa nova realidade pode ser ilustrada a partir do famoso quadro de René Magritte, em que, abaixo de uma ilustração de um cachimbo, está escrito: "*Leçi n'est pas une pipe*". A primeira reação é de que se trata de um absurdo, afinal não há qualquer possibilidade de o objeto ilustrado não ser um cachimbo. No entanto, pensando melhor, efetivamente "aquilo" não é um cachimbo, mas sim um quadro, uma mera ilustração de um cachimbo. A noção da realidade ganha mais profundidade, a partir do momento em que percebemos que não se pode confundir a realidade com a sua mera reprodução mental, especialmente porque a reprodução e a sua expressão como realidade dependem da linguagem para se expressar.

Da revelação do óbvio, de que nossa percepção não se confunde com a realidade,<sup>(1)</sup> à afirmativa de que o universo está preso ao constructo linguístico do homem, existe um abismo intransponível. A realidade independe do homem e da sua linguagem – ao menos, nossa experiência comum não nos permite compreender a validade de tal afirmativa –, pois não é sustentável que a realidade só passe a existir

após ser vertida em linguagem.

No campo da ciência naturalística, é possível submeter determinados experimentos a testes que desafiam a nossa percepção da realidade. Desse modo, a validade da afirmativa é testada por procedimentos de confirmação a partir dos quais se verifica empiricamente a previsibilidade do resultado com tal grau de certeza que nos autoriza a afirmar com segurança a veracidade de determinada proposição, até que se prove o contrário.

Na quadra atual, a teoria da relatividade de Einstein, comprovada empiricamente, desvelou ao mundo que o tempo não era uniforme, contrariando séculos de certeza científica. No entanto, ainda hoje, as leis de Newton são válidas e aplicadas ao mundo em que o homem vive, que não é o universo do muito rápido (velocidade da luz) ou o do muito pequeno (átomo),(2) pois só nesses universos de espaço e tempo a elasticidade relacional é capaz de causar alguma alteração e, mesmo assim, imperceptível para os sentidos humanos. Ou seja, ainda é irracional admitir que alguém em seu perfeito juízo se atire de um precipício, calcado na premissa de que Newton possa estar errado na sua lei da gravidade. Certamente, quem se aventurar nesse desafio sentirá a dureza implacável da realidade.

No campo filosófico, o novo patamar proporcionado pelo giro linguístico, ao mesmo tempo em que alargou os limiares da compreensão humana, adelgaçou os limiares da certeza científica. Mesmo nas ciências naturais, tornamo-nos mais suscetíveis a imposturas intelectuais(3) capazes de produzir sofisticadas construções teóricas vazias de qualquer sentido ou utilidade para a humanidade, destinadas apenas à obtenção de algum crédito acadêmico.

Na Idade Antiga, a pedra de toque do direito era identificada como sendo a virtude da Justiça. Passados séculos, ainda hoje não se tem o conceito pronto e acabado de Justiça como algo capaz de ser compreendido de maneira unívoca por todos os seres humanos. Não obstante, muito já se produziu buscando chegar a uma definição capaz de satisfazer em boa medida as necessidades de convivência humana. Esse conceito vem sendo aprimorado em torno de um ideal utópico, produto do desenvolvimento da linguagem como mecanismo de interferência concreta nas relações entre seres humanos.

Nessa abordagem inicial, é importante tornar consciente a utilização da linguagem como substrato comum vinculado à realidade, no sentido de permitir que qualquer sujeito capaz de se comunicar tenha a possibilidade de estabelecer sentidos unívocos para determinados conceitos, mesmo que remanesçam certas divergências de opinião, pois é suficiente que as divergências sejam compreensíveis racionalmente.

Com efeito, não é possível ignorar que todo e qualquer conceito é mera simplificação da realidade e que a realidade propriamente dita não pode ser reduzida à relação sujeito-objeto. A linguagem nos permite reconstruir a realidade conforme a percepção de cada um, sendo necessário o mínimo de consenso para se atingir a possibilidade de compreensão entre os interlocutores.

No campo jurídico, a ciência jurídica deve ser compreendida como área do conhecimento dotada de critérios suficientemente claros e precisos para permitir a antecipação de resultados com certo grau de certeza.(4) Não devemos nos desprender da realidade consensual, que deve necessariamente ser descrita pelo interlocutor, porém sem desprezar que tal realidade deve ser tangível e compreensível a todo interlocutor

interessado.

As divergências entre a filosofia da consciência e da linguagem encontram no giro linguístico ontológico-hermenêutico a compatibilização por intermédio da hermenêutica filosófica. O processo cognitivo é obtido a partir da polarização entre a realidade reconstruída e o objeto que nela se insere, fechando-se em um "círculo hermenêutico"(5) capaz de superar a dicotomia sujeito-objeto e sujeito-sujeito.

Essa visão filosófica se amolda ao processo de aplicação da norma jurídica, permitindo o paralelismo dessa estruturação na ciência do Direito, a partir do momento em que processa a relação dialética entre o caso concreto e a previsão normativa, em que ambos são reconstruídos pela atividade do intérprete de maneira simultânea. Com isso, a norma não seria produto de um texto, assim como o caso concreto não estaria totalmente desvinculado da sistematização jurídica na qual está inserido. A previsão legal e o caso concreto tornam-se indissociáveis, sendo a hermenêutica o ápice da atividade do jurista.

Com essa percepção do fenômeno jurídico, o conceito de norma não é possível de ser estudado em termos puramente abstratos, distanciando-se da noção de norma como lei, presente no modelo positivista. A lei passa a ser a mera "pré-compreensão" do que efetivamente será a norma, haja vista que os sentidos possíveis dependem da aplicação ao caso concreto.

De outra parte, a própria definição do caso *sub judice* depende de outros juízos atributivos, pois a realidade transposta para o mundo jurídico está repleta de preceitos dotados de carga jurídica. Significa dizer que só é possível constatar a norma a partir da realidade na qual se insere. Isso não significa desprezar o ordenamento jurídico, ao qual o legislador previamente atribuiu determinados sentidos, mesmo que de modo abstrato e com vistas à generalização.

Em suma, não se pode, pura e simplesmente, buscar a subsunção da regra geral e abstrata ao caso concreto. O contrário igualmente não pode ser autorizado, pois a partir do caso concreto não se pode generalizar determinada pauta de conduta. Nesse âmbito conscrito deve ser compreendido o círculo hermenêutico em sentido jurídico, reduzido ao momento de reconstrução do processo de decisão revelador da interpretação criativa do Direito.

Considerando a norma como produto da atividade interpretativa, torna-se ela receptáculo de convergência de todo o sistema jurídico, passível de revelar o rastreamento das efetivas diretrizes principiológicas utilizadas na identificação do único sentido determinável da solução dada ao caso singular.

Justamente no processo de concretização da norma se encontra o objeto de controle capaz de permitir a isonomia para casos similares futuros, dotados da possibilidade de adoção de soluções equitativas similares, a norma jurídica compreendida como elemento estrutural do Direito.

## **2 Pós-positivismo jurídico. Teoria da argumentação jurídica. Teoria estruturante do Direito**

Na teoria pura do Direito de Kelsen,(6) a norma fundamental é o critério de validação de todo o ordenamento jurídico, a partir do qual se afere a validade da norma jurídica. No ápice do ordenamento está erigida a Constituição, como pedra angular de irradiação capaz de tornar viável a

dedução racional e coordenada das demais normas infraconstitucionais, tornando previsível e relativamente simples a constatação da validade e da vigência de determinada regra jurídica.

Apesar da coerência sistemática positivista, no momento da aplicação, pelo juiz, de determinada regra extraída do ordenamento vigente, ainda assim é inafastável certo grau de discricionariedade, mediante a indispensável interpretação da norma geral e abstrata para se amoldar ao caso concreto. Segundo Kelsen, é "quando [o juiz] cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas cria uma norma individual ou executa uma sanção".

Considerando esse hiato entre a identificação da norma e sua aplicação concreta, constata-se o espaço de discricionariedade judicial, tornando o problema da decidibilidade evidente no ato de concretização efetiva de direitos.

A amplitude da discricionariedade judicial é potencializada se analisada pela perspectiva da teoria argumentativa de ponderação, pois, no sopesamento dos interesses em jogo, ainda que tarifado pelo ônus argumentativo, está o intérprete autorizado a adotar a solução segundo seu critério discricionário.

Todavia, a discricionariedade judicial não deve ser vinculada à normatividade dos princípios informadores do sistema, mas à metodologia de concretização que desvincula o processo de decisão da estrutura da norma.

Com efeito, na matriz argumentativa de ponderação, o caráter normativo dos princípios é decorrência da sua natureza considerada como mandamento de otimização. A fim de assegurar a manutenção da amplitude máxima de proteção ao suporte fático abrangido pelo princípio, passa-se a admitir que determinado princípio episodicamente se sobreponha a outro, que lhe contrarie naquela situação específica. A solução decorrente dessa ponderação episódica permite que se mantenham inúmeros princípios com sentidos opostos, mas com convivência harmônica no sistema.

Segundo Alexy, é desejável o suporte normativo amplo, pois assim permite-se maior amplitude de proteção principiológica. Contudo, amplia-se o grau de discricionariedade judicial no instante da aplicação da norma ao caso concreto, pois a identificação do limite normativo do sentido principiológico encerrando no núcleo normativo é tensionada de acordo com o juízo discricionário do aplicador da "norma".

Todavia, a discricionariedade judicial deve ser superada pela adoção do princípio como critério de estruturação da norma, estando o juiz vinculado à sua observância no momento da concreção interpretativa ao caso concreto. Os princípios representam "reforço" à razão prática, quando a regra não apresenta a resposta imediata para a questão.

Nessa linha de pensamento de Dworkin, os princípios são regras de fechamento do sistema jurídico, sendo a tarefa interpretativa decorrente do contexto decisório em face do qual competiria ao juiz obter uma única resposta correta para o caso determinado. A integridade do direito, portanto, deve se desenvolver como em um romance em cadeia, em que a integridade sistêmica demanda a observância das razões anteriormente aceitas, não admitindo com isso ponderações episódicas despidas de repercussão para os casos futuros.

De acordo com Streck,<sup>(7)</sup> seria possível a eliminação da

“discricionariedade judicial” na medida em que o juiz, ao construir a norma, estaria necessariamente cingido aos princípios presentes no sistema jurídico, os quais deveriam ser valorados não segundo o arbítrio judicial, mas de acordo com as necessidades do caso concreto.

A superação da dificuldade em definir os critérios a serem adotados encontra estofamento na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller,<sup>(8)</sup> na qual a norma deve ser compreendida pelo intérprete de tal modo que, ao mesmo tempo em que não se desvincule da tessitura sistemática dada pelo ordenamento jurídico, permita contemplar as peculiaridades do caso concreto. O ponto de contato entre o ordenamento (geral e abstrato) e o caso (singular e concreto) se dá justamente no processo de construção da norma, a partir da sua releitura pela metódica estruturante.

Na teoria estruturante, a normatividade não se resume à força normativa do fático ou da vigência do texto, à norma como modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado – qualidade dinâmica de uma norma, tanto para ordenar a realidade que lhe subjaz quanto para ser condicionada e estruturada por essa realidade –, mas permite superar a distinção entre direito e realidade, pois a concretização emerge como processo real da decisão.

Segundo o referido jurista,

“O objetivo é tornar assim mais operacional para a concretização do direito a vinculação de questões práticas com questões de princípio e colocar simultaneamente os ‘métodos’ relativos, as perspectivas metodológicas auxiliares a serviço da racionalidade especificamente jurídica e da sua objetividade limitada.”<sup>(9)</sup>

A norma recebe a confluência do programa da norma e do seu âmbito normativo. Não compete ao intérprete ponderar qual princípio deve ser aplicado com preponderância, pois o regramento específico deve ser conformado de acordo com os limites semânticos do texto, em face dos dados concretos a partir dos quais se irá valorar a proteção jurídica do caso. Portanto, o intérprete está restrito não apenas aos limites interpretativos do programa normativo, mas aos valores informativos do seu âmbito de proteção.

O dado relevante é que a norma é indissociável da concretude fática, pois a estrutura da norma não é reduzida ao colorido jurídico da situação prevista no suporte fático, típico da técnica da subsunção. A norma ganha, com isso, ao longo dos desdobramentos de processos decisórios, a delimitação de si mesma, adquirindo limites precisos para a solução das situações concretas, informando de maneira racionalmente compreensível as soluções para os casos futuros.

Difere-se, com isso, da adoção do critério de preponderância entre valores principiológicos colidentes episodicamente. Apesar de tarifada com o ônus argumentativo, tal técnica de solução de conflitos não é determinante para a identificação da norma, que, ao fim e ao cabo, é suplantada por determinado valor preponderante eleito pelo intérprete da ocasião. Não se ganha especificidade delimitadora do efetivo âmbito de proteção e aplicação da norma, pois remanesce a dificuldade em se identificar efetivamente qual é o princípio preponderante no caso concreto.

Na perspectiva da teoria estruturante, os princípios mantêm seu caráter de abstração, porém funcionam como critérios de fechamento do sistema, sem se tornarem ilhas de isolamento sistêmico capazes de

dificultar a previsibilidade das decisões judiciais futuras. A efetiva manutenção orgânica do sistema deve ser garantida por sua integralidade substancial, de acordo com o conteúdo decisório a legitimar a atuação judicial.

A superação do positivismo, que inicialmente atribuía a criação do direito exclusivamente ao ato de vontade do legislador, independentemente da sua representatividade democrática, não é atingida quando tal carga atributiva é relegada à atividade criativa do juiz. Em ambos os casos, admite-se certa margem de discricionariedade ao arbítrio do agente, a produção do direito é resultado de ato de vontade, à margem da possibilidade de sindicabilidade racional.

A nota distintiva do positivismo em relação ao pós-positivismo está justamente em não se admitir a projeção da vontade desconectada dos cânones democráticos que informam o sistema jurídico. Na articulação do método de ponderação, remanesce a dicotomia entre o suporte fático abstrato e o caso concreto, admitindo-se nesse hiato a atribuição de carga subjetiva valorativa do intérprete.

Na metódica estruturante do Direito, além da preservação da integralidade sistêmica do direito, cujas normas passam a ser reconhecidas somente após sua concretização, resta superada a dicotomia entre programa normativo e âmbito de proteção da norma, pois do encontro de ambos constitui-se a norma propriamente dita. Com isso, a criação do direito é identificada somente quando combina simultaneamente o texto interpretado com as circunstâncias do caso concreto. Em outros termos, a norma se estrutura fundamentalmente a partir do contexto concretizado, sendo o texto mero *input*, não se confundindo com o direito previsto no ordenamento jurídico.

Desse modo, a tarefa argumentativa está atrelada à análise das circunstâncias específicas, de forma a permitir a reconstrução racional de todo o processo decisório, sem necessitar recair na atribuição valorativa discricionária dos julgadores, mas cingida ao resultado dos lapidados princípios de fechamento do sistema.

## **Conclusão**

A segurança jurídica no Estado de Direito depende da constatação precisa das diretrizes interpretativas, não sendo atingida pelo método da ponderação de interesses, segundo o qual os princípios funcionam como mandamentos de otimização, dando, assim, margem a uma discricionariedade desregrada.

Em melhor análise, a concepção da norma por intermédio da teoria estruturante do Direito permite a sua verificação como confluência entre o programa normativo e o âmbito de proteção da norma. Com isso, os princípios funcionam como regras de fechamento do sistema, tornando os limites interpretativos restritos e impenetráveis ao arbítrio judicial, proporcionando mais acurada segurança jurídica.

## **Bibliografia**

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

ABBOUD, Georges et al. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2014.

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências naturais e sociais**: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

GLEISER, Marcelo. **A dança do universo**: dos mitos de criação ao Big Bang. São Paulo: Cia das Letras, 1997.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Strukturiende Rechtslehre**. Berlin: Ducker & Humblot, 1994.

NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo. **Revista de Direito Privado**, n. 53, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAVINO, Dardo. **La filosofía**: pensar sin certezas. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999.

STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luis; ABBOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

## Notas

1. SCAVINO, Dardo. **La filosofía**: pensar sin certezas. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999.

2. GLEISER, Marcelo. **A dança do universo**: dos mitos de criação ao Big Bang. São Paulo: Cia das Letras, 1997.

3. SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais**: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Traduzido por Max Altmann. Rio de Janeiro: Record, 2012.

4. ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências naturais e sociais**: pesquisa quantitativa e qualitativa. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

5. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. ed. Traduzido por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 286.

6. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

7. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição,



hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

8. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

9. MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 93.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

BRUM, Gustavo. Teoria da decisão judicial e o problema da discricionariedade. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 69, dez. 2015. Disponível em:  
< [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao069/Gustavo\\_Brum.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao069/Gustavo_Brum.html)>  
Acesso em: 17 dez. 2015.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO  
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS