

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



Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

**Copyright:** Edições JusPODIVM

**Conselho Editorial:** Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

**Diagramação:** Isabella Giordano ([giordano.bella@gmail.com](mailto:giordano.bella@gmail.com))

**Capa:** Ana Caquetti

**ISBN:** 978-85-442-2831-9 1150791

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

# SUMÁRIO

---

## PARTE I CONFERÊNCIAS

### **DISCRECIONALIDADE, OBJETIVIDADE E CORREÇÃO DE LAS DECISIONES JUDICIALES..... 19**

*Rodolfo Arango*

1. Discrecionalidade: entre a liberdade e a arbitrariedade .....22
  2. Objetividade: duas opções incompatíveis.....24
  3. Objetividade com objetos.....26
  4. Objetividade sem objetos .....27
  5. Correção judicial: “lo que se dice” o/y “lo que se hace” .....29
- Epílogo: a solução correta a los dos casos.....35
- Referências bibliográficas .....37

### **A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO E A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL..... 41**

*Lenio Luiz Streck*

- Notas introdutórias .....41
1. Problema, solução ou simples aceitação: o positivismo jurídico e suas (re)adaptações da discricionariedade .....43
  2. Os não-positivismos de Alexy e de Dworkin: ou de como eles se afastam quando o assunto é a discricionariedade .....47

3. A Crítica Hermenêutica do Direito e o desvelamento do problema da discricionariedade judicial .....	54
Considerações Finais .....	61
Referências bibliográficas .....	63

**EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL:  
UM EXEMPLO DE DISCRICIONARIEDADE ..... 65**

*Carlos Eduardo Adriano Japiassú*

Introdução .....	65
1. Execução penal no Brasil.....	66
2. Aumento da população carcerária .....	68
3. Sistema penitenciário brasileiro .....	70
4. Medidas necessárias para lidar com a situação carcerária .....	72
Considerações finais.....	74

**GARANTISMO E DECISÃO JUDICIAL..... 77**

*André Karam Trindade*

1. O garantismo é compatível com o ativismo judicial? .....	79
2. Importa saber como os juízes decidem?.....	81
3. Os juízes podem criar direito?.....	85
4. Quais as exigências que condicionam a decisão judicial? .....	91
4.1. Exigência de <i>reconstrução da cadeia discursiva</i> .....	92
4.2. Exigência de <i>consistência</i> .....	95
4.3. Exigência de <i>coerência</i> .....	96
4.4. Exigência de <i>integridade</i> .....	97
5. Qual o papel da ciência do direito? .....	99
Referências bibliográficas .....	101

**SOBRE DISCRICIONARIEDADE..... 107***Fábio Corrêa Souza de Oliveira*

Notas iniciais.....107

1. O equívoco conceitual .....110

2. Dando nome à coisa: juízo discricionário é juízo de empate ....111

3. A pergunta irrespondível e a resposta .....113

Consideração final.....118

Referências bibliográficas .....119

**A RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS PENAIS OU:  
QUEM TEM MEDO DO GARANTISMO PENAL? ..... 121***Edson Vieira da Silva Filho*

1. A modernidade e seus mitos. Ou: nós, modernos.....121

2. O normal e a rejeição do plural .....124

3. Relativização de garantias .....128

4. O terrorista – o inimigo útil.....131

Considerações finais.....133

Referências bibliográficas .....135

**PARTE II****CONVERSAS CRUZADAS SOBRE  
DISCRICIONARIEDADE****ENSAIO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE FILOSOFIA,  
TEORIA DO DIREITO E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO ..... 141***Clarissa Tassinari*

Notas introdutórias .....141

1. Construindo o diálogo entre Direito e Filosofia: a busca  
do fundamento para o Direito na reflexão filosófica .....144

2. O papel da Crítica Hermenêutica do Direito (de Lenio Streck) .....	147
3. A distinção entre ativismo judicial e judicialização da política	153
Considerações Finais .....	158
Referências bibliográficas .....	159

**DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ESTAMENTO:  
UMA CRÍTICA AO EXERCÍCIO PERSONALISTA DO  
PODER .....** 163

*Danilo Pereira Lima*

Introdução .....	163
1. Raymundo Faoro e sua interpretação do Brasil a partir de Max Weber .....	168
2. A discricionariedade judicial como uma herança estamental...	171
Considerações Finais .....	176
Referências bibliográficas .....	178

**DA DISCRICIONARIEDADE (NEO)PROCESSUAL À  
CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO PROCESSUAL  
CIVIL BRASILEIRO.....** 181

*Ricardo Augusto Herzl*

Introdução .....	181
1. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e discricionariedade .....	182
2. A Crítica Hermenêutica do Direito como um referencial teórico .....	185
3. O repensar dos princípios no direito processual civil .....	189
4. Hermenêutica, técnicas de decisão e precedentes jurisprudenciais .....	193

5. Hermenêutica, democracia e efetividade do processo .....	198
Considerações finais .....	207
Referências bibliográficas .....	208

<b>AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DO DIREITO DE AUTOR E ANÁLISES SOBRE A SUA APLICABILIDADE AO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DECISIONAL. UM CONTRIBUTO PARA A TEORIA DA DECISÃO SOB O OLHAR AUTORALISTA.....</b>	<b>213</b>
--	------------

*Victor Gameiro Drummond*

Referências bibliográficas .....	234
----------------------------------	-----

<b>DAS (RE)SIGNIFICAÇÕES DA OBJETIVIDADE, DISCRICIONARIEDADE E (PÓS)POSITIVISMO: UMA LEITURA DO DEBATE HART-DWORKIN.....</b>	<b>237</b>
--	------------

Daniel Ortiz Matos

Primeiras palavras .....	237
--------------------------	-----

1. Hart e uma abertura hermenêutica (inicial): Uma objetividade (jurídica) não fiscalista .....	238
2. Dworkin e uma incursão hermenêutica: Uma objetividade (jurídica) interpretativista .....	246

Palavras finais.....	253
----------------------	-----

Referências bibliográficas .....	255
----------------------------------	-----

<b>A EROSÃO DA LEGALIDADE E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>257</b>
--	------------

*Luis Henrique Braga Madalena*

Notas introdutórias .....	257
---------------------------	-----

1. Singela (e necessária) reconstrução histórica .....	258
--	-----

2.	O Estado Democrático de Direito, a legalidade e a discricionariedade administrativa (na função de concretização do Estado Democrático de Direito).....	267
	Balanço final.....	273
	Referências bibliográficas.....	275
	<b>RESPOSTA CORRETA E DESSIMBOLIZAÇÃO.....</b>	<b>277</b>
	<i>Rubens R. R. Casara</i>	
	Apresentação do problema.....	277
1.	Em busca da “resposta correta”: um desafio no Estado Democrático de Direito. ....	279
2.	Dessimbolização e processo penal: a resposta correta é aquela que atenda à lógica do Capital e do Mercado? .....	282
	Considerações finais.....	284