

NOTA DO AUTOR

Como são e como devem ser decididas as questões jurídicas. Ou de como não há, nem pode haver, mistério no Direito

Steven Pinker inicia sua audaciosa obra acerca do funcionamento da mente humana utilizando a frase de Noam Chomsky de que a ignorância se divide entre mistério e problema. Perante o problema, podemos até não saber a solução, mas, ainda assim, possuímos um nível de conhecimento que nos permite ter uma vaga ideia sobre o conhecimento que buscamos. Em contrapartida, ao sermos defrontados com o mistério, ficamos perplexos e maravilhados, sem ao menos uma ideia, por menor que seja, de como seria a explicação.² Razão pela qual o mistério seja o motivo da fundação da maioria massacrante das religiões.

A partir dessa distinção, Steven Pinker passa a afirmar que muitas questões que anteriormente eram tidas como mistérios a respeito do funcionamento da mente, hoje podem ser analisadas como problemas. Partindo dessa premissa, ele passa a descrever o funcionamento da mente humana. A mente é tratada a partir

2. Steven Pinker. *Como a mente funciona*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 9.

Na realidade, a audácia é um traço marcante das obras de Pinker. No livro *Do que é feito o pensamento*, o autor estabelece um paralelo entre linguagem e pensamento. A primeira seria acima de tudo um meio no qual expressamos nossos pensamentos e sentimentos, não devendo ser confundida com eles em si. Para Pinker, nossas palavras e construções revelam concepções de realidade física e vida social humana que são assemelhadas em todas as culturas, mas diferentes dos produtos de nossa ciência e de nossa intelectualidade. Por consequência, elas teriam suas raízes em nosso desenvolvimento como indivíduos, mas também na história da nossa comunidade linguística e na evolução de nossa espécie. Steven Pinker. *Do que é feito o pensamento* cit., p. 38-39. Já em *Os anjos bons da nossa natureza*, Pinker analisa a evolução e a historicidade da questão da violência social. Ele demonstra que nosso processo civilizatório tem permitido a diminuição da violência e a partir da psicologia social e da neurociência trata de demonstrar que o ser-humano não nasce com uma maldade ou bondade inata. Todavia, o homem já seria dotado de empatia, o autocontrole, o senso moral e a razão, que possuem a potencialidade de afastá-lo da violência. Esse afastamento é propiciado pela dimensão da cultura e nossos marcos civilizatórios têm gradativamente criado modelos que toleram cada vez menos a violência social. Steven Pinker. *Anjos bons da nossa natureza*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

de uma concepção que a coloca como um sistema complexo de processamento de informações neurais a partir dos quais ela cria modelos mentais do mundo físico e social tudo com a finalidade de assegurar a sobrevivência e a reprodução em um ambiente pré-moderno. Esse conceito é associado ao de inteligência humana, definida como a capacidade de atingir objetivos diante de obstáculos, mediante decisões baseadas em regras racionais.³ A partir dessa concepção, Pinker descreve a mente humana utilizando uma exposição coerente da psicologia humana, aliado aos conceitos da genética, neurociência, psicologia social e da personalidade.⁴

A razão de utilizarmos Pinker para apresentar o livro é muito simples. Se até o sistema neural mais complexo que conhecemos pode ser explicado, por qual razão deveríamos poupar a decisão judicial desse exame? Enfim, a partir da obra de Pinker, diversas questões anteriormente tidas como mistérios passaram a ser enfrentadas como problema científico, o que, de fato, possibilitou uma abertura para um novo mundo no campo neurocientífico, tornando possível fazer, em muitas áreas, indagações profundas acerca da vida mental e pensar em como respondê-las.⁵

No cenário jurídico nacional, qualquer proposta acadêmica enfrenta ainda fortíssima resistência quando busca sistematizar uma teoria da decisão judicial que pretenda eliminar o subjetivismo e a discricionariedade nos atos que decidem questões jurídicas, seja o ato administrativo ou a sentença judicial. Perante uma proposta de teoria da decisão, são realizadas objeções do seguinte jaez: *o subjetivismo é inerente à decisão judicial; é impossível eliminar a discricionariedade porque ela é inerente à atividade humana.*

Em regra, duas são as objeções postas por nosso imaginário jurídico contra a sistematização de uma teoria da decisão judicial. A primeira é a afirmação de que toda tentativa de eliminar o subjetivismo e a discricionariedade judicial equivaleria a uma *matematização* do direito. A segunda resume-se à reiterada concepção de que todo o subjetivismo necessariamente deve ser inato a toda atividade humana, inclusive à decisão, logo, seria impossível afastar as concepções individuais, os valores religiosos e morais do julgador no momento de sentenciar.

3. Steven Pinker. *Como a mente funciona* cit., p. 73.

4. Idem, p. 594.

5. Idem, p. 600.

Importante salientar que nossa apresentação a partir de Pinker não configura nenhuma associação a qualquer tipo de psicologismo. Ressaltamos aqui que nossa pretensão crítica ao subjetivismo leva em conta a ideia do combate iniciado por Husserl pela fenomenologia ao chamado psicologismo. O pano de fundo da obra é de cariz hermenêutico produzido fundamentalmente por Heidegger e Gadamer. Desse modo, discordamos de qualquer tentativa de fundar todo conhecimento nos fatos psicológicos e fatos naturais da psique humana.

Todo o livro é desenvolvido a partir de um pano de fundo hermenêutico, por consequência, é inimaginável qualquer pretensão de tentar *matematizar* o direito. Pelo contrário, todo o livro defenderá a perspectiva de que inexiste decisão judicial sem prévia atividade hermenêutica. O que não significa uma autorização para a criação de um *Woodstock* hermenêutico, em que todo resultado alcançado por uma decisão judicial deva ser considerado correto e legítimo. Há, sim, critérios teóricos para se definir o acerto ou desacerto de uma decisão judicial, sempre em face de um caso concreto, real ou fictício.

Para a segunda objeção, novamente recorreremos a um comparativo com o estudo de Pinker para tratar a questão. Pinker salienta que uma das maiores dificuldades que o estudo da mente humana sofria consistia na negação do *darwinismo* em todas as suas dimensões, uma vez que a ideia de seleção natural transmitia o medo de que inexisteria um plano predefinido para o universo e para a natureza humana.⁶

Nessa perspectiva, diante da complexidade da mente humana, boa parte dos cientistas preferia vislumbrar as dificuldades sempre como mistério e passava a teorizar a partir de conceitos inatos da natureza humana. Alguns afirmavam que a mente humana já nasceria com 50 mil conceitos; ou que a linguagem é projetada para a beleza e não para o uso; ou, ainda, que a mente humana não conseguiria nunca descobrir porque as abelhas agem de determinada forma; por fim, que alguns povos tribais matam bebês tão somente para proteger o ecossistema de uma superpopulação. Pinker afirma que quando essas conclusões são refutadas, a partir de matrizes teóricas e do próprio evolucionismo, o contra-argumento limita-se a refutar o evolucionismo e se blindar asseverando que todas essas questões guardam um mistério que a mente humana não poderá acessar em plenitude.⁷

Dificuldade similar é enfrentada no mundo jurídico quando se objeta uma teoria da decisão, afirmando que o magistrado é um ser humano, logo, o subjetivismo estará sempre presente, restando uma atividade intelectual que nunca poderá ser teorizada etc.

A partir dos estudos de Pinker, é possível concluir que afirmações no sentido de que o homem nasce com conceitos intelectuais e teóricos inatos⁸ e

6. Steven Pinker. *Como a mente funciona* cit., p. 179.

7. Idem, p. 179 et seq.

8. Há uma passagem de Pinker bastante interessante sobre conhecimento e aprendizado e a necessidade de novos modelos teóricos para melhor compreendermos eles.

“Sim, cada parte da inteligência humana engloba cultura e aprendizado. Mas o aprendizado não é um gás envolvente ou um campo de força e não acontece por mágica. Ele é possibilitado pelo mecanismo inato projetado para efetuar o aprendizado. Afirmar que existem vários módulos inatos é afirmar que existem várias máquinas de aprender inatas, cada qual aprendendo segundo uma lógica específica. Para entender o aprendizado, precisamos de novas maneiras de pensar, a fim de substituir as metáforas pré-

que a atividade decisória não pode ser teorizada, porque se trata de uma ação intelectual-humana, é uma negação do próprio conceito de evolução humana. Se, hoje a mente humana pode ser objeto de estudo teórico e analisada, algo muito menor, que é, na verdade, uma parcela ínfima dela, a atividade decisório-jurídica pode e deve ser objeto de uma teorização para contribuir em sua evolução hermenêutico-qualitativa. Isto é, o direito é necessariamente teórico, racional, fruto da atividade intelectual humana.

Desse modo, o livro combate as facetas da discricionariedade judicial, com o intuito de realizar uma nova abertura para visualizarmos a própria decisão judicial. Essa abertura tem por finalidade adequar a faceta decisional aos avanços democráticos do constitucionalismo. Mais precisamente ao próprio mote principal do constitucionalismo: a constante busca pela racionalização e limitação do poder.

O constitucionalismo, em si, na qualidade de movimento político-jurídico, estruturou-se como elemento para assegurar a proteção dos direitos fundamentais e a conseqüente racionalização e limitação do poder. A única forma de se compreender historicamente o constitucionalismo é como instrumento civilizatório de limitação de poder. Se o poder é absoluto o constitucionalismo perde sentido, tudo se torna decisão política, imergimos no decisionismo de Carl Schmitt.⁹

O constitucionalismo surge como fenômeno histórico-político, cuja função consiste em limitar e racionalizar o poder político, estabelecendo todas as regras normativas a partir das quais o Estado pode agir. Ademais, é o constitucionalismo que impõe limites ao poder soberano, mediante a divisão de poderes, estabelecendo como valores primordiais da sociedade a liberdade, igualdade e a preservação dos direitos fundamentais.¹⁰

No Estado Constitucional, a Constituição passa a ser a salvaguarda da própria sociedade. Isso porque ela limita a soberania do Estado, ou seja, no constitucionalismo, é impensável qualquer sujeito político amplamente soberano que não encontre limites no texto constitucional.¹¹

-científicas – as misturas e forças, a escrita em tábulas rasas ou a escultura em blocos de mármore. Precisamos de ideias que capturem os modos como um mecanismo complexo pode sintonizar-se com aspectos imprevisíveis do mundo e absorver os tipos de dados que necessitam para funcionar”. Steven Pinker. *Como a mente funciona* cit., p. 44.

9. Ver: Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2006. § 3.º p. 46-47.

10. Georges Abboud. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2011. n. 10, p. 473. Maurizio Fioravanti. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2007. n. 3.5, p. 132 et seq.

Sobre o constitucionalismo como mecanismo de limitação do poder, conferir: Nicola Matteucci. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

11. Maurizio Fioravanti. *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, n. 3.5, p. 137.

Portanto, a constituição é essencial para a vida do Estado, porque sem ela não se saberia quais são os órgãos supremos de um Estado, como se formam, como expressam sua vontade e que limites possuem, e, por fim, como se situam os particulares nessa organização política, quais são seus direitos perante o Estado. Daí, atualmente, ser impensável um Estado sem Constituição, bem como constituição sem Estado.¹²

A presença de instituições e de um texto constitucional, tal qual o da Constituição de 1988, deslegitima e fornece mecanismos de combate a um estado totalitário.

No plano estrutural, desde o advento da Constituição de 1988, temos consolidado uma estrutura institucional democrática em que são definidas as funções e o controle dos três poderes. Todavia, se na estrutura o direito e o constitucionalismo se espalharam, essa conquista ainda não pode ser estendida ao ato administrativo e à decisão judicial.

Importante registrar que, no Brasil, passados mais de vinte anos de promulgação de nosso texto constitucional, nem mesmo os elementos mínimos para a concretização do constitucionalismo estão assegurados. Ilustrativo, nesse sentido, é o fenômeno das recentes manifestações populares ocorridas ao longo de todo o país. O Poder Público em face das revoltas apresentou como saída uma mini-constituente. Ou seja, sobrou precisamente para aquela que é a menos culpada: a Constituição Federal.

Não podemos perder de vista que é a Constituição Federal que possibilitou às pessoas se manifestarem legitimamente nas ruas e brincarem de revolução. Deve-se à Constituição ainda o fornecimento dos elementos necessários para se poder classificar como desproporcional, excessiva e restritiva da liberdade de expressão a atuação do Poder Público praticada contra as manifestações.

O constitucionalismo, mediante uma perspectiva histórica, nos ensinou que fora das instituições democráticas tudo se transforma em força, daí o direito ter ensinado que é muito perigoso confundir legitimidade com vontade da maioria, para tanto, nem é preciso recorrer à analogia do julgamento de Cristo, basta lembrarmos as razões pelas quais os direitos fundamentais são caracterizados como trunfos contra maioria. Em termos sintéticos, fora das instituições traçadas pelo Constitucionalismo, a única alternativa é a barbárie, independentemente da ideologia e da cor escolhida.

Convém ressaltar que é o constitucionalismo que coloca freios e racionaliza o poder. Daí que, nas palavras de Peter Häberle, a função da jurisdição constitucional consiste na limitação, racionalização e controle do poder estatal e social,

12. Idem, p. 142.

na proteção das minorias e dos débeis, e na reparação dos novos perigos para a dignidade humana.¹³

Todavia, se no plano estrutural já temos consolidado uma estrutura institucional democrática, e nosso texto constitucional é profundamente democrático, não se pode dizer o mesmo de outras instâncias, principalmente a decisional. Se, na estrutura, o direito e o constitucionalismo se espraíram, essa conquista ainda não pode ser estendida ao ato administrativo e à decisão judicial.

Nesse ponto em que se insere o livro. O escopo é inculir no âmbito decisional as conquistas do processo civilizatório proporcionadas pelo direito. Vale dizer, se o Estado Constitucional é um *plus* em relação ao Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo deve estar materializado também nas decisões do Poder Público, sejam elas administrativas ou judiciais.

De nada adianta uma constituição democrática e boas leis se, ao final, a administração puder decidir por conveniência e oportunidade e o juiz de acordo com a sua consciência.

Grande parcela do nosso imaginário jurídico fixa como principais metas de um sistema jurídico a estabilidade e a eficiência, por conseguinte, aposta-se no caminho mais estreito para atingir tal desiderato: a criação de mecanismos vinculatórios-interpretativos a serem proferidos pelo STJ e STF, ignorando a realidade jurisprudencial desses tribunais, que não possui integridade e coerência, porque é largamente pautada em discricionariedade e casuismo.

Se essa concepção fosse elevada para outras áreas, teríamos sérios danos. O problema do transporte seria resolvido pela proibição de circulação de carros; o analfabetismo pela extinção da literatura, e a superlotação de hospitais pela eliminação dos pacientes.

Destarte, a tese proposta neste livro é para que se concentre naquilo que há de mais essencial e característico do direito, a *solução das questões jurídicas, a resolução das lides*. Atualmente, o direito tem se tornado estatístico e *abstratizado* e usado para diversos fins. Inclusive, redução do risco Brasil: a obra volta seu foco para o que há de mais fundamental no direito, as decisões jurídicas (administrativas e judiciais) na resolução dos casos concretos.

No entanto, não se trata de uma análise meramente *externa* da decisão judicial perscrutando apenas a produção de seus efeitos após seu proferimento. O livro

13. Peter Häberle. La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del estado constitucional. In: _____. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Mexico: Porrúa, 2005. n. II.4, p. 142.

Ver também: Peter Häberle. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007. § 61 p. 285.

objetiva a etapa anterior. Enfrentamos a discricionariedade porque julgamos possível teorizar e qualificar o processo decisional perante a resolução de uma questão jurídica. Se os avanços da neurociência, aqui restritos aos textos de Pinker, possibilitam, hoje, enfrentarmos questões atinentes ao funcionamento da mente e do que é feito o pensamento, com maior razão, já passou do tempo de nos furtarmos ao enfrentamento da própria decisão judicial.

Aliás, se a decisão judicial e o próprio fenômeno como um todo são frutos da atividade humana e social, não há justificativa para os temas jurídicos mais importantes serem relegados pela teoria e ignorados, como se fossem um verdadeiro mistério. Característica essa que preocupa, haja vista que, quando visto como mistério e, em certa medida, religião, a discricionariedade pode ser levada ao fanatismo.

Se somos seres verbívoros – uma espécie que vive de palavras – o significado e o uso da linguagem serão sempre o centro primeiro de nossos debates e disputas.¹⁴ A decisão judicial é antes de tudo linguagem (palavra) e produz seus feitos e seus sentidos na própria linguagem, daí ser imprescindível sua teorização e discussão em nosso âmbito teórico-doutrinário.

Aceitar enfrentar o desafio de teorizar, como são e como devem ser decididas as questões jurídicas, não se equipara fazer um resgate ético do julgador ou qualquer coisa do gênero. Até porque um julgador pode ser bastante ético e proferir péssimas decisões. Não que o livro realize um manifesto contra a dimensão ética ou subjetiva do direito. Ocorre que a obra parte de uma das maiores conquistas do direito no pós-guerra, qual seja, a autonomia do direito. O fenômeno jurídico deve deixar de ser um apêndice da religião, da economia, da política ou da própria sociologia.

Claro que autonomia não significa isolamento e fechamento. Todavia, para se resguardar a democracia constitucional, é necessário que uma questão jurídica seja decidida a partir de parâmetros jurídicos, e não pelos valores morais, éticos ou religiosos do julgador. Do contrário, será impossível a criação até mesmo dos prolegômenos de uma teoria da decisão judicial.

Outrossim, a perspectiva em que se defende o direito do cidadão a obter uma resposta correta (constitucionalmente adequada) não tem por finalidade moralizar ou imprimir uma ética, seja ao direito ou ao julgador. Pelo contrário, tal tentativa é prejudicial ao direito, porque retira sua autonomia.¹⁵ O direito deve ser apto a conferir parâmetros para se alcançar a decisão correta, mais precisamente, as questões jurídicas devem ser decididas e assentadas em premissas e fundamentos jurídicos, não morais, religiosos, econômicos ou políticos.

14. Steven Pinker. *Do que é feito o pensamento* cit., p. 38.

15. Lenio Streck. *Verdade e consenso* cit., passim, especialmente o posfácio.

Apenas a partir da colocação do direito a uma resposta correta (constitucionalmente adequada) ao cidadão é que se torna possível fugir do *relativismo* que hoje domina o direito.

Em função de um patrulhamento ideológico que hoje domina o paradigma jurídico, parece que se tornou uma ética universal no direito a afirmação de que não há decisões incorretas, principalmente se oriundas dos Tribunais Superiores. O direito foi relegado a instrumento, cuja função é praticamente apenas a de corrigir teratologias. Na normalidade, o direito perde função, ele é substituído por conveniência oportuna, ou ideias não respaldadas advindas de uma espécie de opinião pública jurídica que prevalece não pela constitucionalidade ou força do argumento, mas por ser uma maioria numérica.

Claro que não desconhecemos que o ato decisório pode ser avaliado por uma perspectiva moral, política ou social, o que pretendemos demonstrar é que a solução de uma questão jurídica deve obrigatoriamente ser vislumbrada a partir de uma teorização necessariamente jurídica para assegurar a própria autonomia do direito. Ocorre que, na prática, toda questão teórica e prática posta acerca da decisão judicial, em regra, é explicada ou desmerecida a partir de um pacote teórico pronto e obsoleto – pior: esse pacote em regra sequer é jurídico, mas de natureza subjetiva, moral, política ou teórica. Essa situação de defasagem e preguiça intelectual que a obra pretende contribuir para criar suas condições de superação.¹⁶

Portanto, devemos levar a sério a afirmação de que as pessoas e os tribunais erram no Direito. Porque, hoje, vivemos imersos num relativismo que tudo salva. Praticamente não se erra mais no direito, o conhecimento foi banalizado a serviço de uma técnica quantitativa e não qualitativa. Nos dias atuais, quase tudo pode se tornar decisão jurídica, mesmo que misteriosamente. No direito, não há mistério: esse é o mote do livro.

16. Novamente aqui, Pinker foi fundamental para incentivar o conteúdo da obra a partir de sua exposição acerca das dificuldades para avanço no debate de alguns temas que ele encontrou em seu campo científico de análise. Steven Pinker. *Como a mente funciona* cit., p. 58.

SUMÁRIO

Apresentação – NELSON NERY JUNIOR	13
Prefácio – FRIEDRICH MÜLLER	19
Vorwort – FRIEDRICH MÜLLER	23
Nota do autor – Como são e como devem ser decididas as questões jurídicas. Ou de como não há, nem pode haver, mistério no Direito	27
Introdução: de como as questões jurídicas não podem ser decididas no paradigma Rubião	41
1. PÓS-POSITIVISMO: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO.....	53
1.1 Aspectos metodológicos e filosóficos do trabalho.....	53
1.2 Elementos fundamentais para a compreensão do paradigma pós-positivista.....	54
1.2.1 O paradigma positivista revisitado para a ciência jurídica e sua superação pelo pós-positivismo	55
1.2.2 O giro linguístico como fundamento filosófico para superação do positivismo	56
1.2.3 Conceitos fundamentais para a compreensão da teoria estruturante do direito.....	63
1.2.4 A necessária distinção entre texto e norma.....	64
1.2.4.1 A literatura borgiana como síntese literária do pós-positivismo.....	70
1.2.4.2 A concretização da norma jurídica: do texto normativo à decisão	74
1.2.5 Para além de um conceito positivista de norma: a visão pós-positivista.....	75
1.2.6 A superação da interpretação como ato que revela a vontade da lei ou do legislador.....	76
1.2.7 A inexistência da dicotomia: “questão de fato” e “questão de direito”.	79
1.2.8 A necessidade de superação do silogismo como premissa necessária para compreensão pós-positivista do fenômeno jurídico	82

1.2.9 Do equívoco em se comparar o neoconstitucionalismo ao pós-positivismo	85
1.2.9.1 O neoconstitucionalismo.....	85
1.2.9.2 O pós-positivismo	86
1.3 Conclusões principais	96
2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	101
2.1 Prolegômenos ao conceito de discricionariedade administrativa.....	101
2.2 Controle jurisdicional do ato administrativo. A discricionariedade como o último fronte a ser superado	103
2.2.1 Aspectos gerais do controle jurisdicional	103
2.2.2 Aspectos contramajoritários do controle jurisdicional.....	106
2.2.3 Aspectos processuais do controle jurisdicional	113
2.3 A possibilidade de controle jurisdicional do ato administrativo	116
2.3.1 O controle da finalidade do poder	117
2.3.2 O controle dos fatos determinantes	118
2.3.3 O controle imposto pelos princípios jurídicos.....	120
2.4 Do ato político ao ato administrativo: reminiscências da discricionariedade.....	121
2.5 As modalidades de discricionariedade: a aleatoriedade e o caráter <i>extra legem</i> como elementos fundamentais do agir discricionário	124
2.5.1 Discricionariedade interpretativa.....	126
2.5.2 Discricionariedade optativa	130
2.5.3 Discricionariedade performática	136
2.5.4 Discricionariedade volitiva	146
2.5.5 Discricionariedade técnica	150
2.6 O elemento em comum em todas as modalidades de discricionariedade: a alforria jurídico-constitucional	154
2.7 Crítica e a necessidade de superação da discricionariedade no Estado Constitucional	156
2.7.1 O novo conceito de Administração Pública e a nova posição do cidadão perante o Estado.....	158
2.7.2 Os direitos fundamentais e o novo conceito de Administração Pública	159
2.7.3 Discricionariedade e ativismo: O novo conceito de Administração Pública diante do princípio da legalidade.....	164
2.7.3.1 Breve análise da judicialização das políticas públicas em nossos Tribunais Superiores.....	166
2.7.3.2 A jurisprudência alemã.....	170

2.8	Crítica hermenêutica: a superação da dicotomia “ato vinculado” e “ato discricionário” por uma visão pós-positivista	171
2.8.1	A desconstrução da dicotomia no paradigma pós-positivista	171
2.8.2	O mito da interpretação da vontade da lei e vontade do legislador no pós-positivismo.....	175
2.9	Crítica histórico-decisória: o caso Bonham como o precedente histórico mais importante do controle do mérito do ato administrativo	178
2.9.1	Aspectos gerais do <i>Bonham’s case</i>	178
2.9.2	Diferença qualitativa do <i>Bonham’s case</i> em relação aos julgados dos Tribunais brasileiros hodiernos.....	182
2.9.3	O paradigma Bonham para a <i>judicial review</i> do mérito administrativo	185
2.9.4	Perspectiva do exame do mérito administrativo na doutrina pátria..	187
2.10	Crítica constitucional: do princípio da legalidade ao princípio da constitucionalidade. Da necessária superação do conceito de interesse público	189
2.10.1	A releitura do princípio da legalidade	189
2.10.2	A superação do conceito interesse público na jurisprudência alemã	193
2.10.2.1	BVerfGE 53, 30 (Mülheim-Kärlich)	193
2.10.2.2	BVerfGE 39, 315 (Brokdorf)	194
2.10.2.3	BVerfGE 49, 89 (Kalkar I [08.08.1978])	195
2.10.3	O princípio do constitucionalismo como superação do princípio da legalidade	197
2.10.4	Reconstrução do conceito de interesse público.....	200
2.10.5	A primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público	202
2.10.6	A primazia dos direitos fundamentais e a vinculação da Administração Pública	205
2.11	Crítica teórica. Impossibilidade de se decidir as questões jurídicas com base em relativismo: a obrigação da Administração Pública proporcionar o melhor ato administrativo para o cidadão	207
2.11.1	A distinção entre discricionariedade e arbitrariedade	222
2.11.2	De como o romance <i>Cem Anos de Solidão</i> evidencia a desnecessária distinção entre arbitrariedade e discricionariedade em nossa doutrina	223
2.12	O ato administrativo controlável: aquele que decide questões jurídicas ou possui questões juridicizáveis	225
2.12.1	O critério de conteúdo jurídico da decisão.....	225
2.12.2	O caso Cesare Battisti e a discricionariedade da decisão do Presidente da República	228
2.12.3	Os solitários julgados irrestritamente favoráveis ao controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário.....	230

2.12.4	O critério para se admitir o controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário	233
2.13	Requisitos obrigatórios que o ato administrativo deve atender	234
2.13.1	Deve estar autorizado ou embasado na Constituição ou na lei	234
2.13.2	Deve ser proporcional	236
2.13.3	Deve estar assentado no interesse social	240
2.13.4	Deve ser rigorosamente fundamentado	241
2.13.5	Pode ter seu mérito e sua forma avaliados em face de critérios legais e constitucionais, por consequência pode ser revisado pelo Judiciário	246
2.13.5.1	A extensão do controle de constitucionalidade a todos os Poderes	250
2.13.5.2	Da inexistência de invasão de esfera dos Poderes	252
2.13.5.3	A possibilidade de revisão do mérito do ato administrativo	255
2.14	Conclusões principais	259
3.	DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	265
3.1	Sistema decisório romano	266
3.1.1	O processo civil romano clássico: noções elementares	266
3.1.1.1	A estrutura da “sentença” do juiz privado no processo <i>per formulas</i>	268
3.1.2	Acepção do termo: “ <i>Iurisprudentia</i> ” e “jurisprudência”	269
3.1.3	Conceito romano de <i>iurisprudentia</i>	269
3.1.4	A “motivação” da “sentença” do <i>iudex privatus</i> no processo <i>formular</i>	274
3.1.5	A ruptura do princípio da não exigência de motivação da sentença no século XVIII	277
3.2	A tradição jurídica	279
3.2.1	A relação da escrita e do costume com o sistema jurídico	280
3.3	Sistema decisório do <i>common law</i>	282
3.3.1	O histórico diálogo do <i>common law</i> com o <i>civil law</i>	289
3.3.2	Aspectos comparativos do <i>common law</i> com o <i>civil law</i>	290
3.3.3	A importância da história na formação do sistema decisório do <i>common law</i>	294
3.3.4	A diferente posição da jurisprudência no <i>common law</i> em relação ao <i>civil law</i>	299
3.3.4.1	Jurisprudência como fonte do direito	302
3.3.4.2	Princípios informadores da atividade decisional (jurisprudência)	302
3.3.4.2.1	Princípio da congruência	303

3.3.4.2.2	Princípio da motivação	303
3.3.4.2.3	Princípio da colegialidade e publicidade.....	306
3.3.4.2.4	Princípio da igualdade	306
3.3.4.3.	As funções da jurisprudência.....	306
3.3.5	O processo de formação da decisão judicial no <i>common law</i> : o <i>stare decisis</i> e o precedente judicial	307
3.3.6	O precedente, a <i>ratio decidendi</i> e o <i>obiter dictum</i> : elementos fundamentais para criação da decisão judicial no <i>common law</i>	308
3.3.7	A flexibilidade do sistema de precedentes	311
3.4	Discricionariedade judicial.....	312
3.4.1	Dos modelos hermenêuticos contemporâneos para se decidir as questões jurídicas.....	322
3.4.2	Implicações da opção metodológica hermenêutica no paradigma decisório jurídico	323
3.4.3	Os riscos de se inserir a discricionariedade no âmbito judicial	325
3.4.4	Da relação entre ativismo e decisionismo	326
3.4.5	A modulação de efeitos e a impossibilidade de sua utilização a partir de parâmetros discricionários	328
3.4.5.1	O argumento consequencialista e sua dimensão discricionária.....	330
3.4.6	Discricionariedade, segurança jurídica e modulação de efeitos.....	333
3.4.7	O duelo no âmbito decisório entre a discricionariedade e a boa-fé objetiva	336
3.5	Sistema decisório do <i>civil law</i>	342
3.5.1	A primazia da lei	343
3.5.2	Jurisprudência dos conceitos	346
3.5.3	Jurisprudência dos interesses.....	348
3.5.4	Jurisprudência dos valores	352
3.5.5	A atividade decisória: as razões porque não é democrático permitir que o juiz disponha da legislação	354
3.5.5.1	O uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.....	357
3.5.5.2	O decisionismo, ou quando a lei é inimiga da necessidade ..	360
3.6	Direito jurisprudencial: ou ainda a nossa equivocada aposta na discricionariedade.....	361
3.6.1	Os riscos das soluções teóricas e legislativas que apostam na discricionariedade.....	362
3.6.1.1	Repercussão geral	368
3.6.1.2	Decisões dotadas de efeito vinculante.....	372
3.6.1.3	Súmula vinculante.....	381

3.6.2	O novo Código de Processo Civil e os riscos ao sistema decisório – Jurisprudência vinculante e o incidente de demandas repetitivas	388
3.6.3	A função dos Tribunais Superiores	407
3.6.4	A objetivação da atividade jurisdicional do STF e do STJ não possui respaldo no texto constitucional	413
3.7	Ativismo judicial	416
3.7.1	Ativismo judicial à brasileira	423
3.7.2	Decisionismo: ou quando a vontade se confunde com o direito	438
3.7.3	De como o STF tem construído uma jurisprudência de cariz ativista e decisionista.....	441
3.7.4	A jurisprudência do STF tem contribuído para dinamitar nossa engenharia constitucional suprimindo inclusive a separação de poderes...	447
3.7.5	De como o teorema dos dois corpos do rei nos possibilita compreender a correta função do Poder Judiciário em especial dos Tribunais Superiores	454
3.7.6	Julgador e Constituição. O porquê de que somente Zeus poderia ser ativista. E o porquê de que sentença não é decidir por sentimento ...	457
3.8	A construção da resposta correta para o caso concreto: prolegômenos para uma teoria da decisão judicial.....	461
3.8.1	A tese da resposta correta e o construtivismo de Dworkin para eliminação da discricionariedade judicial	462
3.8.2	A tese de Lenio Streck: o direito fundamental à resposta correta	469
3.8.3	Requisitos mínimos necessários para se construir a resposta correta no caso concreto.....	472
3.9	Conclusões principais	475
À GUIA DE POSFÁCIO – O FENÔMENO POSITIVISTA E A DISCRICIONARIEDADE: PORQUE DEVEMOS ENFRENTAR DE FRENTE ESSE FANTASMA – LENIO LUIZ STRECK		
1.	Uma breve introdução	495
2.	O positivismo exegético e sua “permanência no imaginário dos juristas”..	495
3.	A superação da subsunção como um problema paradigmático. E de como superar a subsunção não implica discricionariedade (ou ponderações)	498
4.	Por uma hermenêutica crítica.....	502
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		507
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....		527
ÍNDICE REMISSIVO.....		535

INTRODUÇÃO: DE COMO AS QUESTÕES JURÍDICAS NÃO PODEM SER DECIDIDAS NO PARADIGMA RUBICÃO

Alea iacta est. A célebre frase, proferida por Júlio Cesar ao cruzar com suas legiões o rio Rubicão para confrontar o Senado Romano, pode ser traduzida, de forma mais literal, como “os dados estão lançados” ou, como ficou mais conhecida em português, *a sorte está lançada*.

Assim, podemos chamar de paradigma Rubicão quando fatores determinantes de um resultado já foram realizados, restando apenas revelá-los ou descobri-los. Não seria desarrazoado imaginar que, no instante em que se parte para uma batalha, em grande medida, a sorte e a aleatoriedade são verdadeiras constantes para se definir o resultado do combate. Há uma infinidade de variantes (e.g., *clima, estado psicológico etc.*) que podem definir o vencedor do confronto.

Neste sentido, ao avaliar a forma como tais questões jurídicas são decididas, o paradigma Rubicão pode reger o mote de como se dão estas decisões? Para além dos termos metafóricos, a presente obra se propõe a responder essa indagação.

O cidadão, no instante em que tem sua questão jurídica decidida pela Administração Pública ou pelo Judiciário, deve contar com a sua própria sorte? Ou pode confiar que seus direitos serão avaliados e julgados com base em premissas democráticas, previamente definidas à luz da Constituição e das leis?

Possivelmente, seria unânime a resposta afirmativa pela segunda alternativa, no sentido de que a decisão das questões jurídicas não pode ser uma questão de sorte. Contudo, o que aqui se objetiva defender é que, no momento em que se opta pela segunda alternativa, automaticamente, faz-se necessário que a teoria do direito possa responder a esse cidadão quando a Administração/Judiciário acertou e quando errou no julgamento de sua questão.

Se a teoria do direito, em cada área de sua especificidade, não puder responder a essa indagação, então, na realidade, estamos jogando o cidadão no paradigma Rubicão, afinal, se não há critério para se definir o acerto de uma decisão administrativa ou judicial, é melhor o cidadão ter a sorte ao seu lado do que a própria lei.

A presente obra parte de um pano de fundo hermenêutico e *dworkiano*,¹ consequentemente, entende-se que a dimensão democrática do direito precisa atingir o direito em todas as suas nuances, alcançando, inclusive, a decisão judicial e a administrativa.

Não raro, em diversas ocasiões em sala de aula, o Professor explica o tema polêmico afirmando existir corrente que diz “X” e outra “Y” e, se perguntado qual o certo do ponto de vista de nosso sistema jurídico, a resposta quase sempre é que ambas as correntes têm virtudes e podem ser consideradas certas. O relativismo tem sido elemento constante em nossa prática e teoria jurídica.

O grande problema em trazer essa tolerância sincrética para o âmbito decisional é que, quando se pergunta (e entendemos que essa pergunta sempre deve ser feita) qual dos ministros acertou ao julgar o mesmo caso concreto, é comum o professor – e grande parte de nossos juristas – limitar-se a afirmar que, juridicamente, não podemos dizer qual o voto certo, porque ambos são *bons* votos e legítimos dentro do nosso sistema. Ou seja, é a discricionariedade judicial idolatrada e levada às últimas consequências. A discricionariedade, que por tanto tempo assolou a atividade da Administração Pública, em virtude de nosso sincretismo metodológico, tem se espalhado na seara judicial, criando uma blindagem contra críticas às decisões judiciais.

O direito em uma democracia constitucional deve ser visto assim? No julgamento do mensalão, em que um Ministro condena e outro absolve totalmente, nosso sistema jurídico (doutrina + precedentes + princípios etc.) não nos permite apontar qual a solução certa (leia-se constitucionalmente mais adequada) para aquele caso concreto?

Ou seja, o direito não permite que digamos para aquele caso concreto o voto do Ministro está certo e aquele outro voto está errado?

Aliás, esse relativismo, essa falta de rigorismo e cientificidade, não é exclusiva do direito. A título de exemplo, Paulo Coelho manifestou-se fazendo uma ácida crítica² a, nada mais nada menos, do que *Ulysses* de James Joyce.³ Nem é preci-

-
1. Dentre inúmeras obras a serem mencionadas, podemos destacar: Ronald Dworkin. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003; *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003; *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. No Brasil, utilizando a obra de Dworkin para combater a discricionariedade judicial, conferir: Lenio Streck. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; *O que é isto decido conforme minha consciência*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Em perspectiva diferente mas também combatendo o modo de decidir dos juízes ver: Eros Roberto Grau. *Por que tenho medo dos juízes*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. Marcelo Neves. *Entre Hidra e Hércules*. São Paulo: Martins, Fontes. 2013.
 2. O escritor Paulo Coelho afirmou em entrevista à Folha de São Paulo que a literatura contemporânea teria caído na desgraça ao perseguir o reconhecimento pela forma, não pelo conteúdo, e atribui este resultado à influência de James Joyce. Nas palavras do

so comentar, mas perguntamos: a partir do aspecto literário não seria possível reunirem-se padrões e critérios para julgar se Paulo Coelho é melhor, ou não, do que James Joyce?

Obviamente que não se defende nesse livro uma resposta correta em abstrato. A decisão correta, seja administrativa ou judicial, deve ser construída no bojo do caso concreto, mediante a utilização das principais fontes do direito. Daí inexistir resposta em abstrato e pronta a ser aplicada e importada. Até porque não há lei ou súmula que traga uma tutela antecipada de sentido apta a permitir solução dos casos. Não há direito sem interpretação (isso já deveria ter se tornado uma obviedade).

Ilustrativo nesse sentido é o posicionamento de Dworkin para quem a tentativa de se encontrar um procedimento apriorístico, que nos permita encontrar uma decisão correta para casos constitucionais, constitui tentativa fadada ao fracasso. Nos exatos termos do insigne jusfilósofo: “não conseguiremos encontrar uma fórmula para garantir que todos os juízes cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes”.⁴

Do mesmo modo, o fato de toda aplicação do direito ser interpretativa não nos autoriza a afirmarmos que todo resultado alcançado para se decidir seja juridicamente válido.

Enfim, se o direito servir apenas para considerar como incorretas as decisões absurdas e ilegais, então o direito fracassou. Se toda decisão que fosse abarcada por um *bom senso jurídico* (sic) puder ser considerada legítima em nosso sistema, então, infelizmente, o direito serve para muito pouca coisa. Se o direito for utilizado apenas para apontar bizarrices, nosso projeto constitucional-democrático está fracassado.

Imortal da Academia Brasileira de Letras: “Um dos livros que fez esse mal à humanidade foi ‘Ulysses’ (clássico de James Joyce), que é só estilo. Não tem nada ali. Se você dissecar ‘Ulysses’, dá um tuite” (cf. Folha de São Paulo. Ilustrada. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1131545-paulo-coelho-que-lanca-seu-22-romance-diz-que-ulysses-fez-mal-a-literatura.shtml]).

3. A obra *Ulysses* foi escrita entre 1918 e 1920, serializada no jornal americano *The Little Review*, e depois publicado em sua totalidade em 1922. É considerada uma das principais obras literárias do séc. XX por ter transformado a literatura moderna. A obra narra a passagem de Leopold Blomm por Dublin durante um dia normal, 16.06.1904. Sua hermeticidade fez que a obra fosse traduzida. Hermético, confuso e indecifrável: são alguns dos epítetos em geral dirigidos ao livro, marco da linguagem e do estilo modernistas no século XX, razão pela qual no ano de 2012 é lançada a 3.^a tradução da obra em português, sendo a primeira de Antônio Houaiss, e a última de Caetano Galindo, professor da UFPR.
4. Ronald Dworkin. *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. n. 3, p. 132.

Nesse contexto teórico é que se insere esta obra: ela busca resgatar papel essencial para o direito e sua teoria. A tese aqui defendida, de que a Administração e o Judiciário devem oferecer ao cidadão a resposta correta para a decisão de sua questão jurídica, além de privilegiar a posição do cidadão e de seus direitos, resgata caráter crítico da própria teoria do direito. A referida resposta *correta* somente exurge diante da especificidade do caso concreto, por consequência, no Estado Constitucional, ela deve ser vislumbrada como a resposta constitucionalmente adequada⁵ para o deslinde da demanda. É nessa acepção que o termo resposta correta será utilizado no decorrer do livro, como a resposta constitucionalmente adequada para o caso concreto.

De forma simples, como poderíamos criticar as decisões dos nossos Tribunais Superiores se professássemos a tese de que, para um mesmo caso concreto, em um mesmo ordenamento jurídico, são legítimas diversas decisões diferentes e, em grande parte dos casos, conflitantes?

Lembremo-nos do caso mensalão, que é bastante didático. O Relator condenou e o Revisor absolveu o mesmo réu. O direito não nos permite apontar qual ministro, juridicamente, acertou? Recordem: se o direito servir apenas para apontar teratologia ou bizarrice, o direito, então, não servirá para quase nada.

Se é possível apontar o desacerto, necessariamente, há o correto. É uma questão de dualismo. Quando for possível apontar qual decisão é juridicamente equivocada, conseqüentemente, pode-se indicar qual a decisão correta, sempre para o caso concreto, obviamente.

Só há a decisão certa se houver a incorreta. Do contrário, tudo vira decisão judicial, e, nesse momento, torna-se uma questão de escolha. Trata-se de um dualismo indissociável. Um curioso exemplo é o diálogo entre Deus e o Diabo na barca, apresentado por Saramago, em que se demonstra que só há bem porque existe o mal, *o diabo não vive como diabo se deus não vive como deus a morte de um seria a morte de outro*.⁶ Ou ainda, quando Guimarães Rosa afirma que *o que não é Deus é estado do demônio*.⁷ Portanto, só pode haver decisão correta se for possível indicar as decisões incorretas.

Daí a discricionariedade (administrativa/judicial) ter sido alçada a alvo em nosso livro: ela é instituto jurídico que constantemente se metamorfoseia para conferir elasticidade conteudística às decisões. É a discricionariedade que faz caber qualquer conceito na decisão. É por meio dela que a Administração Pública e o

5. Nesse ponto, utilizamos a nomenclatura de Lenio Streck. *Verdade e consenso* cit. *passim*.

6. José Saramago. *O Evangelho Segundo Jesus Cristo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 392-393.

7. João Guimarães Rosa. *Grande Sertão: Veredas*. São Paulo: Nova Fronteira, edição comemorativa, p. 53.

Judiciário criam uma blindagem para não se submeterem a um teste qualitativo. É corriqueiro, em nosso cotidiano, assertivas tais como *não era o melhor ato administrativo, mas ainda assim estava contido dentro dos limites da discricionariedade; ainda que não seja a decisão judicial mais correta ela não deve ser reformada porque proferida em juízo discricionário etc.*

Dizem que a grande sabedoria do Diabo é fazer todos acreditarem que ele não existe. Guimarães Rosa dizia que *demônio na realidade não existe, Deus é que deixa se afinar à vontade o instrumento*. Mas ainda assim, *o Diabo é sem parar*.⁸

O grande trunfo da discricionariedade foi nos fazer acreditar que não há decisão correta. Mais do que isso, ela nos fez crer que não seria possível alcançar o acerto de uma decisão, posto que, perante uma gama de possibilidades, a escolha de qualquer uma delas seria válida, ainda que não fosse a melhor possível.

O livro acredita na resposta correta (constitucionalmente adequada) para o caso concreto, seja no âmbito judicial ou administrativo, porque há convicção de que o direito é muito mais do que mero instrumento para correção de teratologias.

Todavia, na presente obra não serão apresentados nenhum método ou fórmula para se alcançar a resposta correta do caso concreto. É indubitável considerar que, para se construir a resposta constitucionalmente adequada, primeiramente, é fundamental reconhecer que não há método ou fórmula em que seria criada automaticamente essa decisão. Aliás, se houvesse tal fórmula, que dispensasse o elemento hermenêutico, o julgador seria desnecessário, ele poderia ser substituído por qualquer outra artificialidade mais produtiva.

Pretendemos, assim, resgatar uma das funções primordiais do direito que é a resolução do caso concreto, examinando-lhe as particularidades que o caracterizam. A maior tutela dos direitos do cidadão, no âmbito jurídico, se dá no caso concreto, naquilo que ficou consagrado como *your day in the court*.

A obrigação de se proferir uma resposta correta no caso concreto é antes de tudo uma metáfora. Ela impõe um ônus ao Poder Público perante o cidadão, garantindo-lhe que nem toda resposta será satisfatória, o julgador deverá, por meio da fundamentação, expor por que aquela decisão é a mais constitucionalmente adequada (correta) para o caso concreto.

Se a criação desse ônus imiscuir-se no Poder Público e na doutrina, a obrigação de dar a resposta correta já terá feito muito e alcançado seu objetivo. Ou seja, a tese aqui defendida, só em sua qualidade de metáfora, já retira o Poder Público dos braços esplêndidos em que se encontra, tendo como parâmetro para julgar sua própria discricionariedade.

8. Idem, p. 282.

Obviamente que o livro não tem a pretensão de demonstrar qual a resposta correta em todas as vertentes do direito. Na realidade, faz-se necessário reunirem-se critérios específicos para se alcançar a resposta do caso concreto a depender da área, cível, penal, tributário etc.

Contudo, reiteramos o fato de o direito ser complexo e interpretativo não significa que não possam ser exigidas respostas corretas no direito.

Apenas para exemplificarmos a assertiva acima, vamos imaginar uma questão médica. Alguém admitiria que o médico não tem a obrigação de dar a resposta correta para se alcançar a saúde do paciente?

Por exemplo, seria crível imaginar que, diante de um determinado quadro clínico, um médico, que em virtude de suas convicções religiosas, deixar de oferecer o tratamento mais correto e eficaz para o caso, que seria a transfusão de sangue, e oferece outro, que, apesar de eficaz, não seria o melhor? Possivelmente, haveria um consenso para se condenar essa decisão do médico. Então, por quais razões temos uma tolerância diferente para a solução das questões jurídicas? Por que não podemos esperar da Administração Pública, quando vai aplicar o direito, tenha o mesmo compromisso em oferecer a resposta correta e não a que ela julgar mais fácil, oportuna ou conveniente?

Também é notório que, em alguns casos, dada a sua complexidade, é bastante complicado precisar qual seria a resposta correta do ponto de vista jurídico. Ocorre que isso não quer dizer que deixou de existir a obrigação do julgador de perscrutar por ela. Voltamos para o exemplo do médico: em diversos casos, o paciente, independentemente do tratamento, pode vir a falecer, contudo, ninguém objetaria que, ainda assim, não teria desaparecido a obrigação do médico em oferecer o tratamento mais correto para o paciente.

Tudo isso para dizer que, se diante da complexidade de um caso concreto, for efetivamente difícil construir a resposta correta, essa dificuldade não quer dizer que essa resposta não exista.

*A gente não vê o vento, tampouco o vê quando se acaba,*⁹ o que não quer dizer que ele não exista. Assim, a tese proposta, impõe ao Poder Público, independentemente da complexidade da causa, solucionar as questões jurídicas da forma mais correta, ou seja, mais constitucionalmente adequada.

Crer na resposta correta é uma forma de acreditar no próprio direito. Trata-se de resgatar sua função de democratizar as relações intersubjetivas, principalmente no que diz respeito ao ato de decidir. De nada adianta assegurar a principiologia constitucional ao longo de todo processo, se a decisão administrativa ou judicial

9. Ver: João Guimarães Rosa. *A menina de lá. Primeiras estórias*. São Paulo: Nova Fronteira, 2001. p. 69.

puder se basear na força, na vontade, na mera subjetividade do intérprete, em detrimento da principiologia constitucional e da tradição¹⁰ jurídica de uma comunidade.

Democratizar e criar limites para a decisão das questões jurídicas é fundamental para resgatar a função acima mencionada. Pensemos na fábula do cordeiro e do lobo de La Fontaine.¹¹ O lobo e o cordeiro se encontram quando vão beber água no rio que está em declive. O lobo acima e o cordeiro abaixo.

O lobo passa a fazer diversas perguntas para o cordeiro, ocorre que, independentemente da resposta dada, o lobo já havia formado sua convicção em devorar o cordeiro. Por exemplo, dentre as perguntas, o lobo insta o cordeiro a responder se ele não se envergonhava de turvar a água que ele bebia. O cordeiro, estarecido, responde que não seria possível turvar a água que o lobo bebe porque ele estava na parte alta do rio e o cordeiro na baixa. Por mais coerente e lógica que tenha sido a resposta do cordeiro, ela não impediu o lobo de cumprir seu intento inicial, que era o de devorá-lo. Dessa fábula, consagrou-se o entendimento popular de que *contra a força não há argumentos*. De certo modo, o lobo já havia decidido a lide, somente havia passado a procurar um fundamento para a decisão já tomada. O lobo decidia, depois fundamentava.

Referida fábula ilustra a função do direito que a obra pretende resgatar e fortalecer, qual seja, a de democratizar as relações intersubjetivas e as relações dos cidadãos com o Poder Público. Na atual quadra de nossa história, o direito adquire importante função como instrumento democratizador do processo civilizatório dos povos, principalmente após a 2.^a Guerra Mundial, quando se consolidou a crença de que nem todo conteúdo poderia ser direito, e algumas garantias deveriam ser asseguradas em qualquer regime constitucional.

Destarte, a solução das questões jurídicas, seja na esfera administrativa, seja na judicial, não pode ser imposta pela força ao cidadão. Não é constitucionalmente legítimo impor a resolução de questão jurídica com fundamento na força, na consciência ou na vontade do julgador. Do mesmo modo que não é lícito julgar o conflito sem o compromisso de se oferecer a resposta correta, constitucionalmente mais adequada, ao caso concreto. O Poder Público não pode se desincumbir dessa exigência, sob risco de sufragarmos um relativismo irreversível.

Heidegger, com a genialidade que lhe é peculiar, talvez tenha sido o mais ferrenho crítico do relativismo, dispondo que “todo relativismo, contudo, é ceticismo,

10. Por tradição, deve-se entender a forma de explicar e aplicar o direito dentro de uma historicidade por parte da comunidade. Ver: Harold Berman. *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. passim.

11. Livro 1, Fábula 10.^a, no “Fábulas Completas” de Jean de La Fontaine. *Le loup et l’agneau*. In: Matthews, J. *Fables from La Fontaine*. London: John Murray, 1820. p. 44 et seq.

e todo ceticismo traz consigo a morte de todo o conhecimento e, como também se diz, da existência do homem em geral”.¹² Nesse contexto, insere-se a obra, que busca, por meio da crítica à discricionariedade, combater o próprio relativismo presente no ensino e na aplicação do direito, a fim de possibilitar ao cidadão a constatação de que suas questões jurídicas podem e devem ser solucionadas com fulcro em premissas jurídicas. Do contrário, teríamos que admitir a aniquilação à importância do próprio conhecimento jurídico.

Postas assim as premissas, o texto desenvolve-se em três capítulos.

O primeiro dedica-se ao exame do pós-positivismo. Nele são expostos os aspectos metodológicos e filosóficos do trabalho, evidenciando a radical mudança que o pós-positivismo imprime na interpretação e aplicação do direito.

Para explicarmos o pós-positivismo, delinearemos o pano de fundo filosófico que o sustenta, o giro ontológico-linguístico, oriundo das obras de Heidegger e Gadamer.

Nesse modelo, a linguagem deixa de ser um ferramental que podemos escolher quando usar ou deixar de usar. Isso porque tudo que pensamos já é abarcado pela dimensão da linguagem. Afinal, a dimensão interpretativa do direito nos antecede e nos obriga a levarmos em conta toda a dimensão histórico-interpretativa que está por trás de cada conceito jurídico.

Em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre já somos tomados pela nossa própria linguagem, logo, em todo conhecimento jurídico e toda criação de decisão jurídica, já somos abarcados pela dimensão linguística do direito. Não é possível cindir interpretação de aplicação. Portanto, não podemos fazer o direito dizer simplesmente o que queremos, e, então, não podemos decidir apenas como queremos.

Posto o referencial teórico-filosófico, utilizamos a teoria estruturante de Friedrich Müller – autor que cunhou a expressão pós-positivismo – para demonstrar a diferença fundamental da interpretação e da aplicação do direito no pós-positivismo. No novo paradigma, a norma perde o caráter meramente semântico: ela deixa de existir em abstrato.

A norma distingue-se de seu texto normativo e somente é produzida diante da particularidade do caso concreto, por meio de atividade interpretativa em que são fundidos os elementos linguísticos e fáticos do caso.

Em suma, não há uma supernorma que possa ser aplicada de forma mecânica para resolver uma infinidade de casos concretos. Até mesmo porque, no pós-positivismo, o método clássico de solução do positivismo deixa de existir, porquanto

12. Martin Heidegger. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Martins fontes, 2008. p. 119.

se constata a impossibilidade de se resolver qualquer questão jurídica mediante a subsunção. Os aplicadores positivistas são verdadeiros reféns do silogismo.

O pós-positivismo expõe a impossibilidade de se decidir uma lide mediante processo lógico-subsuntivo. Esse ponto é essencial para se compreender e funcionalizar institutos recentes do direito brasileiro, e.g., súmula vinculante e decisões de tribunais superiores dotadas de efeito vinculante. Esses institutos, por conterem a aptidão de servirem de parâmetro para a resolução de novos casos, não podem ser vistos como a norma pronta e acabada para solucionar de forma mecânica uma infinidade de novos casos. Eles, ao expandirem sua aplicação, imediatamente passam a ser novos textos normativos que não dispensam interpretação para serem utilizados como parâmetros decisórios nos novos casos.

É ainda por meio do genuíno pós-positivismo que podemos combater o relativismo decisório. Dizemos genuíno porque diferenciamos o que é efetivamente pós-positivismo daquilo que, no Brasil, convencionou-se como *neoconstitucionalismo*, isto é, movimento ideológico caracterizado por verdadeiros sincretismos teóricos, que o aproximam muito mais de uma mixagem de positivismo com jurisprudência dos valores do que do pós-positivismo.

O pós-positivismo combate o relativismo porque retira o caráter volitivo da formação da norma e o substitui pela historicidade. Ou seja, não se constrói uma decisão judicial dissociada de seu momento histórico, ao mesmo tempo em que o sentido dos textos não pode mais ser buscado na vontade do próprio texto (*mens legis*), ou do seu criador (*mens legislatoris*).

Ademais, no pós-positivismo, deixa de haver sentido na clássica distinção entre o que seria questão de fato e questão de direito, porque um inexistente sem o outro. Enfim, é o pós-positivismo que nos confere o arsenal de ferramentas necessário para teorizarmos um novo paradigma para se solucionar as questões jurídicas.

Estabelecidas as premissas teóricas em que se interpreta e aplica o direito, passamos ao exame do âmbito decisional administrativo e judicial. Desse modo, o segundo capítulo da obra dedica-se à análise da discricionariedade administrativa.

Não é intuito do livro dedicar-se à elaboração de uma doutrina sobre a discricionariedade administrativa e o ato administrativo. O que se pretende é examinar o instituto da discricionariedade a partir de uma perspectiva hermenêutica, a fim de demonstrar a impossibilidade de se decidir discricionariamente as questões jurídicas, seja no âmbito administrativo ou judicial. Sendo assim, a discricionariedade foi tratada de forma distinta. De início, realizamos um paralelo entre a evolução do controle de constitucionalidade das leis com o controle dos atos administrativos. Examinamos que, principalmente no direito desenvolvido após a Segunda Guerra Mundial, superou-se aquela máxima: *desde que respeitados os procedimentos formais, todo conteúdo poderia ser direito*. Assim, mesmo uma lei formalmente regular, passou a ter seu conteúdo/sua materialidade controlada pelo Judiciário quando contrária

ao texto constitucional. Perante esse cenário, demonstramos quão despropositado é, no atual Estado Constitucional, conferir tratamento privilegiado aos atos da Administração Pública que, sob o selo da discricionariedade, são insindicáveis.

Demonstrada a evolução do cenário teórico e histórico em que deve ser trabalhada a discricionariedade, analisamos o instituto medieval do *gubernaculum*, que é uma espécie de discricionariedade *fundamental*. A origem dos atos públicos que são blindados de qualquer revisão judicial.

A análise da discricionariedade administrativa propriamente dita é feita mediante uma classificação originária por nós desenvolvida. Classificamos a discricionariedade em cinco grandes modelos: (1) interpretativa – em que o ato discricionário é classificado como oposto ao ato vinculado. Somente haveria interpretação na produção do primeiro; (2) optativa – a mais frequente consistente na possibilidade de se escolher uma dentre diversas escolhas legítimas; (3) performática – com bases nos enunciados performáticos de Austin, classificamos uma modalidade de discricionariedade que blindo o ato de qualquer revisão judicial porque assentado em enunciados performáticos, os conhecidos interesse público e o critério de conveniência e oportunidade; (4) volitiva – ato administrativo se justifica por estar baseado na vontade da lei ou do administrador; (5) técnica – a utilização de critérios metajurídicos tornaria o ato insindicável, porque fundado em elementos técnicos.

Após a classificação, evidenciamos que o elemento comum de toda manifestação de discricionariedade é a aleatoriedade: a fuga do jurídico. Decide-se discricionariamente para não se decidir em parâmetros jurídicos. Após essa constatação, efetuamos críticas ao modelo atual de discricionariedade: uma crítica hermenêutica, histórica, constitucional e teórica. Feita a crítica, esquadrimos uma teoria para se verificar quais os atos decisórios que efetivamente podem ser sindicados judicialmente. Encerramos o capítulo dispondo quais os requisitos necessários para o ato administrativo ser válido: deve ter embasamento legal, ser proporcional, atender ao interesse social, ser exaustivamente fundamentado e ser passível de revisão judicial, inclusive em seu mérito.

Após o exame da discricionariedade administrativa em que concluimos pela sua inexistência com a ampla possibilidade de o Judiciário revisar seu mérito para aferir legalidade e constitucionalidade, afirmamos que não haverá nenhum ganho democrático se admitirmos a transferência da discricionariedade administrativa para a esfera judicial.

Nesse contexto, o terceiro capítulo dedica-se à discricionariedade judicial. Iniciamos o capítulo fazendo breve apresentação dos três sistemas de decisão mais relevantes: (1) sistema do direito romano; (2) *common law*; (3) *civil law*.

O intuito do capítulo é demonstrar que a insegurança jurídica e a falta de coerência nas decisões são elementos comuns nos três sistemas. Ou seja, o risco de

possuirmos decisões discrepantes não se soluciona pela maior adesão ao sistema do *common law* ou ao do *civil law*. Na realidade, a tradição jurídica é irrelevante para aferir, isoladamente, qualidade e a coerência decisória de um sistema jurídico.

Dentro da perspectiva analisada, examinamos as últimas reformas legislativas, demonstrando o equívoco em não se apontar a discricionariedade judicial como o maior elemento para a inconsistência de nossas decisões. Aliás, parte de nossas reformas tem apostado, de certa forma, na discricionariedade dos tribunais superiores, merecendo destaque as súmulas vinculantes, decisões dos tribunais superiores dotadas de efeito vinculante e, principalmente, a repercussão geral. Por exemplo, cria-se no imaginário a equivocada conclusão de que tem repercussão geral aquilo que o STF disser que tem. Desmerecendo toda construção democrática no sentido de que o direito não pode, simplesmente, ser aquilo que nossos tribunais disserem que ele é.

Dessa maneira, com resgate de questões históricas referentes à Revolução Francesa e em cotejo com o *common law*, concluímos que a melhora qualitativa de nossas decisões depende muito mais de uma superação do modelo discricionário e ativista de decidir do que de reformas legislativas, principalmente se as reformas apostarem na discricionariedade.

Ao final, delineamos conclusão sobre teoria de decisão e critérios para se alcançar a resposta correta no caso concreto, mediante o construtivismo de Dworkin e a tese de que haveria direito fundamental à resposta correta criada por Lenio Streck, elencando, por fim, requisitos mínimos para se alcançar a resposta correta no caso concreto.