



EM BUSCA DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

JOÃO PEDRO DE OLIVEIRA BARBOSA

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Monitor na cadeira de Direito de Família na FDSM. Bolsista pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais - PIBIC/FAPEMIG. Integrante dos grupos de pesquisa CNPq Direito e Democracia: jurisdição constitucional agressiva e Razão Crítica e Justiça Penal, ambos com ênfase na linha de pesquisa efetivação dos direitos fundamentais sociais e vinculados ao PPGD da FDSM. Ex-integrante do Grupo de Estudos Avançados do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM/MG). Servidor Público Municipal.

Resumo: Decidir é interpretar e interpretar é materializar o sentido que é conferido pela intersubjetividade e linguagem. A questão que se (im)põe é a ausência de condicionantes hermenêuticas que tornam a decisão judicial livre de limitações, desprezando a importância da Constituição, doutrina e jurisprudência. Ou seja: um completo vácuo onde pode-se conceber qualquer ideia sobre o Direito e, assim, legitimar as decisões pré-decididas cujos fundamentos vieram depois da decisão. Sim, vieram depois. É o problema que o presente trabalho procura entender e como isso pode ser evitado jusfilosoficamente por intermédio de uma Teoria da Decisão. Os objetivos específicos constroem-se na linha da exposição da discricionariedade judicial no Brasil e os problemas causados para a hermenêutica. Tudo para se chegar ao objetivo geral: a construção da Teoria da Decisão a partir do referencial teórico Lenio Streck. A pesquisa possui natureza qualitativa e, por meio de revisão bibliográfica, foi possível chegar ao resultado.

Palavras-chave: hermenêutica, paradigma, discricionariedade, decisão, teoria.

Abstract: Deciding is interpreting, and interpreting is materializing the meaning that is conferred by intersubjectivity and language. The issue that arises is the absence of hermeneutical conditions that make the judicial decision free from limitations, disregarding the importance of the Constitution, doctrine and jurisprudence. In other words: a complete vacuum where one can conceive any idea about the Law and, thus, legitimize the pre-decided decisions whose foundations came after the decision. Yes, they came after. This is the problem that this work seeks to understand and how it can be avoided jusphilosophically through a Theory of Decision. The

specific objectives are constructed along the lines of exposing judicial discretion in Brazil and the problems caused for hermeneutics. All to reach the general objective: the construction of the Theory of Decision based on the theoretical framework of Lenio Streck. The research is qualitative in nature and, through a bibliographic review, it was possible to reach the result.

Keywords: Tax reform; Economic Constitution; Consumption taxation; Tax justice; Extra fiscalidad.

Introdução

Não é difícil, pelo menos, em tese, de se entender que a decisão judicial carrega consigo o produto de fatores sensitivos do magistrado que, ao interpretar o ordenamento, coloca na decisão o seu prisma. Interpretar é dar/materializar sentido. Não há nada de errado na decisão do magistrado que interpreta a legislação. A Lei existe para, também, ser compreendida.

O problema que aqui se discute é a ausência de condicionantes hermenêuticas da Teoria da Decisão ou condições epistêmicas que impossibilitem a expressão inequívoca da decisão judicial como sendo fruto das opiniões pessoais, do voluntarismo e da postura axiologista do juiz. É isso que se combate.

A questão é: precisa-se de um modelo democrático de forjar a decisão judicial balizada por mediações hermenêuticas da Crítica Hermenêutica do Direito as quais procuram dar ao julgado o aspecto de integridade, coerência e legitimidade com o ordenamento jurídico, com a construção jurisprudencial e com a Constituição – a busca pela resposta constitucionalmente adequada.

Decidir é exteriorizar o empirismo. Isso é fato. O problema é: o forte apelo ao subjetivismo do juiz e de sua postura voluntarista de interpretar o mundo a partir de si (solipsisticamente). São necessárias condicionantes hermenêuticas. É preciso uma Teoria da Decisão.

1. A construção da discricionariedade judicial no Brasil

No abrigo de paradigmas hermenêuticos e também da própria História Constitucional que se (re)arranja no tempo e de acordo com os novos prismas que exsurgem, é possível a compreensão de que a cultura jurídica alemã apresenta às discussões jurisdicionais, sobretudo

no século XX, as problemáticas do forjar de um Estado de Direito e a força da normatividade constitucional.

É um movimento que encontra força no Pós-Nazifascismo com a valoração da construção – de cunho democrático – de textos regimentais que consubstancializam uma plêiade de princípios garantidores de direitos individuais e sociais que protegem os cidadãos das arbitrariedades do Estado em suas mais diversas personificações. É o apelo a reforma institucional e constitucional dos Estados com o fim de repensar o Direito (depois das Guerras), garantindo o zelo pela efetividade e normatividade do Pacto Social entabulado.

O fôlego da mudança chega aos Trópicos com a mesma necessidade de reanalisar, repensar e rediscutir o Direito, buscando uma Teoria que procurasse entender e compreender o momento paradigmático da jurisdição constitucional cujos efeitos não se acomodariam à quadra teórica, mas que seriam sentidos na reverberância da concretude das relações sociais e jurídicas com normas repercutindo os direitos e garantias constitucionais. Com essa expectativa surge o termo neoconstitucionalismo. Um novo constitucionalismo. Uma nova forma de interpretar o Direito a partir de três momentos: histórico, filosófico e teórico.

O marco histórico engendra a discussão da feita dos Pactos Federativos no Pós-Guerra (ancorados pelas Constituições europeias e, sobretudo, na Lei Fundamental de Bohn). O marco filosófico, por sua vez, há de se diferenciar do Neopositivismo já que para este o objetivo é a realocação de teses do positivismo tradicional, adequando-as a nova realidade da arquitetura constitucional.¹

Por último, o marco teórico como expressão máxima da teoria do jurista Konrad Hesse: A força normativa da Constituição. Em Lassalle, a Constituição do país é a caricatura das relações de poder nele dominantes, isto é, a essência constituinte vai na linha dos desejos inflados dos poderes econômico, social, intelectual e militar. O redimensionamento dessas relações confere à expressão do Pacto entabulado pelos cidadãos da *pólis*. Os Fatores Reais do Poder determinam os (re)arranjos do Estado.²

Por outro lado, diga-se: há uma diferença proposta por Hesse, na Força Normativa, que atende aos anseios determinantes da Constituição contidos nela mesma e não em fatores

¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 240, p. 2–15, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 26 jun. 2025. p. 4.

² LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. Tradução: Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1993. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4134878/mod_resource/content/1/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf. Acesso 26 jun. 2025. p. 12 e 20.

externos. É o apelo a força normativa constitucional em si mesma, sujeita aos debates da realidade inserida, mas, em sua vigência, subsiste a efetividade do Texto. A força jurídica importa. A vontade de Constituição, ou melhor, a vontade de *constituir-a-ação* do Estado de Direito importa. Para Hesse,

[...] sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.³

Bem é verdade que as teses neoconstitucionais elevaram a arquitetura jurídica auriverde para o ideal de Texto Normativo, no entanto, problemas afligem essa construção quando da recepção acrítica do neoconstitucionalismo o qual, ao mesmo tempo que investe na normatividade do Texto de 1988, aposta na leitura de valores, ensejadores de posturas voluntaristas do julgador e na abertura de margem para discricionariedades judiciais e decisionismos.

É paradoxal: o mesmo neoconstitucionalismo que auxiliou na construção normativa do Texto também é o mesmo que cria mecanismos de infringência. Tudo isso devido a recepção acrítica, isto é, não holística do termo e sem entender, de fato, os marcos fundamentais pelo qual se assenta o paradigma.

Não se sabe, indubitavelmente, o que o novo modelo interpretativo representa. Talvez, seja um avanço. Talvez seja uma guinada de 360°⁴. Não sabemos.

Para a Hermenêutica Filosófica isso é um problema, já que será improdutivo o estudo do Constitucionalismo sob uma tese incerta e ensejadora mais de questionamentos do que de respaldos. O que há são interpretações que defluem do paradigma filosófico. Não há um neoconstitucionalismo, mas sim várias interpretações desse arquétipo hermenêutico. Por isso seu uso em tom plural: Neoconstitucionalismo(s).

³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6273842/mod_resource/content/0/A%20For%C3%A7a%20Normativa%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20by%20Konrad%20Hesse%20%28z-lib.org%29.pdf. Acesso em 26 jun. 2025. p. 12.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013 apud SANTOS, Bruno Aguiar. Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. 2017. 127f. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie- Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, 2017, p. 17.

É uma malversação que “pode nos ter levado a equívocos⁵” e um desses é a própria noção da discricionariedade judicial ou da arbitrariedade no ato interpretativo das decisões. Sua origem funda-se no bojo das discussões de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da descoberta da indeterminação do direito. A vontade substitui a razão. “A decisão do caso concreto já não depende da objetividade das leis e do ordenamento, mas sim do voluntarismo do juiz.⁶

A recepção acrítica do neoconstitucionalismo(s) corrobora a construção discricionária da decisão. É verdade que o ideário do paradigma do novo constitucionalismo elevou a arquitetura jurídica auriverde para o rol de Textos Fundamentais veladores pela normatividade constitucional a qual irradia para os demais sistemas jurídicos. Mas também, há a aposta na configuração da leitura de direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras. O resultado é uma normatividade fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação⁷.

Fica clara a superação empreendida no plano teórico-interpretativo do paleojuspositivismo, isto é, um positivismo exegético-primitivo, mas atenção deve ser dada ao fato de que o novo paradigma constitucional não supera, de vez, o positivismo. É uma tentativa de superar, buscando na teoria da argumentação jurídica de Alexy um modo de interpretar o direito que seja adequado aos anseios do Constitucionalismo do Pós-Guerra. O problema está na forma como isso foi feito.

A sofisticada raiz do problema assenta-se no fato de que a Teoria de Alexy⁸ surge com a materialização da Lei Fundamental de Bonn (Alemanha, 1949) a qual repercuti um “*jus*” distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura jurídico-legal ancorada à época. Tudo isso para legitimar uma Carta não democraticamente construída⁹.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi.; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam(org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle, p. 1697.

⁶ Para tanto, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

⁷ Para tanto, FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi.; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam(org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle, p. 1723.

⁸ Importante dizer que o autor procura racionalizar a jurisprudência dos valores, que para ele parecia irracional, do Tribunal Constitucional Alemão, por meio de padrões analítico-conceituais signatários de uma jurisprudência dos conceitos, que (via de regra) tem seu significado atrelado a uma forma de exegese, criada por professores, materializando o formalismo conceitual, como assim é conhecido.

⁹ SILVA, Pablo Saldivar da. A teoria da ponderação e o enfraquecimento da autonomia do Direito: Considerações sobre a crítica formulada por Lenio Luiz Streck ao pensamento de Robert Alexy e a recepção desta teoria no

Dito de outro modo: os valores da Teoria de Alexy representam uma abertura de uma legalidade extremamente fechada o que revela um “ajuste de contas hermenêutico” com qualquer forma de exegetismo. A questão é que, no Brasil, a fenda da abertura prolongou, criando assim “outras formas de abertura”, outras formas de argumentação diferente da de Alexy. A Constituição é interpretada como se fosse (maciçamente) formada de valores e cabe ao julgador desvelar esses valores, algo diferente do que foi proposto na metade do século XX por Robert Alexy para fins de legitimação constitucional da Alemanha de 1949¹⁰.

É uma mixagem teórica que o neoconstitucionalismo(s) proporciona e por isso se diz que nesse paradigma,

[...] há mais princípios que regras, mais ponderação e menos subsunção, ao contrário do positivismo, em que predominam as regras e a subsunção. Ou que os casos simples se resolvem com subsunção, e os casos difíceis pela ponderação (como se os princípios fossem uma espécie de reserva “interpretativa” à disposição dos adeptos da teoria, que deles lançariam mão apenas para resolver os *hard cases*).¹¹

E mais: o Direito Constitucional foi tomado pela teoria dos princípios (ou melhor pamprincipiologismo) que, em *terrae brasilis*, tomou feição diferente da apresentada por Alexy e engendrou a fecunda criação descriteriosa desses mandados de otimização para “superar o positivismo”, “preencher vazios que surgem no ato decisional” e “superar o juiz boca da lei”.

No abrigo da densa principiologia e da textura aberta para valores, o julgador precisa sopesar o princípio para a resolução do caso concreto. Surge então a ponderação judicial para resolver a colisão principiológica. Um alibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais difíceis, mas a questão é: a mácula que pode haver nessa ponderação ensejando a discricionariedade do juiz para resolver os *hard cases* e, nessa toada, entende-se a discricionariedade como poder arbitrário delegado em favor dos juízes para resolução dos casos complexos¹².

ordenamento jurídico nacional. **Jus.com.br**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/27264/a-teoria-da-ponderacao-e-o-enfraquecimento-da-autonomia-do-direito#_ftn24. Acesso em 26 jun. 2025.

¹⁰SILVA, Pablo Saldivar da. A teoria da ponderação e o enfraquecimento da autonomia do Direito: Considerações sobre a crítica formulada por Lenio Luiz Streck ao pensamento de Robert Alexy e a recepção desta teoria no ordenamento jurídico nacional. **Jus.com.br**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/27264/a-teoria-da-ponderacao-e-o-enfraquecimento-da-autonomia-do-direito#_ftn24. Acesso em 26 jun. 2025.

¹¹FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi.; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam(org.) **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle, p. 1861.

¹²STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.

Cuidados devem ser tomados: a discricionariedade empreendida no paradigma jusfilosófico discutido é diferente da discricionariedade do direito administrativo naquela separação soerguida entre os atos vinculados e os atos discricionários. Tratam-se de arquiteturas diferentes que laboram com questões próprias da idiosincrasia de cada vertente.

No administrativo, discricionariedade existe para a prática de atos autorizados por lei e que, portanto, mantêm-se adstritos ao corolário da legalidade; sua validade é condicionada ao estreito entrelaçar com o ordenamento jurídico vigente e, por óbvio, aos preceitos principiológicos estabelecidos em outubro de 1988. No judiciário, pelo contrário, o termo refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado para criar a solução adequada para o caso que lhe foi imposto.

Não há legalidade a ser discutida, pelo contrário

[...] pressupõe que ela inexistente. Assim o juiz efetivamente criará uma regra para regulamentar o caso a ele apresentado. Nesses termos, a situação de ilegitimidade muito se assemelha ao árbitro do déspota no sistema administrativo pré-Estado Liberal. Ou seja, o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário¹³.

É um espaço aberto para arbitrariedades. Ronald Dworkin, jurista norte-americano, fala em três sentidos para discricionariedade, a saber: o sentido fraco, forte e limitado. Quanto ao limitado não há relevantes questões hermenêuticas a serem discutidas, haja vista que sua definição vai na linha da discricionariedade administrativa quando da escolha de opções para a materialidade do caso.

O problema, de fato, reside na distinção entre o sentido forte e fraco já que aquilo que os diferencia é a preponderância, no sentido forte, da incontornabilidade da decisão a partir de um padrão antecipadamente estabelecido. Dito de outro modo: o julgador é arbitrário na decisão, mas não desobedece a uma conjuntura de regras e princípios que amoldam o ordenamento jurídico.

Aqui reside a crítica de Dworkin ao positivismo de Hart, jusfilósofo britânico, quando o teórico afirma da fatalidade discricionária toda vez que a regra seja insuficiente. Noutra quadra, o jurista estadunidense aposta na seriedade dos princípios na argumentação jurídica para a (boa) resposta do Estado na obrigação jurídica discutida.

¹³STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41-42.

No Brasil, para além das discussões de Hart, da crítica de Dworkin e da argumentação de Alexy, qualquer “espaço aberto de sentido” é berço para as investidas discricionárias e arbitrárias. Lenio Streck, com a cátedra que lhe é peculiar, afirma que nesses espaços o intérprete apela para os princípios que funcionam como axiomas com força de lei¹⁴.

Luigi Ferrajoli, teórico italiano do Garantismo, compartilha do pensamento de Hart quando aposta na fatalidade discricionária para suprir três espaços fisiológicos que são

[...] o poder da qualificação jurídica, que corresponde aos espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal; b) o poder de verificação factual ou de valoração das provas, que corresponde aos espaços da ponderação dos indícios e dos elementos probatórios; c) o poder equitativo de conotação dos fatos verificados, que corresponde aos espaços da compreensão e ponderação dos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal do crime¹⁵.

São espaços (bem) delimitados, mas que (e isso é deixado claro por Streck) podem dar azo à institucionalização da crença da atividade discricionária do juiz. A maleabilidade das fronteiras da discricionariedade e da arbitrariedade pode fazer da teoria de Hart e dos cuidados de Ferrajoli um cipoal para esses elementos teóricos de construção solipsística da sentença.

Interpretar é atribuir sentido e o intérprete sempre atribui sentido ao texto, mas isso, nem de longe, pode ser o chão fundamentador de discricionariedades e arbitrariedades. Não pode, de modo algum, a interpretação da lei ser o fruto da tradução individual de enxergar o Direito e o mundo a partir do indivíduo “viciado em si” (solipsismo). Os efeitos dessa malversação podem dar azo a sérios problemas jusfilosóficos.

2. Decido conforme a minha consciência?

Interpretar, aqui, é externalizar a consciência, o subjetivismo e a discricionariedade, isto é, variações de uma mesma temática decisionista. É o compromisso com a própria consciência e decidir por (e a partir) (d)ela faz parte da avaliação subjetiva que o juiz empreende. Para os seus adeptos vorazes não importa

¹⁴STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.

¹⁵FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi.; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam(org.) **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle, p. 2066.

[...] que pensam os doutrinadores [...] Descido, porém, conforme a minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual para que este Tribunal seja respeitado [...] o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém¹⁶.

Ressalte-se: interpretar é dar sentido. É fundir horizontes. O problema é quando o intérprete se perde nessa procedimentalização da atividade interpretativa e passa a exercer a “subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade¹⁷”.

Isso é um problema para a Hermenêutica. A doutrina deve doutrinara. A jurisprudência deve ser prudente e velar pelos precedentes. O Direito não pode ser aquilo que os tribunais dizem que é. Trata-se de uma afronta ao próprio ideário democrático, à produção democrática da lei e às condicionantes da decisão judicial. Em regimes democráticos, não há espaço para decisões que expressam o subjetivismo do juiz para a resolução dos *hard cases*. Há de se ter bases sólidas de compreensão.

Insistir no juiz “escravo da lei” ou no juiz plenipotenciário não condiz com o Constitucionalismo Contemporâneo (paradigma nominado por Lenio Streck para designar a arquitetura jusfilosófica do presente no Brasil) que se tem, mas a prática demonstra o contrário e, assim, continua-se a apostar na discricionariedade para trazer luz ao caso concreto. Ser discricionário significa, por vezes, utilizar-se de diversos princípios (lidos como valores e, logo, sujeitos a atitudes voluntaristas) jurídicos para decidir questões pré-decididas¹⁸.

Sobre o panprincipiologismo (expressão cunhada por Streck para designar esse momento de fecunda criação principiológica), ratifica-se que significa uma fecunda criação de princípios com o intuito de resolver a insuficiência ôntica das regras, proporcionando, dessa forma, a resolução dos *hard cases* e as dubiedades da linguagem. Na prática, tornam-se comandos deontológicos sem normatividade.

A análise deles leva ao entendimento do desajuste de compreensão e da desnecessidade da utilização. Veja-se: princípio da efetividade da constituição para garantir a normatividade do

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto?** Decido conforme minha consciência. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto?** Decido conforme minha consciência. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 41.

¹⁸ Para tanto, CIENA, Fabiana Polican; PEDROZO, Luiz Henrique Batista de Oliveira; TIROLI, Luiz Gustavo. O fenômeno do panprincipiologismo no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão sobre ativismo judicial e judicialização da política. **Brazilian Journal of Development**, v. v. 6, n. 3, p. 9840-9854, mar. 2020. ISSN 2525-8761. Acesso 27 jun. 2024. p. 11.

Texto Fundamental, mas, na verdade, a efetividade já é compreendida pelo Constitucionalismo Contemporâneo como um pressuposto essencial, e não como princípio. Princípio da não surpresa, isto é, garantir a segurança do cidadão contra uma surpresa inesperada¹⁹.

As incongruências não terminam por aqui. Princípio do processo tempestivo que faz diálogo com a razoabilidade de duração do processo, mas, em melhor disposição, sem eficiência deontológica, já que o ordenamento materializa regras e mecanismos processuais que reforçam a ideia. Princípio da tipicidade fechada para reservar à lei formal a regulamentação de matéria tributária, mas isso já existe na Constituição e outra: “O que o princípio tem que a Constituição não tem?”²⁰.

É um número considerável de, na verdade, standards interpretativos que demonstram a dimensão dos problemas enfrentados os quais são qualificados pelo mau uso do paradigma da ponderação desses princípios no caso concreto.

A consubstancialização dos direitos fundamentais do Pós-Estado Social na sistemática jurídica atribui um novo redimensionamento à ciência do Direito. Surgem, então, princípios cuja normatividade seria o reflexo da arquitetura jurídica instituída, mas a questão que se apresentava à época era o real alcance desses axiomas e, para tanto, na Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy expõe as latitudes e longitudes dos princípios e das regras.

Numa palavra: as regras jurídicas são aquelas possuintes de mandados definitivos. Ou são cumpridas ou não são cumpridas. Sem meio-termo. Princípios, todavia, são entendidos como mandados de otimização, isto é, podem ser cumpridos/satisfeitos em diferentes graus.²¹

No caso concreto, quando as regras conflitam a solução é a inserção de uma cláusula de exclusão, isto é, a validade de uma gera a invalidade de outra. Desse modo, “lex posterior derogat legi priori” y, ‘lex specialis derogat legi generali’, pero también es posible proceder de acuerdo con la importancia de las reglas en conflicto²²”.

A colisão de princípios, pelo contrário, enseja uma resolução diversa daquela atribuída ao conflito de regras. É uma questão de razão prática, para (e pela) qual, deve ser estabelecido

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 521.

²⁰ Ibidem. p. 523.

²¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; LEITE, Robson Soares. Racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**. Minas Gerais, v.1, n.2, jul/dez. 2015. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/715/pdf_1. Acesso em 28 jun. 2024. p. 12.

²² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.88 apud SIMIONI, Rafael Lazzarotto; LEITE, Robson Soares. Racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**. Minas Gerais, v.1, n.2, jul/dez. 2015. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/715/pdf_1. Acesso em 28 jun. 2024. p. 12.

um procedimento, ou seja, regras para se proceder à ponderação, consistindo em três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, devidamente conglobadas pela máxima da proporcionalidade.

A adequação faz um juízo teleológico, isto é, compreender a finalidade para entender os meios que serão usados para alcançá-la. Parte-se para a análise fática dos meios razoáveis para cumprimento das disposições do princípio e, assim, adequando-os; o objetivo é responder à indagação de que se o meio escolhido é eficaz para cumprir o mandado de otimização principiológico.

Depois, o procedimento conduz ao juízo da necessidade com o fim de investigar se o meio eleito é impossível de ser substituído e, se assim o for, avança-se para a outra fase. Na colisão de princípios será o juízo da necessidade que justificará o sopesamento maior de um princípio em detrimento de outro.

Por último, quando os *hard cases* ainda persistem, há a proposta da proporcionalidade em sentido estrito como meio de ponderar os princípios. Quando o juízo de necessidade mostra-se insuficiente na justificativa, surge a proporcionalidade para demonstrar que é possível, nas condições, existentes aplicar um princípio em detrimento de outro, isto é, as condições de precedência²³.

Vige, no contexto, a atividade racional, por meio de procedimentos argumentativos da Teoria de Alexy; são critérios objetivos para a escolha do princípio a ser aplicado em maior e melhor forma. Não dá para consubstanciar atitudes discricionárias no momento da decisão, sob pena de prejudicar sua própria legitimidade.

A decisão precisa (e deve) ser racional e a fundamentação só será viável se houver base para o desenvolvimento da argumentação jurídica, por intermédio dos procedimentos argumentatórios.²⁴

O problema é a recepção acrítica desses elementos no Brasil, em tempos de neoconstitucionalismo(s), já que o paradigma, no afã de superar o positivismo jurídico, busca na Teoria da Argumentação de Alexy um modo de racionalizar o modelo de interpretação e aplicação do direito, imaginando que seja adequado aos textos constitucionais.

Dito de outro modo: a ponderação de Alexy, em sua origem, foi para dar sustentação à dinâmica do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha para legitimar a outorga da Lei de

²³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; LEITE, Robson Soares. Racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**. Minas Gerais, v.1, n.2, jul/dez. 2015. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/715/pdf_1. Acesso em 28 jun. 2024. p. 13.

²⁴ *Ibidem*. p. 13.

Bonn de 1949, representando a abertura da legalidade fechada. No Brasil, todavia, com a abertura, outras formas de compreensão foram criadas, gerando, dessa forma, um desgaste na Teoria de Alexy. Tudo transformou-se em princípio, por meio do mau uso da ponderação, e, assim, tem-se no paradigma jusfilosófico auirverde a figura do

[...] panprincipiologismo (uma bolha especulativa dos princípios). Refira-se, ainda, que o uso descriterioso da ponderação foi uma das razões do aumento da fragmentação da aplicação do direito, sendo um dos motivos do surgimento das súmulas vinculantes e da repercussão geral no Brasil. Ou seja, esses fortes institutos vinculativos foram uma espécie de "resposta darwiniana" do *establishment* ao "estado de natureza hermenêutico", representado por ativismos e decisionismos²⁵.

O resultado dessa (re)mixagem teórica é (pelo menos, em tese) simples: a mitigação da força normativa da Constituição. A depender do *modus* compreensivo-interpretativo a ser balizado pelo magistrado, a autonomia normativa do Texto Fundamental pode ser fragilizada ou até mesmo anulada pelas posturas voluntaristas no momento da decisão.

Se assim for o proceder do julgador na decisão, o Direito é (e será) aquilo que os tribunais dizem que ele é. É o chamado Realismo Jurídico. A aposta desse pesamento é, justamente, na indeterminação dos sentidos dos textos jurídicos, cabendo, portanto, ao intérprete oficial dizer o sentido do texto naquele caso²⁶. É o chamamento cabal e inequívoco da expressão do subjetivismo espraiado e da normalização da discricionariedade e do voluntarismo e do desprezo à normatividade do Texto Fundamental o que legitima a prática de infinitos abusos de poder.

Mas não, os sentidos do Texto são determinados e, ainda, são condições para a garantia da própria democracia e de seu futuro. A determinação semântica garante a autonomia do Pacto Federativo e da vontade da Constituição de *constituir-a-ção* do Estado de Direito, levando as linhas constitucionais para o concreto da sociedade.

Wille zur verfassung²⁷, que tem por objetivo efetivar a normatividade da Constituição (que é um pressuposto essencial no Constitucionalismo) procede (entre outras raízes teóricas) da consciência da necessidade de um ordenamento objetivo, normativo e inviolável que expulse

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi.; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam(org.) **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. p. 1967.

²⁶ Para tanto, DELAPIEVE, Thales. **Precisamos falar sobre realismo jurídico**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-09/precisamos-falar-sobre-realismo-juridico/#:~:text=Por%C3%A9m%2C%20h%C3%A1%20um%20certo%20grupo,positivo%20C3%A7%C3%A3o%20chamamos%20de%20realismo%20jur%C3%ADico>. Acesso em 29 jun. 2024.

²⁷ Vontade de Constituição, no alemão.

a arbitrariedade (e aqui se pode entender como compatível a discricionariedade) dos modos de interpretação.

Essa vontade de fazer valer a Força Normativa encontra óbices quando se depara com o emaranhado de decisões discricionárias que expressam o grau mais elevado de subjetivismo em julgados, ancorados em ponderações malversadas e em princípios sem normatividade de comandos deontológicos.

Toda essa construção desemboca na seguinte constatação: a discricionariedade possui um déficit democrático já que a conquista do direito transformador vindo das relações sociais será posta às raias da discricionariedade judicial e, conseqüentemente, à arbitrariedade decisionista²⁸.

São problemas que afligem a construção democrática e também a arquitetura jurídica e filosófica do Brasil. Quando se busca a tutela do Estado, o que se quer é uma resposta objetiva que reflita um ordenamento jurídico de regras e princípios bem utilizados reverberadores da máxima constitucional, e não uma solução dada por um julgador subjetivista e discricionário no ato da sentença. Por isso, tudo se encaminha para a uma crítica hermenêutica do Direito. Tudo gira em torno da procura de condicionantes filosóficas da decisão para conferi-la legitimidade e adequabilidade com sistema jurídico.

3. Em busca da teoria da decisão judicial a partir da crítica hermenêutica do Direito

Na esteira das construções hermenêuticas empreendidas que desvelam os problemas de ordem jusfilosófica, constantes na arquitetura paradigmática presente, isto é, a questão da discricionariedade, do mau uso da ponderação de Alexy e, com (e por) isso, a fecunda criação desmesurada de princípios, tudo leva à crença de condições hermenêuticas que legitimem a decisão judicial.

Em países de modernidade tardia, como o Brasil, e com o agravo da recepção acrítica de elementos sutis jusfilosóficos do neoconstitucionalismo(s) torna-se necessária a investida em uma teoria da decisão preocupada com a democracia. O produto é um *accountability* (prestação de contas) por parte das decisões judiciais para com a arquitetura democrática que reveste o ordenamento jurídico.

Isso implica discutir as condições de possibilidade do controle das decisões judiciais. Tratam-se de mecanismos (paradigmas) hermenêuticos que visam ao acondicionamento

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45.

semântico, interpretativo e compreensivo das decisões dos julgadores com o propósito de evitar arbitrariedades e cumprir a Constituição.

Dworkin e Gadamer, expoentes do conhecimento filosófico em vertentes distintas, lançam mão de respostas aos questionamentos. A teoria dworkiniana aposta na existência de uma única resposta correta para o caso concreto (isso por meio de um cipoal principiológico), logo, a decisão que se amolda a essa resposta é adequada, legítima dentro das condicionantes interpretativas e refletora da integridade e a coerência do Direito.

A resposta adequada é aquela que, ancorada em princípios (comunidade de princípios), reflete a história institucional do Direito e ao

[...] decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.²⁹

Nessa mesma perspectiva de respeito à história institucional, baseada em princípios, mesmo nos casos difíceis do Direito, não deve o juiz ser discricionário tanto que

[...] em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente [...].³⁰

Noutra quadra, o posicionamento gadameriano, pensador da hermenêutica no âmbito filosófico, aposta em construções de verdades fundadas em interpretações que não se restringem ao fazer ciência, mas que (com o apoio da linguagem) (re)criam discursos que refletem as diversas manifestações da verdade a qual constitui neste próprio constituir-se.

Dito de outro modo: a filosofia de Gadamer é (e deve ser) compreendida na interpretação, por intermédio da linguagem e do processo de compreensão. A pergunta não é qual o modelo que se adota para acondicionar a decisão, mas sim qual o modo de se entender este acondicionamento que só existe na compreensão. Dito de outro modo: para interpretar, em

²⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 283 apud PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, v. 13, n. 45, p. 102-109, 26 jun. 2009. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1080/1264> Acesso em 03 jul. 2024. p. 4.

³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Disponível em file:///C:/Users/joaop/Downloads/8.%20DWORKIN.%20Casos%20dif%C3%ADceis%20(parte1).pdf Acesso em 03 jul. 2024. p. 127.

Gadamer, é necessária a compreensão de que o sentido das coisas dá-se no plano concreto, na intersubjetividade e na expressão empírica do sujeito. Veja-se que para ele entender

[...] e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência - embora, sem dúvida, se trate também aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a tradição não se compreende apenas textos, mas também se adquirem juízos e se reconhecem verdades.³¹

Streck compreende a interpretação de Gadamer, afirmando que para o filósofo alemão interpretar é

[...] explicitar o compreendido quer dizer que a compreensão ocorre em um nível estruturante (razão hermenêutica), em que o sentido se dá de forma antecipada, em face dos nossos inelutáveis pré-juízos (autênticos ou inautênticos) acerca dos entes intramundanos. A explicitação desse compreendido é a forma de entificação minimamente necessária para que, no plano da intersubjetividade - portanto, superando o cognitivo esquema sujeito-objeto-, consigamos nos comunicar.³²

É um raciocínio complexo que se preocupa tanto com a questão de fato quanto com a questão de direito, pela incindibilidade de ser e ente, garantidos pelo círculo hermenêutico o qual proporciona a ruptura com qualquer cisão entre fato e direito. Assim, levando em consideração as verdades de Gadamer que se (re)constroem no (e a partir do) texto, a interpretação de fato e de direito se dá no caso concreto. As condicionantes da decisão dão-se no caso concreto, por meio da intersubjetividade, ancorados no círculo hermenêutico e na superação do esquema sujeito-objeto.³³

Numa palavra: Dworkin e Gadamer trazem à baila teorias das decisões. Dworkin aposta no modo da única resposta correta para o caso concreto e que, assim, reflete, também, a integridade, coerência e coesão do Direito. Gadamer, por outro lado, lança o estudo das suas construções interpretativas que se materializam no caso concreto e isso por meio do bojo filosófico e linguístico; tudo em um círculo hermenêutico, rompedor da cisão de fato e direito, palavra e coisa e, também, com qualquer lógica de subsunção ou dedução.

³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf. Acesso em 28 jun. 2025. p. 31.

³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 477.

³³ *Ibidem*. p. 479-481.

Veja-se que Gadamer não adentra especificamente no mérito da decisão em si, mas sua filosofia é necessária para a compreensão de elementos como a superação do esquema Sujeito-Objeto através de movimentos circulares hermenêuticos em que toda interpretação correta deve guardar-se de arbitrariedades e que a compreensão consiste em elaborar hipóteses que serão (e somente serão) confirmadas nas coisas mesmas, isto é, no caso concreto.³⁴

O problema é: a discricionariedade dos juízes existe. Condicionar a decisão a uma resposta correta que reflita a integridade e coerência do Direito ou à interpretação do caso concreto da *quaestio facti* e da *quaestio juris* pode ser duvidoso. É necessário um sustentáculo (um pouco mais) vigoroso para corroborar a legitimidades das decisões judiciais.

Bem é verdade que a interpretação do caso concreto dá-se na circunstância fática. Interpretar é dar sentido e esse sentido precisa estar alinhavado com a história institucional do Direito (imbricação Dworkin-Gadamer). Em síntese: a resposta correta (adequada) é aquela que gera estabilização na jurisdição, por meio do (bom) uso de princípios, assegurando a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição. Para resolver os *hard cases* devem ser utilizados um cipoal coerente de princípios que garantam o “romance em cadeia” de Dworkin.

É o apelo ao desenvolvimento da história da cultura jurídica, concatenando passado e presente para a construção jurídica de um futuro que alinhe toda essa compreensão conglobante. Tudo isso por meio da aplicação de princípios já que

[...] para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Desse modo, tem-se por superada a discricionariedade a partir do dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito.³⁵

É preciso fundamentar a decisão judicial. Esse é o ponto nevrálgico da discussão de legitimidade do ato julgador. A Constituição já diz isso, em seu art. 93, IX³⁶, e a resposta/decisão precisa seguir essa linha de raciocínio já posta pelo constituinte. A complementariedade decisão fundamentada/resposta adequada representa uma blindagem contra interpretações sem legitimidade e que atentam contra a normatividade do Texto Constitucional.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 171.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão*. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, Chile, n. 41, p. 577-601, dic. 2013. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200017&lng=es&nrm=iso. Acesso em 30 jun. 2025. p. 23.

³⁶ Para tanto, BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 30 jun. 2025.

Este é o ponto que o jurista Lenio Streck propõe, isto é, que a resposta/decisão (a Teoria da Decisão) seja constitucionalmente adequada, ou melhor, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição que reflita, antes de tudo o Texto Federativo, mas também a coerência do Direito, passando pela doutrina (que deve doutrinar) e pela jurisprudência (que deve inculcar a prudência nos julgadores da decisão). Não se discute, em primeiro plano, a elaboração sistêmica de respostas definitivas, até porque,

[...] a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitórias pressupõe o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade. Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdades apodíticas) sequer teria condições de ser garantida.³⁷

A pretensão da resposta definitiva gera o risco (por não tratar a temporalidade como pressuposto essencial) da resposta incorreta. Mas,

[...] veja-se, o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão da pré-compreensão que temos acerca do direito, enfim, dos fenômenos sociais, por si só já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição.³⁸

A Teoria da Decisão busca refletir a resposta adequada à Constituição, garantindo o respeito a autonomia, em maior grau, do Direito (respeito a sua produção democrática) e também evitando as pretensões discricionárias para que se chegue a uma coerência e integridade da arquitetura jurídica a partir da fundamentação da decisão, alçada ao patamar de dever constitucional e direito do cidadão.

Retoma-se: no campo jurídico, alguns são os autores que sustentam sobre a necessidade da(s) resposta(s) correta(s)/adequada(s). O paralelo traçado entre Dworkin e Gadamer demonstra isso. Para o primeiro, só há uma única resposta correta que se adéque ao caso e que garanta a continuidade do “romance em cadeia” e da coerência e integridade do Direito. Para o segundo, embora não tenha entrado na especificidade do assunto, a resposta dá-se na interpretação (portanto no sentido) do caso concreto, por meio da linguagem, da hermenêutica, da filosofia e da superação do esquema S-O para evitar arbitrariedades.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 170.

³⁸ *Ibidem*. p. 171.

Em Lenio Streck tem-se a simbiose dessas teorias com o acréscimo de que “a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata “da resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma³⁹”.

As condicionantes hermenêuticas da decisão judicial (Teoria da Decisão), portanto, são aquelas que respeitem a história institucional do Direito (reverberando sua integridade e coerência), interpretem – ou seja, deem sentido - (a) o caso concreto por ele mesmo (superando as amarras discricionárias e arbitrárias do esquema S-O) e que estejam alinhavadas com o que pensa (e determina) a Constituição, a doutrina e a jurisprudência. Essa é a construção da Teoria da Decisão em Lenio Streck.

Decidir não é escolher. Escolher é uma questão de ordem prática. Decidir, por outro lado, está situada no plano da responsabilidade política do julgador entendida como o dever de sentenciar, respeitando a autonomia do Direito e sua adequabilidade com o Pacto Social. Teoria da Decisão é uma forma de controlar a jurisdição. É proteger o direito dos “predadores endógenos (subjetivismo, decisionismo, ativismo, pamprincipiologismo, entre outros) e exógenos (argumentos morais, de política e de economia)⁴⁰”.

É o apelo à consubstancialização de uma decisão judicial que respeite a integridade e coerência do direito -por meio de um conjunto coerente de princípios –, intérprete cada caso concreto livre das amarras filosóficas do sujeito assujeitador -paradigmas filosóficos- e que esteja alinhavada o que o pensa (e determina) a Constituição, reverberando a essência democrática no Estado (democrático) de Direito. Por isso, deve-se combater os ativismos, pragmatismos, discricionariedades e decisionismos, até porque, o dever de fundamentar.⁴¹

Toda essa construção nasce no bojo da teoria streckiana da Crítica Hermenêutica do Direito a qual se estabelece entre paradigmas filosóficos de objetivismo e subjetivismo, acentuando o objetivo da crítica, isto é, estabelecer condições para uma teoria da decisão como modo de evitar problemas jusfilosóficos (ativismos, discricionariedades, etc). A decisão precisa ser coerente. O Direito precisa ser coerente.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 171

⁴⁰ BERNST, Luísa Giuliani; QUARELLI, Vinícius. **Teoria da Decisão e o porquê de decidir não ser escolher**. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-02/diario-classe-teorias-decisao-porque-decidir-nao-escolher/#_ftn10 Acesso em 02 jul. 2025.

⁴¹ *Ibidem*.

A CHD (Crítica Hermenêutica do Direito), proposta por Streck há mais de 20 anos nasce da fusão de horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana, sendo que, desse conglôbar teórico e filosófico

[...] exsurge a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como *adequada à Constituição*. Tem-se uma matriz teórica com fundamentos filosóficos, bem como de teoria do Direito e que sob o aspecto metodológico, desenvolve o "método" hermenêutico, isto é, realiza o revolvimento do chão linguístico em que está assentada uma dada tradição para reconstruir a história institucional do fenômeno.⁴²

É uma teoria (a CHD) que se forja a partir de circunstâncias filosóficas, sendo, a primeira, a construção do giro-ontológico-linguístico, isto é, a ruptura paradigmática na filosofia e a superação da filosofia da consciência, livrando-se das amarras do “sujeito que assujeita” e que, solipsisticamente, interpreta o mundo. O avanço nessa seara é dado pela linguagem e intersubjetividade que passaram a representar a centralidade na fundação do conhecimento.

E mais: tudo isso por intermédio de elementos estruturais trazidos por Heidegger (*filosofia hermenêutica*), Gadamer (*hermenêutica filosófica*) e Wittgenstein (*jogos de linguagem*). Para o primeiro, o sentido, filosoficamente, das coisas é dado pela compreensão. Já para o segundo o sentido (a compreensão) é compreendido(a) por meio da linguagem. Para o terceiro, a linguagem desenvolve-se em paralelos e, assim, surge a intersubjetividade linguística no âmbito da filosofia analítica.

Por último, Dworkin com sua teoria do romance em cadeia, juiz Hércules (superação do paradigma representacional, ou melhor, superação do sujeito solipsista da modernidade) e defensor da coerência e integridade do Direito. É neste ponto que a CHD “incorpora a ideia de uma teoria da decisão que necessariamente respeite a coerência e integridade do Direito, bem como expande seus horizontes para construir uma proposta teórica capaz de lidar com a complexidade de países de modernidade tardia como o Brasil⁴³”.

Esta é a questão: a junção de arquiteturas teóricas que legitimem a busca pela resposta que respeite a história institucional do Direito, interprete o caso concreto livre de solipsismos e

⁴² BARBOSA, Ana Júlia Silva; QUARELLI, Vinícius. O que é isto – a crítica hermenêutica do Direito? **Consultor Jurídico**, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito/> Acesso em 02 jul. 2024.

⁴³ *Ibidem*.

que busque a adequabilidade com o que diz a Constituição, até mesmo porque interpretar o Direito sob a égide de um Estado Democrático é incompatível.⁴⁴

A proposta da CHD é resguardar a Constituição e a autonomia do Direito dos predadores endógenos e exógenos. Busca-se pela obrigatoriedade de que as decisões sejam sedimentadas, coerentes, coesas e fundamentadas nos compromissos que velam a sociedade. É o apelo à responsabilização do juiz e do constante engajamento na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Por isso, a decisão judicial precisa ter limites. A decisão não é um ato individual, mas sim fruto do debate público. A Teoria da Decisão (a partir de Streck e da Crítica Hermenêutica) procura enquadrar o ato do juiz dentro de limitações filosóficas, semânticas e interpretativas para que consubstancializem a resposta adequada à Constituição, à História Institucional e à maneira intersubjetiva de interpretar o caso concreto, livre das amarras discricionárias. Eis a sua necessidade, ou seja,

[...] controlar o solipsismo na aplicação. Observe-se: a pretexto de superar o problema da discricionariedade / arbitrariedade (subjetivista-axiologista) do juiz, não se pode “desonerá-lo” da “tarefa” de elaboração de discursos de fundamentação (que, v.g., na teoria do discurso de Habermas e Gunther, dão-se sempre *prima facie*). Dizer que as decisões judiciais devem ser controladas (fundamentação da fundamentação, como venho afirmando) não implica uma volta ao exegetismo ou “proibição de interpretar). Interpretar é aplicar. É atribuir sentido. O que quero dizer é que tal circunstância não eleva o intérprete a “senhor dos sentidos” ou a “proprietário dos meios de produção das significações⁴⁵”.

E mais: quando as decisões não materializam essa prática de legitimidade e coerência, abre margem ao que se chama (nomenclatura dada por Streck) de constrangimento epistêmico ou epistemológico, a saber,

[...] mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno. Isto porque o problema central desse sujeito “assujeitador” = alude Mattéi- reside na indiferença radical por ele manifestada em relação a qualquer forma de exterioridade, quer seja divina, mundana, quer seja social. [...]. Quando alguém diz que decide como quer, ou que decide conforme a sua consciência, está dizendo que o lhe é exterior não o constrange a ponto de alterar a sua opinião. Somente o constrangimento epistêmico pode derrotar a subjetividade particularista [...].⁴⁶

⁴⁴ BARBOSA, Ana Júlia Silva; QUARELLI, Vinícius. O que é isto – a crítica hermenêutica do Direito? **Consultor Jurídico**, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito/> Acesso em 02 jul. 2024.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. p. 432.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no Direito**. São Paulo: Dialética, 2023. p. 208.

Numa palavra: constranger epistemologicamente significa colocar em xeque decisões que se mostraram equivocadas na fundamentação (ou até mesmo na ausência dela). É o aceno à doutrina para que (volte a) doutrine(ar); à jurisprudência para que (volte a) vele(ar) pelos precedentes judiciais e construção de um conhecimento jurídico coerente e íntegro. Contentar-se com as arbitrariedades da decisão é normalizar o Realismo Jurídico. O direito (não) é aquilo que os tribunais dizem que é.

Mas não, o que se propõe “é que a doutrina não seja leniente com negacionistas epistêmicos e com decisões voluntaristas-substantivas. No limite, ninguém tem o direito de dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa: seja essa pessoa juiz, ministro, procurador etc.⁴⁷”. O objetivo é: construir, democrática e legitimamente, o Direito a partir do cumprimento do ordenamento jurídico e da Constituição, dotada de Força Normativa e vontade de constituir-ação do Estado de Direito. É o que se busca.

Decisões judiciais discricionárias devem ser limitadas, ou melhor, estrangidas pela Teoria da Decisão e as condicionantes hermenêuticas de interpretação e legitimação do ato da sentença. Para tanto, surge a necessidade da Teoria (da decisão) para limitar e isso acontece, mediante o respeito a história jurídica, a interpretação do caso concreto em (e por) si mesmo além do constante velar pela normatividade da Constituição e tudo isso para resultar na resposta constitucionalmente adequada.

Conclusão

Em se tratando de paradigmas jusfilosóficos atinentes à seara hermenêutica constitucional, cuidados devem ser tomados para se evitar incongruências. É verdade que o neoconstitucionalismo(s) auxiliou (e muito) a arquitetura jurídica a alçar o patamar das Constituições Normativas, datadas de força e de vontade de *constituir-ação* do Estado Democrático de Direito.

Mas, também é verdade que, dada a recepção acríica de alguns elementos de (pré)compreensão como a ponderação de princípios de Alexy que, no Brasil, abriu uma fenda para outras formas de argumentação e, assim, acaba por gerar uma criação desmesurada de princípios para fundamentar decisões discricionárias, arbitrárias e pré-decididas. Decidir

⁴⁷ BARBOSA, Ana Júlia Silva; QUARELLI, Vinícius. O que é isto – a crítica hermenêutica do Direito? **Consultor Jurídico**, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito/>. Acesso em 02 jul. 2024.

conforme a consciência é o que marca o pensamento voluntarista e desrespeitoso quanto à força normativa da constituição.

Para tanto, condicionantes da interpretação são necessárias para fins de legitimidade da decisão judicial e a sua adequabilidade com a Constituição e com a Democracia. Essas condições geram a busca pela resposta para o caso concreto a qual, em Dworkin, só existe uma única resposta correta e que espelha a integridade e coerência do Direito. Já para Gadamer a resposta é sentida no caso concreto a partir da interpretação, linguagem, filosofia e superação de esquemas de arbitrariedade.

Estão certos os autores, mas a completude é dada por Streck, isto é, a adequabilidade com o Texto Constitucional. As condicionantes hermenêuticas procuram engendrar uma Teoria que vele pela história institucional do Direito (o romance em cadeia) e, também, aprecie a (boa) interpretação do caso concreto à luz de elementos filosóficos de compreensão.

O *plus* de compreensão hermenêutica é dado pela adequabilidade da resposta com o que diz (e determina) a Constituição e o respeito às disposições da doutrina e da jurisprudência. A decisão deve espelhar a busca pela resposta constitucionalmente adequada. Eis a Teoria da Decisão.

Bibliografia

ALEXY, Robert . **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARBOSA, Ana Júlia Silva; QUARELLI, Vinícius. **O que é isto – a crítica hermenêutica do Direito?**. Consultor Jurídico, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito/>. Acesso em 02. jul. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 240, p. 2–15, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 26. jun. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BERNSTS, Luísa Giuliani; QUARELLI, Vinícius. **Teoria da Decisão e o porquê de decidir não ser escolher**. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-02/diario-classe-teorias-decisao-porque-decidir-nao-escolher/#_ftn10 Acesso em 02. jul. 2025.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 30 jun 2025.

CIENA, Fabiana Polican; PEDROZO, Luiz Henrique Batista de Oliveira; TIROLI, Luiz Gustavo. O fenômeno do panprincipiologismo no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão sobre ativismo judicial e judicialização da política. **Brazilian Journal of Development**, v. v. 6, n. 3, p. 9840-9854, mar. 2020. ISSN 2525-8761. Acesso 27 jun 2025.

DELAPIEVE, Thales. **Precisamos falar sobre realismo jurídico**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-09/precisamos-falar-sobre-realismo-juridico/#:~:text=Por%C3%A9m%2C%20h%C3%A1%20um%20certo%20grupo,positivo%20chamamos%20de%20realismo%20jur%C3%ADico>. Acesso em 29 jun 2025.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127. Disponível em [file:///C:/Users/joaop/Downloads/8.%20DWORKIN.%20Casos%20dif%C3%ADceis%20\(parte1\).pdf](file:///C:/Users/joaop/Downloads/8.%20DWORKIN.%20Casos%20dif%C3%ADceis%20(parte1).pdf). Acesso em 03 jul 2025.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In FERRAJOLI, Luigi.; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam(org.) **Garantismo, Hermenêutica e (Neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2442370/mod_resource/content/1/VerdadeEM%C3%A9todo.pdf. Acesso em 28 jun 2025.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p.. 12. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6273842/mod_resource/content/0/A%20For%C3%A7a%20Normativa%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20by%20Konrad%20Hesse%20%28z-lib.org%29.pdf. Acesso em 26. jun. 2025.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição**. Tradução: Walter Stonner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1993. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4134878/mod_resource/content/1/Ferdinand%20Lassalle-1.pdf. Acesso 26. jun. 2025.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, v. 13, n. 45, p. 102-109, 26 jun. 2009. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1080/1264> Acesso em 03 jul 2025.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo e ativismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. 2017. 127f. Tese (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie-Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, 2017.

SILVA, Pablo Saldivar da. A teoria da ponderação e o enfraquecimento da autonomia do Direito: Considerações sobre a crítica formulada por Lenio Luiz Streck ao pensamento de Robert Alexy e a recepção desta teoria no ordenamento jurídico nacional. **Jus.com.br**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/27264/a-teoria-da-ponderacao-e-o-enfraquecimento-da-autonomia-do-direito#_ftn24. Acesso 26.jun.2025.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; LEITE, Robson Soares. Racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**. Minas Gerais, v.1, n.2, jul/dez. 2015. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/715/pdf_1. Acesso em 28 jun. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo: Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, [S. l.], v. 3, n. 4, p. 9–27, 2020. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/27>. Acesso em 6. jul. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Decisão Jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, Chile, n. 41, p. 577-601, dic. 2013. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000200017&lng=es&nrm=iso. Acesso em 30 jun 2025.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é fazer a coisa certa no Direito**. São Paulo: Dialética, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.