Entre Dworkin e Hart: Caminhos da discricionariedade judicial

Leandro Augusto Oliveira dos Santos (PROVIC/UEPG), Murilo Duarte Costa Corrêa (Orientador), e-mail: correa@uepg.br.
Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG/Departamento de Direito do Estado.

Direito, Teoria Geral do Direito.
Palavras-Chave: *Discricionariedade judicial, positivismo, decisionismo, realismo jurídico.*

Resumo

A pesquisa analisa como ocorre a valoração da norma pelos juízes, na relação entre produção e aplicação legal. Em particular, investiga-se se os juízes estão vinculados à lei ou se têm discricionariedade em sua aplicação. Essa questão é essencial para compreender os embates atuais entre o Legislativo e o Judiciário, visto que o positivismo não nega a criação normativa a partir do julgador. Seria, então, essa visão equivocada do formalismo que permite a ideologia e a política atuar nas decisões judiciais.

Introdução

Assiste-se no Brasil um embate entre o Legislativo e o Judiciário na produção e aplicação do direito, marcado por interesses políticos, moralidade social e pela atuação midiática dos juízes e legisladores. Nesse contexto, a população leiga enfrenta insegurança jurídica diante de decisões que ora parecem extrapolar a lei, ora refletem escolhas políticas. O trabalho busca investigar as causas dessa incerteza no ordenamento, analisando como se constrói a norma jurídica e até que ponto os juízes estão vinculados ao texto legal ou dispõem de margem para criar normas em sua aplicação.

Materiais e Métodos

Este texto usou da técnica documental indireta, valendo-se de livros e artigos, sobretudo os textos de H. L. A. Hart e Ronald Dworkin. Ainda, utilizou-se do método dedutivo, indo do estudo geral sobre o positivismo e como ele compreende a discricionariedade, até às suas críticas, acerca da inexistência de uma criatividade ou da ausência completa de respeito à lei.

Resultados e Discussão

Na visão do positivismo clássico, inexistindo uma regra aplicável, o direito não se aplicaria, competindo ao Juiz criar uma norma ao caso, segundo sua livre apreciação. Trata-se do chamado poder discricionário, no qual o juiz faria papel de legislador (Dworkin, 2002).

Assim, Hart (2009) assume a existência de casos não regulamentados pelo direito, ante a inconsistência da linguagem, tendo ela uma textura aberta.

Por outro lado, a partir da noção de que o juiz estaria vinculado a princípios - uma moral social positivada ou constitucionalizada -, Dworkin (2002) sustenta que, mesmo em casos difíceis, haveria uma única resposta correta, encontrada pela análise coerente de regras e princípios, em busca de um direito como integridade.

No entanto, Kelsen (2009) expõe que a aplicação da norma ocorre a partir de um ato de vontade, podendo o juiz se valer de elementos extrajurídicos e ir além da moldura posta. Isso ocorre, na visão de Eros Grau (2008), porque a interpretação é um ato do ser, ocorrendo a partir de uma prudência do próprio julgador. Cabe-lhe, com base em suas vivências e na experiência comum, julgar o que é bom ou ruim ao homem e, a partir disso, alcançar a resposta mais adequada ao caso.

Assim, a ideia dworkiniana de uma moralidade interna ao sistema busca trazer uma integridade ao direito, havendo uma única resposta correta que respeite o "empreendimento". Todavia, isso não se verifica pois a perspectiva de cada juiz influência no deslinde da causa.

Tais questões levam a pensar que uma melhor explicação do sistema jurídico ocorra pelo realismo jurídico, segundo o qual "os juízes decidem de acordo com suas preferências pessoais e, em seguida, constroem sua argumentação jurídica para justificar o resultado por eles desejado (Nojiri, 2017, p. 6)".

É somente a partir de uma visão sobre como os juízes efetivamente decidem que se pode analisar o embate entre o legislativo e judiciário, desnudando a influência de questões políticas e ideológicas num julgamento.

Conclusão ou Conclusões

Conclui-se, portanto, que tanto o positivismo quanto o pós-positivismo, embora apresentem fundamentos distintos, não conseguem eliminar a discricionariedade judicial, pois em ambos se reconhece que o juiz se vale de sua experiência, valores e visões de mundo para decidir. Assim, a aplicação jurídica não se resume a um processo mecânico de subsunção, mas envolve como elementos a vontade e a personalidade do juiz, de modo que a atividade jurisdicional ultrapassa os limites de neutralidade e previsibilidade defendidos teoricamente.

Agradecimentos

Agradeço à UEPG e ao meu orientador, pelos aprendizados.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.
GRAU, E, R. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Malheiros. 2008.
HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
NOJIRI, S. Decisão judicial. *In*: CAMPILONGO, C.F; GONZAGA, A. A; FREIRE, A.L (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/57/edicao-1/decisao-judicial. Acesso em: 08 set.. 2025.