

## Teorias da Decisão e o porquê de decidir não ser escolher

*Decidir não é o mesmo que escolher [1]. A partir dessa máxima de Streck, o texto que segue busca explicar qual é o lugar da Teoria da Decisão no contexto jurídico e qual é a sua importância. Valendo-nos de outra reflexão do autor [2], deve-se compreender que há uma diferença entre escolher, que está no plano da razão prática, e decisão, que está no plano da responsabilidade política e da intersubjetividade. Ademais, que também existe uma necessidade de separar a pessoa do juiz no seu cotidiano do juiz autoridade, que possui responsabilidade política. O que é essa responsabilidade política, como juízes deve(ria)m decidir, a questão da autonomia do direito e quais são os limites da jurisdição são questões que perpassam o tema desta coluna. Apesar disso e tendo em vista a*



*tópicos, algumas considerações propedêuticas precisam ser assentadas.*

Introdutoriamente, cumpre salientar que aquilo que se denomina "Teoria de

Decisão" não enseja tão somente reflexões acerca de como os juízes devem decidir. Em vez disso, abrange a preocupação da própria Teoria do Direito acerca de como se justificam as decisões judiciais e o que isso implica na prática. Nessa senda, autores como Lenio Streck [3], Ronald Dworkin [4] e Robert Alexy [5] possuem propostas que singularizam seus escritos e isto não pode ser desconsiderado. A tese da resposta adequada à Constituição (RAC) de Streck [6], as propostas do Romance em Cadeia e do Juiz Hércules de Dworkin e a teoria da ponderação de Alexy exsurgem enquanto concepções diferentes que de alguma forma compartilham uma mesma preocupação: *como são decididas as questões jurídicas? (dimensão aplicativa que envolve precipuamente uma teoria das fontes e da decisão judicial) [7].*

Nos apoiando em Kaufmann [8], vale reforçar 1) que *há uma variedade enorme de teorias e princípios que se apresentam como teorias da decisão, ou que podem se consideradas como tal*, 2) que *essas teorias e princípios não se baseiam em nenhum conceito unitário de decisão* e 3) que, em tese, poderíamos categorizar as Teorias da Decisão como normativas, descritivas e interpretativas-intermediárias [9].

De forma conceitual, enfim, Teoria da Decisão é um modo de controlar o exercício da jurisdição. Nesse sentido, constituem *o esforço de representar o âmbito discursivo no interior do qual se busca encontrar anteparos para o exercício da atividade jurisdicional [10].*

Já no que concerne à importância das teorias da decisão, torna-se relevante esclarecer que *o Constitucionalismo Contemporâneo aposta na autonomia do Direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo das arbitrariedades políticas* [11]. No contexto da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), isto quer dizer que moral e economia, por exemplo, não devem interferir no direito e, por consequência, são intoleráveis nos processos de justificação. Em face disso é que uma Teoria da Decisão se torna importante: proteger o Direito dos seus predadores endógenos (subjetivismo, decisionismo, ativismo [12], panprincipiologismo, entre outros) e exógenos (argumentos morais, de política e de economia).

Também desenvolvendo essa questão, Georges Abboud acrescenta que a autonomia do direito é um pressuposto do Estado de Direito e que autonomia não significa isolamento [13]. Segundo o autor, o direito naturalmente é chamado a responder a todo o tempo as mais variadas questões políticas e econômicas. *Todavia, a decisão judicial deverá ser pautada em critérios jurídicos para fornecer uma solução democrática para a economia ou para a política, por exemplo* [14]. Em suas palavras:

*"Negar a autonomia do direito é equivalente a abrir o sistema jurídico para todo tipo de ativismo e discricionariedade. Isso porque, quando permitimos que o juiz se socorra da discricionariedade, a partir de postura ativista, para julgar uma lide, em verdade, estamos conferindo-lhe a possibilidade de utilização de critérios não jurídicos para solucionar o processo"* [15].

Em outros termos e nos dizeres de Streck: *se a moral corrige o Direito, quem corrige a moral?*

Refletir sobre essa questão está diretamente relacionado ao tema desta coluna, afinal é a partir da interpretação do direito que se desvela quem corrige a moral. Mas, para além disso, clareia as possíveis concepções acerca das relações entre direito e moral que sustentam teorias do direito, diferenciando autores positivistas e não positivistas, por exemplo. Dessa forma, falar sobre Teoria da Decisão é perguntar-se sobre o conceito de direito em que sustentamos nossa compreensão acerca do fenômeno jurídico. No nosso caso ele é um conceito interpretativo, onde direito e moral estão intimamente relacionados, mas com a ressalva de que os argumentos políticos não são trunfos que garantem a democracia [16].

Essa é uma leitura que se faz a partir de Ronald Dworkin, para quem o Direito como Integridade fundamenta-se na necessidade de o Estado decidir segundo um conjunto único e coerente de princípios, ainda que seus cidadãos estejam divididos quanto à natureza exata dos princípios de equidade e justiça [17]. Para o autor, somente assim irá se ter um argumento geral e não estratégico acerca dessas controvérsias morais que, muitas vezes, diante da judicialização da política, exsurtem no judiciário. Essa concepção também é endossada pela resposta adequada à Constituição, de Lenio Streck, que tem como topos interpretativo as normas constitucionais.

Percebe-se que a partir da interpretação é que se compreende o direito. E, bem por isso, devemos combater pragmatismos e ativismos judiciais nas fundamentações, porque são entraves à consolidação do Estado de Direito e, por conseguinte, da democracia. O dever de fundamentar as decisões é previsto no artigo 93, IX, da CF/88, tem sua melhor leitura a partir da coerência e da integridade, conforme um conceito interpretativo de direito, e contradiz a concepção de livre convencimento, tendo em vista a necessidade de justificar, não estando relacionada com a boa ou má-vontade do julgador, como muito bem escreveu o professor Lenio ainda em 2016 [\[18\]](#).

Acerca do tema vale mencionar recente publicação de Lenio Streck e Luã Jung em que os autores apontam para o grande déficit epistêmico na doutrina jurídica nacional e internacional acerca do conceito de livre convencimento, e que, ainda que se faça uma análise das exceções, o que é a proposta do texto em referência, constata-se contradições teóricas insolúveis, por mais pretensamente sofisticadas que as teorias sejam. Isso porque deixam de lado a intersubjetividade linguística e sua ínsita normatividade, temas dificilmente desconsideráveis por uma concepção epistemológica contemporânea [\[19\]](#).

Esse lapso de teorizações é paradoxalmente reforçado pela prática jurídica e fica evidente quando analisado a partir da fundamentação empregada nas decisões judiciais. Eis a importância de uma Teoria da Decisão, elucidar o papel da fundamentação e, de acordo com o paradigma hermenêutico-linguístico, no sentido de assegurar um "jogo limpo" conforme os vetores principiológicos da coerência e a integridade pelos quais todo o sistema jurídico produzido democraticamente sob a égide da Constituição deve ser lido.

Finalizando da mesma forma que começamos, cumpre trazer outro apontamento e concluir que *refletir sobre a necessidade de uma teoria da decisão é, antes de tudo, uma preocupação com o próprio Estado Democrático de Direito* [\[20\]](#). Ao fim e ao cabo, uma necessidade que prova seu valor pelo fato de que a democracia se encontra indeclinavelmente imbricada à distribuição do poder e da autoridade. Veja-se: o "como decidir" (Teoria da Decisão) é compreender os limites e os contornos da democracia enquanto tal e onde faltam limites, o poder se expande...

[\[1\]](#) STRECK, Lenio. **Diálogos com Lenio Streck**: Hermenêutica, jurisdição e decisão. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 233.

[\[2\]](#) STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito: Hermenêutica**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 47.

[\[3\]](#) Conferir o verbete *Resposta adequada à constituição (resposta correta)*. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 385-406.

[4] Cf: DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

[5] Cf: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

[6] Sobre a diferença entre Streck e Dworkin, recomenda-se o texto *As semelhanças e as diferenças entre a RAC da CHD e a tese de Dworkin* In: STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito** : Hermenêutica. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 53-56.

[7] ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito**: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 377 e seg.

[8] KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do Direito e à Teoria do Direito contemporâneas** . 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 530.

[9] Segundo Kaufmann, "Por teorias normativas da decisão devem entender-se, no domínio jurídico, as teorias que prescrevem ao juiz como e segundo que regras ele decide de modo certo ou justo (...) Em contrapartida, esforços teóricos realmente descritivos da decisão são bastante raros no domínio jurídico e apenas conhecidos no âmbito da sociologia jurídica ou da investigação empírica dos factos jurídicos (...) Podemos ainda indicar as teorias interpretativas, como uma espécie de categoria intermediária entre as normativas e as descritivas. Aquelas têm carácter normativo porque pressupõe, um padrão de processamento da decisão justa ou indicam um padrão, segundo o qual possa ser realmente avaliado o processo de decisão. São, em contrapartida, descritivas as que analisam a prática efectiva da decisão". In: Idem.

[10] ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito**: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 609

[11] STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 32.

[12] Sobre este tópico em específico, recomenda-se a obra TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

[13] ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1590.

[14] Idem.

[15] Idem. p. 1592.

[16] Ver BERNSTES, Luísa; CRESTANI, Maicon. Trunfos políticos não garantem democracia. In: **CONJUR**, 01 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-01/diario-classe-trunfos-politicos-nao-garantem-democracia>.

[17] MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

[18] Cf: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>

[19] STRECK, Lenio Luiz; JUNG, Luã Nogueira. Livre convencimento judicial e verdade: Crítica Hermenêutica às teorias de Ferrajoli, Taruffo e Guzmá. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 27, nº 1, JAN-ABR/2022. Disponível em <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18696>>.

[20] STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, nº 44, p. 83-101, jan./jun. 2014.

#### **Date Created**

02/07/2022