

# A DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ E O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE PROPOSTO POR RONALD DWORKIN

**Lorena Campos Vieira**

Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela  
Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC), Teófilo Otoni, MG, Brasil  
lorenacvieira@yahoo.com.br

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar o instituto da discricionariedade do juiz e o princípio da integridade proposto por Ronald Dworkin, tema fascinante e polêmico, o qual urge por aceitação e entendimento, tendo em vista que se trata de uma necessidade, se fundamenta no estado democrático de direito e na eficaz implementação dos direitos fundamentais, não podendo mais ser relegada nos dias atuais. O enfoque é discutir o poder da discricionariedade do magistrado em casos difíceis, a possibilidade da aplicação da conveniência e da oportunidade sem ferir o ordenamento jurídico e, ainda, apresentar pontos de vistas do renomado filósofo Ronald Dworkin a respeito do assunto.

**Palavras-chave:** Discricionariedade. Conveniência. Oportunidade. Limites.

## THE DISCRETIONARY JUDGE AND THE PRINCIPLE OF INTEGRITY PROPOSED BY RONALD DWORKIN

### ABSTRACT

This study aims to address the discretion of the Institute of the judge and the principle of integrity proposed by Ronald Dworkin, fascinating and controversial issue, which is pressing for acceptance and understanding, given that it is a necessity, is based in the state democratic rights and effective implementation of fundamental rights can no longer be relegated today. The focus is to discuss the power of the magistrate's discretion in difficult cases, the possibility of applying the convenience and opportunity without hurting the legal system and also present viewpoints of renowned philosopher Ronald Dworkin the matter.

**Keywords:** Discretion. Convenience. Opportunity. Limits.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema o polêmico instituto da discricionariedade judicial, a qual urge por aceitação e entendimento, tendo em vista que se trata de uma necessidade que se fundamenta no estado democrático

de direito e na eficaz complementação dos direitos fundamentais, não podendo mais ser relegada nos dias atuais.

Muitos têm a figura do juiz como um Deus, soberano, estigma este que pode ser explicado pela autoridade de que foi investido, causando certa impressão de homem superior, a que todos estão submetidos.

A verdade é que o juiz é um agente do poder público subordinado às restrições que lhe são impostas pela organização estatal que tomou para si a função de julgar os conflitos sociais e delegou ao magistrado a obrigação de decidir tais conflitos dentro das normas legais vigentes.

Daí falar em criatividade ou discricionariedade judicial, advindas e fundamentadas no princípio da legalidade, como faculdades inerentes à atividade judicial, imprescindíveis à resolução dos casos que não se encontram postos na lei, pela impossibilidade de previsão normativa pelo legislador ou que são postos de formas destoantes com a justiça do caso em apreciação.

Esse fenômeno se dá, também, em virtude da reiterada adoção das cláusulas gerais e dos “conceitos jurídicos indeterminados”, conceitos vagos ou imprecisos, vale dizer, fórmulas cuja exata definição do sentido exige a consideração das circunstâncias concretas e da interpretação valorativa do magistrado para serem implementadas.

Ademais, é cediço que a lentidão da justiça, a morosidade dos processos clamam por um novo juiz. Um juiz que trate não somente dos “novos direitos”, mas que também tenha habilidade para entender e para cumprir as suas funções, sem deixar de lado a sua responsabilidade ética e social, pois as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a implementação dos direitos de anos atrás.

Diante do quanto exposto, depreende-se, de logo, que com uma pequena sensibilidade para identificar o clamor social, poder-se-á sentir que o Judiciário não atravessa imune as surpresas que envolvem toda a atuação estatal. Se o próprio conceito de estado, suas formas e regimes exigem reformulação, todos os seus órgãos e entidades integrantes padecem das mesmas enfermidades lógicas.

Diante desse contexto, o constituinte de 1988 entregou ao judiciário a missão de pacificar a sociedade, sem lhe retirar a tarefa clássica de solução dos conflitos individuais. Mais do que isso, veio a dar ao juiz brasileiro um novo papel.

Nesse sentido, na atual conjectura do ordenamento jurídico, o importante tema em questão vem esclarecer e tratar da problemática da difícil tarefa do julgar associada ao seu caráter discricionário, função esta que, em determinado caso concreto, concede-se ao agente público escolher, segundo critérios de conveniência e oportunidade, um entre mais comportamentos, todos igualmente incertos nos limites da legalidade e com o mesmo grau ótimo de atendimento à finalidade da lei, face à emergência de novas competências e da ampliação dos poderes outorgados ao juiz nos dias de hoje, os quais são exigidos pela complexidade da vida moderna.

Para tanto, com esse estudo pretende-se esclarecer a discricionariedade judicial traçando seu conceito, suas principais características, averiguando-se, por conseguinte, a existência ou inexistência do controle existente no ordenamento jurídico, de “discricionariedade” concedida ao juiz a fim de que as lides tomem seu rumo ao ideal de efetividade e justiça. Ainda como escopo do estudo será abordado o princípio da integridade proposto por Ronald Dworkin, que sem sombra de dúvidas foi um dos protagonistas que discorreram sobre a aplicação das leis em casos difíceis, criticando duramente aqueles que defendiam a criação de um novo direito, o que para ele é simplesmente inadmissível.

Há muito se discute acerca do conceito de direito e das formas de solução de casos em que não se encontra guarida na norma positivada. Os posicionamentos doutrinários se divergem, e cabe a cada operador analisar e retirar o conceito que melhor lhe ocorre dos julgamentos de casos onde não se encontra regra, ou ainda, quando mais de uma regra os disciplina.

Quando não há no caso concreto, regra que se aplica a tal no ordenamento jurídico, ou ainda quando há mais de uma regra solucionadora de tal caso, ou então, quando a solução do caso causa extrema estranheza aos costumes e a coletividade, o magistrado então irá se deparar com um caso difícil, diferente dos casos fáceis, em que simplesmente com a regra o magistrado soluciona a lide, em tese pragmática e analiticamente. É neste momento em que estamos diante da tão discutida e complicada discricionariedade, momento este em que o juiz, consciente de sua função, deve apreciar vários critérios, dentre eles a circunstância do caso concreto, a moral, a opinião de instituições que estão ou devem estar coerentes com o grupo social e a constituição.

Desta forma, segundo o positivismo jurídico, diante dos casos difíceis, os juízes possuem poder discricionário para decidir. Casos difíceis são aqueles que não podem ser decididos apenas com base em regras, ou porque essas não são claras, ou porque não foram escritas. Em virtude do já exposto os casos difíceis, assim denominados por Ronald Dworkin, são sinônimo de lacuna da lei, utilizados principalmente pelos positivistas.

A partir desta teoria, quando o juiz decide um caso difícil, ele legisla novos direitos jurídicos, e os aplica retroativamente. Por isso, segundo Dworkin, uma teoria sobre a validade das leis é sempre interpretativa, e é o modo como se deve interpretá-las que deve ser justificado.

## 2 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E SEU CAMPO CONCEITUAL

De logo, é preciso salientar que a palavra discricionariedade tem a sua raiz no verbo latino *discernere*, o que significa separar, distinguir ou avaliar.

O passar dos tempos e o desenvolvimento da ciência jurídica, conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo do que se supunha até então, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais.

Para alguns a escolha constitui discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade, mas, sim, valoração e balanceamento. Significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa ainda que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e, sobretudo, aqueles da história, da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.

Elucida, com maestria, Luís Roberto Barroso (2003, p. 334) que a nova interpretação constitucional envolve escolhas pelo juiz, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos jurídicos indeterminados.

É preciso registrar que não pode mais o juiz ocultar-se tão facilmente por detrás da frágil defesa da concepção do direito como um conjunto de normas preestabelecidas, claras e objetivas, nas quais pode basear a sua decisão de forma neutra.

Logo, diante da crescente complexidade social e da velocidade da sua transformação, o legislador vai sempre conceder um grau de discricionariedade às concretizações da realidade, para garantir uma decisão correta no caso concreto.

Não há como negar, também, que há situações submetidas ao pleito do Judiciário para as quais existem alternativas de decisões válidas e legítimas, de maneira que o julgador, baseado nas peculiaridades do caso concreto, bem como nas suas convicções político-sociais, poderá optar livremente pela hipótese que lhe parece ser a mais coerente, vale dizer, que melhor lhe convencer, considerando que a sua escolha será feita sempre de forma motivada.

Este instrumental mais flexível, e, portanto, adjudicador de maior poder aos juízes, vem-se mostrando crescentemente como uma necessidade nos dias atuais.

É importante realçar que a discricionariedade conferida ao magistrado possui uma zona de abrangência, limite, ou seja, sua liberdade de convencimento não poderá extrapolar os limites do razoável, do proporcional, do exigível, do adequado.

Na verdade, a valoração feita pelo juiz para a solução de questões não prescritas expressamente no ordenamento jurídico pátrio deve coadunar-se com as concepções sociais vigentes e dominantes, sendo que seus critérios pessoais não haverão de conflitar com o que se considera padrão na sociedade em que se vive.

Na lição de Arruda Alvim (1998, p. 16) a discricionariedade, como instituto de dualidade, ou pluralidade de soluções, todas igualmente válidas, em face da lei, que as encampa, dependentemente da motivação justificadora da eleição de um ou outro caminho, deve, todavia, ser distinguida das hipóteses em que existe, apenas, uma intensidade de valoração por parte do juiz.

Desenvolvendo o seu pensamento, afirma ele que para estas hipóteses, somente num sentido impróprio se haverá de falar em discricionariedade, porquanto estas outras normas, ainda que proporcionando amplo espectro de indagação/decisão para o magistrado, são intencionalmente preordenadas a terem, num dado momento e num dado lugar, somente uma interpretação, para o fim de abrangerem ou não uma dada hipótese.

Mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.

Mas, obviamente, alerta o autor, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, um espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo torna-se, também, o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, a grande causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes. Não se pode ocultar para ele, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo.

Pode-se observar que a ordem jurídica de um determinado país nunca se encontra plenamente satisfeita apenas pelas disposições das suas leis escritas. Mesmo que, pelo procedimento de uma lógica rigorosa, deduza-se delas tudo aquilo que se possa extrair de uma aplicação intensa das faculdades intelectuais tendentes à penetração de um texto redigido por homens, ainda assim permanecerá abaixo das necessidades, que devem corresponder à idéia integral do direito.

As relações humanas são demasiadamente numerosas, complexas e mutáveis para que possam encontrar uma regulamentação suficiente em algumas fórmulas verbais editadas num momento fixo e na presença de uma situação impossível de ser abraçada num só golpe de vista, tanto para a distinção entre os fatos da vida social que merecem a sanção pública, como para que se determinem as condições, a natureza e os efeitos dessa sanção.

Em razão de que, faz-se necessário multiplicar os caminhos e os meios de investigação das normas jurídicas, e, acima de tudo, reconhecer que, além de procedimentos muito variados, por meio dos quais as normas são elaboradas, impõe-se uma apreciação discricionária do intérprete, a única verdadeiramente capaz de adaptar, em concreto, o direito ao fato.

Vista por este ângulo, pode-se afirmar que a discricionariedade judicial constitui uma técnica ordinária inerente à função jurisdicional, uma solução normal em face da impossibilidade de tudo que se prevê na letra da norma, a qual não é imune a controle e nem a limites.

Cabe esclarecer que o processo civil clássico afastava qualquer possibilidade de o juiz agir de forma discricionária, eis que deveria estar extremamente atrelado à lei, não cabendo interpretá-la, mas tão somente aplicá-la.

No entanto, sabe-se que esta vinculação tornou-se impossível nos dias atuais, uma vez que desumano seria exigir-se do legislador a elaboração de normas aptas a abarcar todas as situações passíveis de conflito.

Desta forma, os poderes conferidos ao magistrado foram ampliados, permitindo-se, por vezes, que interprete criativamente o dispositivo legal adaptando-o aos casos concretos, devendo, entretanto, fundamentar suas decisões conforme a prescrição Constitucional posta no art. 93, IX:

Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).

De qualquer sorte, cumpre mencionar que a discricionariedade, noção imprescindível no Estado Democrático de Direito, não existe sem a legalidade, como já ressaltado, antes a pressupõe, resultando da incapacidade do legislador para atender de forma completa as múltiplas e inumeráveis, imprevisíveis, situações que envolvam a tutela dos direitos humanos a impor a atuação do juiz, manifestando-se, em verdade, não apenas por meio de um poder e, sim, de um poder-dever que lhe é atribuído por uma norma legal.

Existe na discricionariedade dualidade ou pluralidade de soluções, variedade de rotas. Há uma verdadeira prerrogativa, um espaço destinado ao aplicador da norma, um poder para preenchimento dos espaços normativos.

Vale realçar, à exaustão, que discricionariedade judicial nada tem a ver com arbitrariedade, com ato tomado de forma ditatorial. A discricionariedade é, sim, a faculdade inerente ao juiz de criar a norma jurídica adequada ao caso concreto, nas hipóteses em que não há enquadramento legal ajustado para o caso posto à sua apreciação.

Desta forma, os métodos de interpretação e argumentação jurídicas funcionam como justificativas para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar, motivado, muitas vezes, por um impulso pessoal

baseado em uma intuição particular do que é certo ou errado – desejável ou indesejável.

Entendido, assim, não pode o hermeneuta revelar, de maneira desinteressada e neutra, uma verdade, mas ele cria essa verdade, discricionariamente, no caso concreto. A lei, conforme assinala Luiz Guilherme Marinoni (2005, p. 2), perdeu o seu posto de supremacia, e, hoje, é subordinada à constituição e, por isso, já constitui slogan dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que outrora acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei.

Ao comentar o tema, Marcelo Carlos Zampiere e Fabiana Silva (2005, p. 4) salientam que a discricionariedade encontra assento na complexidade e na variedade dos problemas que o poder público deve solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou pelo menos, a mais vantajosa e adequada para cada caso corrente.

Leonardo Greco (1999, p. 46), afinado com a existência da discricionariedade judicial, destaca a relevância dos poderes do juiz, especialmente o poder decisório discricionário. A seu ver, em numerosos casos exerce o juiz esse poder.

Fundada em propósito semelhante, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001) assevera que a decisão judicial exclui a possibilidade de remanescerem outras soluções, todas válidas perante o direito. Daí porque deve ser aceita com cautela a afirmação de que o poder judiciário exerce poder discricionário, ele o faz, somente, segundo a autora, quando não atua no exercício da jurisdição propriamente dita. A seu ver, não há na atividade desempenhada pelo magistrado o papel criador da vontade do agente, como ocorre no poder discricionário.

Segundo outros autores o juiz nunca tem diante de si vários caminhos dentre os quais pode, indiferentemente, escolher um, sendo todos juridicamente lícitos e almejados pela norma, embora uns possam ser melhores que outros. Para o magistrado há uma solução, que há de ser tida como a correta, a desejada pelo legislador e determinada pela norma, ainda que o caminho para que se chegue até ela não seja um dos mais fáceis.

Não obstante a firmeza dos argumentos supramencionados é inquestionável a existência da discricionariedade judicial. Nos dias atuais, diante da nova



hermenêutica constitucional, é indubitável negar o caráter criativo do juiz ao analisar o caso concreto.

É importante mencionar ainda que a discricionariedade não deve ser confundida com a hermenêutica (técnica de interpretação). Utilizar-se dela não significa que o magistrado estará agindo discricionariamente, porém, ela poderá ser utilizada para aclarar situações normativas duvidosas, postas à apreciação do judiciário.

Se a lei oferece vastos caminhos a serem seguidos, e se o juiz carece de interpretá-la para verificar o melhor caminho a ser tomado, claro que deverá utilizar-se da hermenêutica para agir de forma discricionária e escolher a solução mais justa frente àquelas arroladas na lei.

### 3 O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE PROPOSTO POR RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin contribuiu muito para a compreensão do ordenamento jurídico, notadamente quanto à importância dos princípios jurídicos, independente de seu trabalho estar inserido dos países de origem anglo-americana, do *Common Law*.

A abordagem da importância da interpretação é muito interessante, pois Dworkin alerta que as decisões judiciais estão vinculadas mais ao posicionamento social e ideológico do juiz do que às normas legislativas. Ele vê a interpretação como um processo de construção, uma evolução em decorrência da própria mudança social. No tocante à integridade do direito colhe-se a lição de que o ordenamento, como um todo, é único e formado dia a dia pela nova realidade. O enfoque principiológico tem por finalidade identificar a existência de preceitos morais no seio do Direito. Tudo para dar uma única resposta correta aos casos difíceis.

Para Ronald Dworkin (2007, p. 125), grande filósofo e pesquisador sobre o assunto, a discricionariedade propõe a incompatibilidade do uso da discricionariedade plena para o julgamento desses casos difíceis, devendo o julgador socorrer-se nos princípios que regem aquela sociedade e aquele sistema legal, caso em que deverá descobrir o direito do caso e proclamá-lo ao vencedor. Dworkin busca por meio da hermenêutica do direito já pré-existente a solução do caso.

Ronald Dworkin (2007, p. 125) acredita que, de certo modo, o juiz cria e não aplica o direito, pois não encontrando solução na regra, cria nova regra ao caso, usando sua discricionariedade, o que vem a ser um ponto combatido por seus ensinamentos, que compreende que ao fazer isso o magistrado aplica direito novo a situação já existente, incorrendo assim em retroatividade da norma jurídica.

Para Dworkin:

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes, não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam as leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. (DWORKIN, 2007, p. 132).

Dworkin (2007, p. 127) deixa clara sua posição contrária à discricionariedade pregada por outros, como por Hart; propõe, então, uma teoria que afirma a necessidade de correlação entre direito, princípios, moral, política e até mesmo economia para a solução de um caso difícil. Para ele, quando o magistrado apenas usa de sua discricionariedade perante o caso difícil que decidiu, acaba por incorrer em retroatividade de norma ao caso, ou seja, legisla sobre novos direitos jurídicos, vez que cria novo direito, o que é inadmissível.

Aos olhos de Dworkin (2007, p. 127), o magistrado não deve decidir o caso difícil por discricionariedade própria e sim pela análise dos princípios da comunidade onde o caso está em debate, e pela diferenciação dos princípios das regras.

Desta forma, não incorreria o magistrado na criação de novo direito, logo não afrontaria o princípio da legalidade com sua criação, e, conseqüentemente não incorreria em retroatividade da norma ao caso em questão, vez que ao decidir com base nos princípios, sustenta Dworkin (2007, p. 128), o magistrado não inova na norma, pois os princípios trazidos à baila já são parte do sistema

jurídico utilizado na solução do caso, não havendo assim qualquer criação de nova norma. Dworkin (2008, p. 128) diferencia as regras dos princípios da seguinte forma: as regras, ou são válidas ou não válidas, se válidas são aplicáveis ao caso, se não válidas, não são aplicáveis, é questão de tudo ou nada, ao contrário dos princípios, que não enunciam uma decisão de forma concreta, necessitam de uma reflexão particular acerca do tema no qual se afronta o princípio.

Exatamente neste ponto este estudo encontra sua indagação, se a falta de respostas aos casos difíceis pode ser encontrada simplesmente na discricionariedade do juiz, de forma que ele encontre uma solução ao caso não positivado, ou se ao caso difícil deve ser aplicado princípios já existentes, conforme prevê Dworkin (2007, p. 130), de forma a não criar direito novo, mas por meio dos próprios princípios se solucionar o problema.

Pode-se concluir que o jurista Ronald Dworkin, considerado pós-positivista, ataca teses sustentadas pelo positivismo jurídico, como a conexão entre direito, moral e princípios. Com efeito, a Teoria de Dworkin, além de afirmar a conexão entre direito, moral e princípios, é necessária, foca-se especialmente à solução dos casos difíceis no âmbito jurídico, sem abandonar os parâmetros do mesmo sistema, na medida em que questões de ordem, principiológica ou moral, poderão ser invocadas e tornarem-se jurídicas, quando o sistema jurídico for insuficiente (DWORKIN, 2002).

Para Dworkin (2002, p. 135), o Princípio da Integridade tem como objetivo o que melhor se espera de um juiz de outros agentes do direito, ou seja, que suas decisões sejam coerentes, abrangentes, adequadas, justificáveis, criativas e íntegras. Afirma, ainda, que o critério da coerência é tradicionalmente associado à repetição de decisões anteriores de modo mais fiel ou precisamente possível. Entretanto, a coerência no domínio da integridade diz respeito, para Dworkin, com a articulação de princípios e não de regras ou de exemplos passados.

A integridade é uma norma muito mais dinâmica e radical do que parece inicialmente, explicou Dworkin (2002, p. 139), porque incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo na busca da coerência com algum princípio fundamental. Uma interpretação bem sucedida não deve tão somente adequar-se à prática que interpreta; deve também justificá-la. Portanto, as decisões só podem ser justificadas desenvolvendo-se algum sistema geral de

responsabilidade moral que pudesse considerar como um atributo dos membros de uma comunidade, no sentido de não prejudicar os demais.

Neste sentido, Ronald Dworkin (2002, p. 139) considerou que a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.

A integridade para Ronald Dworkin (2002, p. 140) é usada para descrever e avaliar a ação institucional dos juízes num determinado jogo principiológico. A integração prática dos princípios depende da iniciativa criteriosa e filosófica de um juiz humano produzindo conhecimento especializado sobre a prática judicial, representando virtualmente uma comunidade, ou cultura judiciária de princípios.

A integridade é um processo de releitura constitucional que utiliza o método da interpretação construtiva, valoriza constitucionalmente a liberdade, igualdade, fraternidade, legitimidade, responsabilidade e a dignidade dos cidadãos no âmbito do direito e da política. Todos esses princípios são transcendentais ou superiores no esquema de raciocínio de Ronald Dworkin (2002, p. 140). Dworkin é um hermenêuta preocupado fundamentalmente em criar algum modelo de interpretação que seja democrático e inclusivo, e com isso acabou idealizando um juiz, juiz este que sofre sérias limitações de tempo e conhecimento, e é exatamente nesse quadro que eles vão executar as suas atividades interpretativas.

A teoria da integridade para Dworkin (2002, p. 235) pretendeu descobrir até que ponto os juízes têm diante de si caminhos abertos para aperfeiçoar o direito, ao mesmo tempo em que eles buscam estratégias que representam a virtude da fraternidade republicana.

Para alguns autores Dworkin Dworkin (2002, p. 381) preferiu atribuir menos valor à norma e mais aos princípios; dessa maneira sua teoria introduziu um grau elevado de incerteza sobre os resultados das sentenças devido à prática subjetivista dos que decidem. Enfaticamente, os juízes não estão autorizados para transcender a lei e a julgar moralmente; por isso mesmo os princípios

morais que surgem do lado de fora do sistema jurídico serão obrigatoriamente neutralizados e invalidados por instituições reais e não imaginárias.

Pode-se concluir que este presente artigo tem como objetivo o esclarecimento acerca do assunto tão inquietante que é a discricionariedade judicial e a teoria de Ronald Dworkin sobre a resolução dos casos difíceis. Para isso, foi necessário encontrar conceitos básicos, como o de regras, princípios etc. Além disso, vislumbrou-se a possibilidade de um caminho ainda mais perfeito para a interpretação, denominado por Dworkin (2002, p. 384) de princípio da integridade pura. Uma teoria que conta com a vantagem de não estar, necessariamente, ligada aos casos concretos.

Tal teoria, apesar de complexa, de seus métodos, ainda encontra muitos críticos e opositores, e está longe de constituir-se uma unanimidade.

Para alguns, o ponto mais fraco de sua teoria é a ficção de que o direito tenha um só legislador, a comunidade personificada. Tal ficção se torna bastante importante para interpretar o direito como integridade. Para outros, é difícil absorver a importância do pensamento de um juiz que tem a carreira toda para resolver um único caso, e que por isso, não possui a limitação dos juízes comuns. Há também aqueles que consideram sua teoria demasiadamente otimista. A confusão entre moral e direito também é citada por autores que criticam sua teoria. Mas, sem dúvida, a parte de sua teoria que mais gera desconforto é a afirmação de que, mesmo nos casos difíceis, há apenas uma resposta correta.

Mesmo assim, a hermenêutica de Dworkin é importante. O fato de ser debatida e discutida por tantos teóricos como pude observar, em vez de diminuir o valor de seu trabalho, apenas agrega valor.

#### 4 CONCLUSÃO

A título de conclusão, parece essencial mencionar um breve resumo por meio dos quais se poderá ter uma visão do conjunto da pesquisa, para, em seguida sintetizar de forma mais analítica os pontos de vista desenvolvidos ao longo desse artigo.

Vislumbrou-se que não há mais como reduzir o direito à lei, o que não significa afirmar que não estejam os Poderes Estatais, em especial o

Judiciário, presos a textos normativos, porém eles são apenas uns dos inúmeros instrumentos postos capazes de implementar um direito equânime.

Discricionariedade, no sentido amplo, é a possibilidade jurídica criada por uma norma originária, para o exercício de uma definição integrativa do interesse público específico nela previsto, por uma nova norma ou ato concreto derivados. Em sentido estrito, a discricionariedade judicial é, portanto, uma prerrogativa que é cometida ao juiz, em grau e modo que venha a ser indispensável para integrar a vontade da lei, a fim de executá-la corretamente e garantir a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Pode-se, ainda, concluir que a discricionariedade ou interpretação judicial é um instrumento mais flexível, e, portanto, adjudicador de maior poder aos juízes. Porém, a sua liberdade de convencimento não poderá extrapolar os limites do razoável e do proporcional.

A discricionariedade judicial ganha relevo no momento em que se depara o julgador com as prescrições legislativas mais abertas, pois, quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo torna-se o espaço deixado à atuação discricionária nas decisões judiciais.

Firmou-se o entendimento que a discricionariedade judicial nada tem a ver com arbitrariedade, com ato tomado sob o manto da ditadura e da ilegalidade. A discricionariedade é, sim, faculdade inerente ao juiz de criar a norma jurídica adequada ao caso concreto, nas hipóteses de omissão legislativa ou até mesmo quando existente regramento jurídico desconforme com a situação posta à apreciação do magistrado. Chega-se, também, ao entendimento de que se a lei oferta caminhos vastos a serem seguidos e o juiz precisa interpretá-la para verificar a melhor postura a ser tomada, claro que ele deverá utilizar-se da hermenêutica, agindo de forma discricionária para escolher a solução mais justa ao caso concreto.

Inicialmente era incipiente o controle do poder discricionário do juiz. Porém, não se pode ocultar que a discricionariedade judicial esbarra em dois limites: o princípio da Legalidade e o alcance da finalidade a ser alcançada com a escolha feita pelo juiz.

Ademais, figuram também como controle da criatividade judicial o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, posto no art. 93, IX da CF/88 e o próprio princípio da proporcionalidade.

Verificou-se que com a significativa adoção das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico foi ampliada a discricionariedade do Poder judiciário incumbido de aplicá-las. As decisões judiciais que as preenchem não ficam, todavia, imunes de controle pelos Tribunais Superiores, por meio dos recursos de estrito direito. Não será a inexistência/existência dos fatos que serão alvo de cognição por tais órgãos jurisdicionais, mas sim, o correto enquadramento das situações fáticas consideradas soberanamente.

Desta forma, concluiu-se que as aplicações equivocadas das regras, que contenham conceitos vagos ficam sujeitas ao controle pelas vias recursais superiores.

Logo, vê-se, com clareza, que a discricionariedade nada mais é que um reclamo da modernidade, pautada exatamente no princípio da legalidade e na legitimidade conferida ao Estado colimado a atender aos reclamos da justiça e da igualdade, no seu espectro substancial.

De acordo com as premissas apresentadas Dworkin, este estabelece uma abordagem que aproxima o Direito da moral e da política, a qual nega a discricionariedade judicial, este situa os casos difíceis a partir das fontes do Direito. Nesta linha de pensamento, os casos difíceis estão localizados naquelas hipóteses em que o Direito positivo não oferece solução (hipótese de lacuna) ou então a solução apresentada não é condizente com os padrões de justiça socialmente adotados pela comunidade. Diante de tais casos, o juiz não possui discricionariedade, pois sua decisão estará limitada pelos princípios (jurídicos e extrajurídicos) e pelo ideal político do Direito como integridade.

Para o jurista norte-americano Dworkin, além de afirmar que a conexão entre direito, moral e política é necessária, dedica-se especialmente à solução dos casos difíceis no âmbito jurídico sem abandonar os parâmetros do mesmo sistema, na medida em que questões de ordem moral ou política poderão tornar-se jurídicas conforme a complexidade de cada situação concreta e a insuficiência do repertório.

Ao finalizar o presente estudo, apresentamos em linhas gerais a questão da discricionariedade judicial na solução dos casos difíceis e o princípio da integridade segundo Ronald Dworkin.

Por conseguinte, diante a toda explanação promovida, espera-se que a discricionariedade judicial se direcione as finalidades existenciais apontadas nesse trabalho, a fim de que não lhe seja mais merecida à clássica e já ultrapassada imputação de ser um instituto arbitrário e ilegal.

Denomina-se então poder discricionário o poder de escolher, dentro de certos limites, a providência que se adotará mediante a consideração da oportunidade e da conveniência, em face de determinada situação não regulada expressamente pela lei.

Observamos também na doutrina posições contrárias à existência de poder discricionário aos magistrados, distinguindo *conceito discricionário* com *conceito jurídico indeterminado*.

Entretanto, a grande maioria dos doutrinadores processualistas acata a existência de atuação discricionária do juiz, para alguns deles se referir à atuação discricionária do juiz no desempenho do chamado poder cautelar geral, em cujo exercício lhe é permitido autorizar a prática, ou impor a abstenção, de determinados atos, não previstos em lei ou nesta indicados apenas exemplificativamente (ARAGÃO, 1995).

A realidade é que o juiz tem no exercício de sua atividade de dizer qual é o direito, quem tem o direito e satisfazer esse direito, devendo ter os instrumentos necessários para garantir a certeza dessa atividade, enquanto não puder efetivá-la.

Um dos grandes males do processo é o tempo, que da mesma forma que é indispensável ao juiz para que conheça os fatos é indispensável para a garantia dos princípios processuais da ampla defesa e da igualdade das partes, mas é responsável pela demora na entrega da tutela jurisdicional, quando então concorre para que ocorra injustiça.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, A. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ARAGÃO, E. D. M. de. **Comentários ao código de processo civil**: volume II: arts. 154-269. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.



BARROSO, L. R. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico, Salvador**, n. 14, jun./ago. 2003. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf)>. Acesso em: 9 out. 2015.

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1-32. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2015.

PIETRO, M. S. Z. di. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRECO, L. A execução e a efetividade do processo. **Revista de Processo, São Paulo**, n. 94, p. 34-66, 1999.

MARINONI, L. G. **A antecipação da tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, L. G. A questão do convencimento judicial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 9, n. 503, nov. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5966>>. Acesso em: 9 out. 2015.

ZAMPIERI, M. C.; SILVA, F. **Breve reflexão sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos**. Santa Maria: [s.n.], 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/breve-reflex%C3%A3o-sobre-o-controle-jurisdicional-dos-atos-administrativos-0>>. Acesso em: 9 out. 2015.

Recebido em: 20 set. 2015.

Aprovado em: 7 out. 2015.