



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO – UFMT

LENINE PÓVOAS DE ABREU

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Cuiabá/MT

2018

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Trabalho de monografia apresentado ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso como requisito à obtenção do título de Especialista.

Orientador: Doutor Welder Queiroz dos Santos

Cuiabá/MT

2018

LENINE PÓVOAS DE ABREU

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Trabalho de monografia apresentado ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, aprovado com conceito [].

Cuiabá/MT, em 30 de Maio de 2018.

Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora
(Suplente)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que contribuíram de alguma forma para a minha formação, seja sob o viés de jurista ou enquanto cidadão, o que abrange amigos, professores e familiares.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, aos amigos de sala de aula que dividiram comigo os aprendizados ao longo do curso, em especial àqueles que realizaram as atividades acadêmicas avaliativas ao meu lado, cabendo destacar, dentre eles, Glaucia, Bruno, Michele, Taísa e Rafael.

Em razão de inúmeros compromissos profissionais e acadêmicos era fundamental o auxílio dos colegas, não obstante da indispensável motivação que eles sempre me prestaram, justificando, dessa forma, os motivos pelos quais sou extremamente grato a essas pessoas nesta jornada.

Ao meu pai, Hermes Gomes de Abreu, que foi quem sempre me motivou a nunca desistir dos estudos, mostrando a importância e a profundidade desse magnífico instrumento de dignidade.

À saudosa Zenaide Maria da Silva, minha mãe de criação, falecida durante o período de aula, que sempre me acolheu da forma mais fraternal possível até os seus últimos dias de vida.

Ao meu orientador, Welder Queiroz dos Santos, grande amigo que nutro profunda admiração e respeito. Trata-se de um dos grandes nomes da vanguarda do Direito Processual Civil Brasileiro. Certamente você chegará a lugares que ainda nem passam por sua cabeça.

Aos meus amigos do Escritório de Advocacia, da docência e da Advocacia Pública, que sempre dialogaram comigo acerca de questões acadêmicas, propiciando motivação e aprofundamento nos debates jurídicos, sociais, políticos e filosóficos.

“Escolha um trabalho que você ame e não
terás que trabalhar um único dia em sua
vida.”

(CONFÚCIO)

RESUMO

O ordenamento constitucional determina que as decisões judiciais devam preencher requisitos essenciais para sua validação, cabendo citar, a título de exemplo, a devida fundamentação, pressuposto do devido processo legal, mormente para rechaçar o arbítrio, o qual é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Além disso, o sistema processual admite o livre convencimento do Poder Judiciário para lavrar suas decisões. Isso pode levar a errônea conclusão de ser plenamente possível a competência discricionária do magistrado.

É inconcebível a ideia de discricionariedade judicial. Evidentemente que essa situação viola premissas legais, desprestigiando inúmeros mandamentos constitucionais e, por consequência, torna as decisões arbitrárias, o que não se mostra coerente e nem tampouco aceitável numa República.

O estudo acerca da discricionariedade judicial envolve várias nuances, as quais serão discutidas ao longo do presente trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO DO ESTADO	02
1.1 – FEUDALISMO	02
1.2 – ABSOLUTISMO	07
1.3 – O ESTADO LIBERAL	09
1.4 – A SEPARAÇÃO DOS PODERES	10
CAPÍTULO 2 – REGRAS NO ORDENAMENTO JURÍDICAS	15
CAPÍTULO 3 - DISCRICIONARIEDADE	17
3.1 - DISCRICIONARIEDADE EM SENTIDO LATO	17
3.2 - COMMOM LAW E CIVIL LAW	20
3.3 - DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	21
CONCLUSÕES	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	29

INTRODUÇÃO

O estudo acerca da discricionariedade judicial demanda um retrospecto da formação do Estado, inclusive abordando a teoria da separação dos poderes, instituto esse intimamente ligado aos direitos fundamentais, contexto esse que permitirá conhecer e delimitar as finitudes da atuação do Poder Público, em especial do Legislativo e Judiciário.

Além disso, torna-se inarredável a obrigatoriedade de discorrer acerca das peculiaridades da normatividade das regras e princípios, inclusive elencando a origem histórica que deu azo nesse debate.

Evidentemente que isso clarificará o nascedouro dos atos de competência discricionária, os quais são mais evidenciados a partir de questões administrativas e políticas, para, daí, então, se fazer uma análise da validade dessa atribuição para o Poder Judiciário.

CAPÍTULO 1 – A EVOLUÇÃO DO ESTADO

O ser humano é político por natureza. A concretização dessas atividades e do seu desenvolvimento se consumam no seio da sociedade, demonstrando a sua íntima ligação com a figura do Estado, cuja postura se pauta, entre outros, pela coerção, o que é possível evidenciar ao longo da história planetária.

Para SIGMUND FREUD¹ e ZYGMUNT BAUMAN² a vida em sociedade consiste, em suma, na troca da liberdade pela segurança, isto é, os indivíduos cedem parte da liberdade para o Estado e, em contrapartida, recebem segurança.

O conceito de “segurança” pode se alterar com o passar dos anos e conforme o contexto político³. Em determinado momento histórico esse instituto pode ser compreendido como a segurança individual. Já em períodos de outrora pode estar associado à oferta de emprego, aquecimento da economia, dentre outros. Mas, independentemente do contexto, sempre há a “permuta”.

A coletividade nada mais é do que um produto da política e vice-versa. Os sistemas de governo são fruto de fenômenos culturais, econômicos, sociais e tecnológicos.

1.1 - FEUDALISMO

O colapso do Império Romano levou a população a se espalhar pelo velho mundo (Europa). O afastamento do Mediterrâneo foi inevitável. Surgiram novas diretrizes para a comunicação, para o comércio e, claro, para a estruturação social. Esses fatores desencadearam no surgimento do sistema político conhecido como Feudalismo.

¹ FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão, o Mal-Estado na Civilização e outros trabalhos. Imago Editora. Rio de Janeiro. 2006.

² BAUMAN, Zygmunt. Estado de Crise. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014.

³ BAUMAN, Zygmunt. Europa. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2006.

Na linha do que afirmam FREUD e BAUMAN acerca da vida em sociedade (troca de liberdade pela segurança), os feudos eram locais em que os Suseranos asseguravam a proteção de seus Vassalos para fins de exploração das terras que estavam abrangidas pelo domínio destes Senhores. Em contrapartida, o Vassalo passava a dever o Suserano em múltiplos aspectos.

Nessas áreas os Vassalos se depararam com um mecanismo de sustento satisfatório, mormente porque o local, além de tudo, era protegido contra violências diversas. Uma das obrigações do Suserano era a proteção, conforme relatado por GIANFRANCO POGGI em magnífica obra sobre o tema⁴.

Nesse sistema não havia nenhuma terra sem senhor⁵. Ademais, cada Senhor (Suserano) poderia ter mais de um Vassalo. Além disso, um Vassalo poderia ter vínculo com vários Suseranos.

Era perfeitamente possível que um determinado Vassalo sub-rogasse sua área de exploração e segurança a um Vassalo inferior, o que não criaria uma relação entre o Suserano e o Vassalo Inferior, sobretudo porque este ficava vinculado aos comandos do Vassalo Superior.

Entretanto, todos os Vassalos, sejam inferiores ou superiores, dependiam do Senhor, variando apenas o grau de intensidade, demonstrando as peculiaridades da subordinação da relação feudal.

As relações dos feudos não eram sólidas e se entrelaçavam facilmente por se consumarem em teias. Contudo, cada local tinha posicionamentos específicos com relação ao uso da terra, modo de supervisão e lucro dos Suseranos, o que acabou ensejando reclamos de inúmeras Vilas e Igrejas aos respectivos Senhores. Com o tempo surgiram dificuldades de coordenação.

⁴ POGGI, Gianfranco. A Evolução do Estado Moderno: Uma Introdução Sociológica. Editora Zahar. Rio de Janeiro. Pág. 52

⁵ “*Nulle terre asns seigneur*”

A causa disso foi o fato dos Senhores Feudais outorgarem terras aos seus Vassalos que, por sua vez, as delegavam à Vassalos Inferiores e assim sucessivamente, criando um ciclo infundável, acarretando na erosão patrimonial dos governos com conseqüente crise de ordem, desaguando num rio de violência e mitigando a função governamental: a segurança.

Noutras palavras, o poder de administração do Suserano se dissipou com o passar dos anos. É importante registrar que o feudalismo não representa o “ano zero” da história do Estado Moderno. Na realidade se constituiu uma primeira tentativa de estrutura de governo em terras que tinham sofrido grandes devastações e insegurança.

Em virtude da comunhão de certos interesses, a exemplo da vida pacífica, a população almejou alternativas. A condução e estruturação da sociedade gerou poder e autonomia política às cidades. A paz social deveria ser assegurada. Para tanto, era necessário respaldo das forças militares mediante a construção de muralhas e a criação de milícias, cujo sustento operacional deveria ser custeado pelas riquezas geradas na urbe.

Tornou-se primordial que a sociedade produzisse e aquecesse as finanças. A economia interna da cidade cresceu. Era inevitável a divisão das atividades laborativas. As tarefas passaram a serem distribuídas entre a população.

Por receio de invasões ante a impossibilidade de fiscalização em todo o território, algumas cidades passaram a se coligar. Essa estratégia favorecia a todas elas e uniformizava o governo, sobretudo para regularizar e controlar o tráfego comercial, fornecer moeda sólida, fazer respeitar o cumprimento de transações do mercado, dentre outras práticas.

Começava uma múltipla reunião de interesses variados dentro da própria comunidade. Para discutir essas pautas as pessoas passaram a se encontrar em assembleias com assuntos de conveniência mútua.

Os Estados passaram a fazer excelente uso dessa prerrogativa. Nas palavras de GIANFRANCO POGGI, “*os Estados eram assembleias ou câmaras que reuniam elementos individual ou corporativamente poderosos.*”⁶

Nascia o processo político denominado “Standestaat”, o qual gravitava em torno das desavenças entre os feudos e os cidadãos. A superioridade do governante não mais era de natureza feudal, a de um soberano ou suserano, mas de essência terminantemente pública, territorial e régia.

Outras sociedades também evoluíram, gerando preocupação do Estado em reforçar sua política interna, estruturar o governo para torna-lo mais sólido, contínuo, calculável e eficaz, inclusive pelo receio da ascensão das cidades do Ocidente Medieval, tidas como possíveis “concorrentes”, o que acabou alterando o contexto social, econômico e cultural.

Se o Estado tivesse a pretensão de melhorar sua posição perante os demais Governos era indispensável a sua expansão e monopolização ao longo do seu território, evitando, assim, intervenções e ameaças externas que não fossem de sua administração.

Contudo, só isso não era o suficiente. Os Estados deveriam aperfeiçoar os instrumentos governamentais para administrar todo o seu território, dispendendo os recursos conforme os interesses gerais da população. Esses investimentos demandavam aplicação e execução estratégicas.

A função de proteger o povo e ampliar os interesses dos grupos sociais nos mercados internos e externos estava vinculada aos trabalhos do Governante, sobretudo para salvaguardar a comunidade da concorrência e violência estrangeira.

⁶ POGGI, Gianfranco. A Evolução do Estado Moderno: Uma Introdução Sociológica. Editora Zahar. Rio de Janeiro. Pág. 59

O mercantilismo passou a coordenar o regime econômico. Aliás, foi exatamente pelo exponencial crescimento da comercialização que o Sistema Feudal se corroeu.

É pouco provável que um regime seja bem administrado com delegações e sub-rogações infundáveis da exploração de terras (Suserano, Vassalo, Vassalo Inferior).

Ao passar dos anos o Sistema Feudal atenuou o seu significado militar, fragilizando o regime, ainda mais num momento histórico de violência extrema em locais em que não havia proteção constante de Governantes.

Os Estados que almejassem perspectivas de sobrevivência para não serem invadidos e submetidos aos comandos estrangeiros precisavam de força militar permanente e coordenada, inclusive com disposição para combate, cujo financiamento advinha do Governo mediante a arrecadação junto à população.

Quem reunia todas essas prerrogativas era a figura do Monarca, sobretudo em decorrência das características da dimensão de sua autoridade por ocasião de ser o detentor da totalidade da soberania.

Era totalmente inovadora e surpreendente a figura do Monarca, uma vez que ele iria deter poderes inimagináveis para administrar, editar leis e executá-las, tornando o sistema político sólido, o que, por consequência, atendia aos anseios da época.

Essa ideia inovadora fez com que cada vez mais os Governantes se apresentassem como fonte originária da Lei. Por óbvio que as normas não se aplicavam aos Monarcas, demonstrando a dimensão do absolutismo de seu poder. A soberania era concentrada numa única pessoa, como brilhantemente discorreu Thomas Hobbes⁷.

⁷ HOBBS, Thomas. O Leviatã. Editora Ícone. 3ª Edição. São Paulo. 2008.

1.2 – ABSOLUTISMO

Durante um longo período da história o poder público foi exercido de maneira absolutista. As ordens estatais eram todas vinculadas à vontade soberana do Monarca. O consentimento da sociedade era totalmente irrelevante e, portanto, ignorado.

É exatamente dentro desse cenário que nasce a frase “*regis voluntas suprema lex*”, isto é, “a vontade do rei é soberana”. Outra assertiva desse momento histórico que evidencia a dimensão do poder monárquico é “*the king can do no wrong*” (“o rei não erra”), demonstrando que, além dos desejos do soberano serem auto-justificáveis, os comandos eram presumidamente corretos⁸.

Um cenário dessa natureza era convidativo para autoritarismo em vários aspectos. Porém, os abusos cometidos pela Monarquia não guardavam relação exclusiva com a questão administrativa, mas, também, com uma calamitosa situação financeira para satisfação de interesses pessoais e caprichos dos integrantes da Corte.

Segundo FELIPE FAIWICHOW ESTEFAM, “*em 1781, o déficit anual francês chegou a 126 milhões de libras-ouro, sendo que 36 milhões dessa quantia eram destinados ao sustento e aos divertimentos da corte, formada por quatro mil pessoas. Pouco a pouco, as pregações racionalistas passaram a incutir, no espírito das populações escravizadas e sofredoras, uma consciência da noção de liberdade,*

⁸ FREITAS, Gustavo de. 900 textos e documentos de história. Lisboa. Editora Plátano. 3º Volume. 1976. Pág. 22. “*Nesse contexto de concentração de todo o imperito político na pessoa do soberano, é oportuno trazer à baila a resposta de Luís XIV ao Parlamento de Paris, em 1766, que sintetiza a concepção da autoridade do rei na monarquia absolutista: ‘É exclusivamente minha pessoa que reside o poder soberano (...) é a mim unicamente que pertence o poder legislativo sem dependência e sem partilha... a ordem pública inteira emana de mim, e os direitos e interesses da Nação, de que se ousa fazer um corpo separado do Monarca, estão necessariamente unidos com os meus e repousa unicamente nas minhas mãos’.*”

dos direitos intangíveis dos indivíduos, iniciando um abalo na estrutura do monarquismo absolutista.”⁹

Na época absolutista o poder era todo concentrado nas mãos de uma única pessoa: o Rei. Em razão disso, a sociedade ficava a mercê das vontades pessoais do governante.

Essa situação era propícia para arbitrariedades, haja vista que não era possível qualquer tipo de controle ou questionamento das políticas desempenhadas e nem tampouco fazer apontamento e discussões acerca dos gastos públicos.

Evidentemente que com o passar dos séculos movimentos sociais começavam a se consolidar para tentar despertar na população a gravidade da situação, mormente para tentar conscientizar a sociedade no sentido de clarificar que as pessoas estavam prisioneiras de um sistema político terminantemente exploratório e carente de racionalidade¹⁰.

Após lutas sociais generalizadas na sociedade europeia desencadeou-se a Revolução Francesa (1789), cujo propósito pioneiro era mudar os paradigmas do Estado para com a sociedade e o estilo de vida da população¹¹. O lema emplacado foi “Liberté, Egalité, Fraternité” (liberdade, igualdade e fraternidade).

Atrelado a isso, outros inúmeros movimentos contribuíram para essa virada de página, cabendo citar, à título de exemplo, as Revoluções Liberais e o Iluminismo, originando, a partir disso, o início do Estado Liberal.

⁹ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. A configuração e a reconfiguração do princípio da legalidade. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2013. Pág. 5

¹⁰ LA BOÉTIE, Étienne de. Discurso da Servidão Voluntária. Editora Martin Claret. 2ª Edição. São Paulo. 2015.

¹¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. O Antigo Regime e a Revolução. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2013.

1.3 – O ESTADO LIBERAL

A premissa de investidura nas funções do Poder Público baseada em mandamento celestial ou de privilégios começou a ser vista com desconfiança e descrédito, passando, a partir de então, a ser enaltecida a consagração das liberdades individuais como fundamento do Estado.

A razão de existência do Estado se distanciou dos desejos do Soberano para passar a proteger a liberdade da população como um todo. Para tanto, era fundamental que o poder político fosse disseminado nas mãos do povo¹², o qual, por sua exclusiva soberania, iria conduzir o Poder Público¹³.

A separação de poderes e o princípio da legalidade começavam a ser temas discutidos no seio social. Os atos públicos passavam a prescindir de Leis, cujas normas, por sua vez, necessitavam de edição pelo Poder Legislativo, evitando truculências e arbitrariedades.

Sem embargo, as condutas dos representantes do Poder Público ganharam instrumentos de controle e fiscalização por inúmeros meios, a exemplo do Conselho de Estado e Conselhos de Prefeitura, demonstrando, dessa forma, a virada de página do Estado de Polícia para o Estado de Direito¹⁴, ocasião em que o soberano passou a ser o povo, e não mais o Monarca.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Estado Legal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas. v. 157. jul./set. 1984. Pág. 18

¹³ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. A configuração e a reconfiguração do princípio da legalidade. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2013. Pág. 11: “*Avulta notar, a grande virada reside no fato de que a fonte do poder passa a se alocar fundamentalmente no povo, saindo de cena o governo despótico do monarca e emergindo um governo fundado na lei.*”

¹⁴ FONSECA PIRES, Luís Manuel. Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Editora Fórum. 2ª Edição. Belo Horizonte. 2013. Pág. 125

A premissa fundamental para esse novo paradigma do Poder Público era coordenar um sistema pautado nas leis e, para tanto, restou primordial que ocorresse a limitação do poder político, o que se concretizou com a doutrina da separação de poderes.

1.4 – A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Diferentemente do que foi disseminado no mundo acadêmico, a teoria da separação de poderes teve início nos pensamentos de John Locke (1632-1704), e não nas ideias de Montesquieu (1689-1775), o qual apenas aprimorou e aprofundou a tese da diluição das funções estatais.

Locke encontra fundamento do Poder Político no contrato social, e não em razões divinas ou naturais. Para ele a sociedade deve ter como base de sustentáculo, além da autonomia pessoal de cada cidadão, a propriedade privada. A consecução dessa finalidade deveria ser coordenada por uma instituição a qual todos estariam submetidos mediante mútuo acordo: o Estado.

Já Montesquieu anotava que todo homem que tenha poder muito amplo tende a abusar dele, exceto se encontrar limites. Na visão constitucional, a barreira seria a Lei. Muito embora a liberdade tenha sido o âmago da essência da nova figura do Estado, esse direito, como qualquer outro, não é absoluto. Os seus limites são delineados pelo próprio ordenamento jurídico.

Do ponto de vista de Poder Público, Montesquieu apresentou a ideia de liberdade à de legalidade, isto é, a margem para o Estado agir seria conforme os limites e termos da lei, daí o nascedouro e a necessidade da separação de poderes, sobretudo para que as competências das funções públicas fossem diluídas.¹⁵

¹⁵ BOBBIO, Norberto. A Teoria das Formas de Governo. Editora Edipro. São Paulo. 2017. Págs. 146/147

Com isto, para evitar abusos e excessos do agente público, a atividade estatal passou a ser distribuída em três poderes, quais sejam: Legislativo, Executivo e Judiciário, cada qual com a sua respectiva atribuição, independentes e harmônicos entre si, inclusive com autonomia para fiscalizar a regularidade do andamento dos demais.

A separação de poderes é fundamental na limitação do poder político. Para POLÍBIO, consoante ao que consta da obra de NUNO PIÇARRA¹⁶, *“a força de um poder, neutralizando a dos outros faz com que os diversos poderes se equilibrem, nenhum se exceda e o sistema político permaneça longamente em perfeito equilíbrio.”*

Os avanços das discussões desse instituto ocorreram na Inglaterra durante o Século XVII. A separação de poderes tinha como fundamento ideológico a luta contra os abusos e arbitrariedades do Parlamento, cujo escopo era limitar aquele órgão ao desempenho da função legislativa, retirando-lhe quaisquer competências de natureza jurisdicional, as quais deveriam ser outorgadas a outro órgão.

O debate inicial era a dicotomia da função legislativa e da executiva. O Poder Executivo exigiu a separação do Poder Legislativo para que os cidadãos pudessem ser governados por Leis imparciais¹⁷.

¹⁶ PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes Como Doutrina e Princípio Constitucional. Editora Coimbra. 1989. Capítulo I.

¹⁷ PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes Como Doutrina e Princípio Constitucional. Editora Coimbra. 1989. Págs 49, 51, 52 e 60. *“Se as mesmas pessoas que fazem as leis podem aplicar, não está garantido este princípio, pois no exercício do poder legislativo elas podem sempre modificar as leis existentes ou fazer novas leis para justificar os actos praticados ao abrigo da sua competência executiva. (...) Se, pois, os que executam as leis tiverem simultaneamente competência legislativa para modificar os limites legais a que estão vinculados ao exercerem a competência executiva, tornar-se-ão inevitavelmente legisladores arbitrários e tirânicos. (...) A doutrina de separação dos poderes, propugnada durante a guerra civil e o interregno, limitava-se a exigir o exercício separado, orgânica e pessoalmente, de*

A junção das funções executivas e legislativas num único órgão era totalmente inviável. Sempre que uma norma fosse desfavorável ao Governante diante de um caso concreto, bastaria a sua alteração, de forma absolutamente arbitrária e tirânica, para que fossem satisfeitos os interesses do agente público, o que geraria risco para a liberdade e segurança da coletividade, indo na contramão da essência da nova figura do Poder Público.

A distinção entre função legislativa, executiva e judicial não surgiu pela pretensão de se compreender e descrever as funções do Estado, mas com o intuito de assegurar a separação orgânico-pessoal desses poderes em prol da liberdade e da segurança da coletividade.

Esse debate reclama a convocação das ideias de Rousseau¹⁸, que era quem tinha como ponto de partida uma relação contratual entre as pessoas e o Estado. Ao firmar o contrato, a soberania não é transferida para nenhuma entidade, como entende Thomas Hobbes, mas permanece no corpo coletivo, fracionada em várias partes, isto é, quem coordena o destino da sociedade é a própria população, real detentora do poder.

Assim, como a soberania é mantida no seio social, caberia a população eleger seus representantes, os quais, por sua vez, editariam normas para toda a sociedade. Caso as leis fossem criadas, ainda que de forma indireta, sem participação da

duas funções materialmente distintas, ou seja, a função legislativa e a função executiva, com o objetivo essencial da garantia da rule of law e, nessa medida, da liberdade e da segurança individuais (...) Foi reivindicada em nome da eficiência do Estado: a função legislativa e a função executiva, por serem materialmente distintas, devem ser postas a cargo de distintos órgãos, estrutural e processualmente adequados ao seu eficiente desempenho.”

¹⁸ ROSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social e o Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens (Os pensadores). Editora Cultura. São Paulo. 1973.

população, estar-se-ia diante de um sistema aristocrático, e não democrático, como bem apontado por Bodin.¹⁹

A lógica passava a ser a de que a própria população, por intermédio de seus mandatários, fosse a fonte do direito. O império da soberania²⁰, da lei e da razão²¹ deveriam orquestrar a sociedade.

Ingressou-se num novo momento da história política: o governo das leis, e não dos homens, o que somente foi possível com o desmembramento do poder estatal entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Nascia o Estado Constitucional.

Diferentemente dos tempos monárquicos, todos os integrantes da sociedade passaram a se submeter às leis, sem quaisquer distinções. Esse passou a ser o remédio contra as arbitrariedades de outrora.

Assim, os atos do Poder Público passavam a carecer de autorização legislativa, de modo que as leis eram previamente editadas pelos representantes do povo.

Nos dizeres de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *“O Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria. Manifesta-se por seus órgãos, que não exprimem senão vontade exclusivamente humana. Os órgãos do Estado são supremos (constitucionais) ou dependentes (administrativos). (...) O Governo é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político. Este se manifesta mediante suas funções, que são exercidas e*

¹⁹ BOBBIO, Norberto. A Teoria das Formas de Governo. Editora Edipro. São Paulo. 2017. Pág. 92

²⁰ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. A configuração e a reconfiguração do princípio da legalidade. Rio de Janeiro. 2013. Pág. 20: *“a fonte de todo o Direito é a vontade geral da sociedade expressada por intermédio da lei.”*

²¹ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Editora Martin Claret. 2002.

cumpridas pelos órgãos de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções – fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional.”²²

Somente mediante a separação de poderes é que fica assegurado o gozo dos direitos fundamentais. Qualquer nação que se intitule democrática deve, obrigatoriamente, dissolver o seu poder político entre Legislativo, Executivo e Judiciário, o que é essencial para qualquer constituição sob a ótica da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²³.

²² DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. Editora Malheiros. 8ª Edição. 2012. Pág. 29

²³ Art. 16 – A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

CAPÍTULO 2 – REGRAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A formação do Estado perpassava pela edição de uma Constituição, a qual condicionaria a validade de todas as demais normas do sistema jurídico. Esse posicionamento consolida as ideias de hierarquização do ordenamento, posicionamento esse brilhantemente defendido por Hans Kelsen.²⁴

As leis possuem caráter geral e abstrato, isto é, se destinam a toda a coletividade. Os primeiros ordenamentos eram compostos, sucintamente, por regras, sem válvulas de escapes, o que acabou gerando arbitrariedades diversas, mormente porque o sistema jurídico era absolutamente positivista, não havendo margem para a defesa de direitos não albergados no ordenamento pátrio, ocasião em que os princípios eram absolutamente periféricos.

Diante das inúmeras atrocidades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, todas subsidiadas pelo sistema positivista alemão²⁵, a sociedade se chocou com os acontecimentos e vislumbrou mecanismos para evitar que práticas daquela natureza voltassem a ocorrer.

Houve uma alteração significativa na concepção jurídica. Uma das providências foi a inserção de vários princípios jurídicos, mormente para exaltar a dignidade da pessoa humana, novo fundamento do Estado.

Esses princípios passavam a gozar de plena normatividade, muito embora se tratem de conceitos jurídicos genéricos. O escopo era privilegiar e garantir os direitos fundamentais e individuais com total abrangência.

Ademais, é impossível prever que todas as hipóteses do mundo fenomênico sejam regulamentadas especificamente por regras jurídicas, justificando a necessidade

²⁴ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo. 1995.

²⁵ ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal. Editora Companhia das Letras.

de se constar dispositivos abertos, como é o caso dos princípios, cabendo citar, a título de exemplo, a dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão, a proporcionalidade, razoabilidade, celeridade, etc.

Um sistema jurídico apenas com regras seria carente de racionalidade, exatamente por ser impossível prever todas as hipóteses fáticas e editar normas para regulamentar os mais variados assuntos.

De outro norte, se o ordenamento fosse composto somente por princípios certamente não haveria segurança jurídica, mormente em razão da elevada carga de abstração que caracteriza essas disposições²⁶.

Além disso, foram inseridos no sistema jurídico os chamados conceitos indeterminados, os quais necessitam de interpretação. Para se atribuir a melhor eficácia é indispensável uma análise panorâmica e harmônica do ordenamento, sobretudo para que, dessa forma, seja possível averiguar a real intenção do legislador.

²⁶ DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. Editora Malheiros. 8ª Edição. 2012. Pág. 29

CAPÍTULO 3 – DISCRICIONARIEDADE

Evidentemente que antes de adentrar ao tema central do trabalho, é um dever inarredável traçar alguns aspectos gerais acerca do conceito e origem da discricionariedade, mormente para que, a partir dessa premissa maior, seja possível delinear se esse instituto se estende à atividade jurisdicional.

3.1 - DISCRICIONARIEDADE EM SENTIDO LATO

Discricionariedade pode ser conceituada como o ato que possibilita várias alternativas, todas legítimas e válidas, e, portanto, cabe ao agente, dentro de sua competência e autonomia, optar por esta ou aquela decisão, o que se concretiza mediante a liberdade que lhe é conferida nessas situações.

A característica geral da discricionariedade consiste no espaço para valorar e escolher, o que não é ilimitado e, dessa forma, deve estar em sintonia com a essência do objetivo que a norma estima alcançar.

O que caracteriza a discricionariedade não é a escolha em si, mas a liberdade de escolha dentre várias opções legítimas. O agente deve, nestes casos, interpretar, valorar e optar.

Com o início da prestação de inúmeros serviços pelo Estado tornou-se fundamental conceder uma margem para o administrador executá-los, máxime porque o interesse público poderia se satisfazer por diversos caminhos, sendo inviável atestar que essa ou aquela forma seria a correta, o que significa dizer que deve existir uma certa zona de liberdade na atuação sem que isso enseje qualquer ônus²⁷.

²⁷ ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Pág. 237. “ (...) a relação do problema da discricionariedade com o da interpretação só surgiu quando a Administração

Ensina a Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que “o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito.”²⁸

Assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que “discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal.”²⁹

Os atos de competência discricionária não se confundem com os conceitos jurídicos indeterminados, como entende Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, mesmo porque, o primeiro se trata de um indiferente jurídico, já o segundo há um ônus argumentativo para que, diante do caso concreto, se diga o significado da norma, o que deve ser feito com base na racionalidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido, LUIS MANUEL FONSECA PIRES aduz que “a discricionariedade é a competência prevista em lei para o exercício da função administrativa que outorga ao agente público uma pluralidade de decisões legítimas, e que por isso não se confunde com a interpretação jurídica de conceitos jurídicos indeterminados, e igualmente não pode ser outorgada para o âmbito da Administração Sancionadora, e a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto,

assumiu o caráter de Administração legal e a interpretação passou a ser vista como algo que não se esgotava numa operação lógica.”

²⁸ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª Edição. Editora Atlas. 2012. Pág. 61

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Editora Malheiros. Pág. 908.

pela melhor opção à realização do interesse público.”³⁰

Inegavelmente a utilização indevida dos atos de competência discricionária podem levar ao desvio de poder e ao desvio de finalidade, mormente porque uma conduta exarada de forma tendenciosa pode se distanciar da finalidade almejada pela norma e, nestes casos, se tornar ilegal.

O moderno entendimento doutrinário dispõe que desvio de poder consiste na *“utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição.”³¹*

Casos desse jaez se evidenciam a partir de uma transgressão à lei em face de uma prerrogativa concedida, porém, deturpada durante a execução do ato para fins diversos.³²

Um aspecto que demonstra a coerência da decisão discricionária é a racionalidade do posicionamento, o que, ao não ser evidenciado, passa a ser

³⁰ FONSECA PIRES, Luis Manuel. Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Editora Fórum. 2ª Edição. Belo Horizonte. 2013. Pág. 201

³¹ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª Edição. Editora Malheiros. Pág. 56

³² BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª Edição. Editora Malheiros. Pág. 61: *“se alguém é investido de uns tanto poderes, não o é para atuá-los em quaisquer circunstâncias ou perante quaisquer fins ou segundo quaisquer formas, mas só o é para mobilizar ditos poderes ante determinadas circunstâncias, em vista de específicos fins e através de certas formas. Donde, quem mobilizasse tais poderes fora das circunstâncias estabelecidas explícita ou implicitamente na lei, ou em desacordo com a finalidade legal ou mediante formas distintas das estabelecidas na regra de direito, estaria, em rigor de verdade, agindo fora da própria competência, isto é, sem competência.”*

plenamente passível de controle jurisdicional e conseqüente anulação do ato.³³

3.2 – COMMOM LAW E CIVIL LAW

No mundo ocidental há dois grandes sistemas jurídicos: *commom law* e *civil law*, os quais possuem premissas distintas e são norteados sob perspectivas diferentes.

O sistema *commom law* enaltece sobremaneira o Poder Judiciário, sobretudo porque possibilita que o magistrado impulse a sociedade mediante a interpretação das normas. Trata-se de “*um sistema baseado em respeito aos precedentes, não à lei.*”³⁴

A título de exemplificação, a descrição de isonomia é a mesma nos Estados Unidos desde a promulgação da Constituição (1787), sendo que o que mudou foi apenas a definição desse instituto conforme o contexto social. Na escravidão o sentido de igualdade era um. Na atualidade é outro, muito embora se trate da mesma redação na *Carta Magna*. A origem desse sistema é inglesa.

Já o *civil law* possui raízes distintas. Por guardar proximidade com ideias romano-canônico e medieval-alemã, a interpretação do direito se vincula às normas, mormente porque essas foram editadas pelo Poder Legislativo, real interprete dos anseios populares e composto por pessoas democraticamente eleitas para tal finalidade. Os tribunais respeitam e se vinculam à legislação editada pelo Parlamento.

³³ ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Pág. 244. “ (...) *no Estado Social de Direito a Administração age por via da lei e de acordo com a lei, cabendo ao Judiciário julgar a adequabilidade do comportamento da administração com o complexo normativo referencial.*”

³⁴ ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Pág. 237.

Inegavelmente o sistema brasileiro é oriundo do *civil law*, não só pela sua origem, mas, também, por sua estrutura lógico-jurídica. Entretanto, devido a inúmeros aspectos, dentre eles a baixa credibilidade e legitimidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo, essa premissa está mudando, de modo que é plenamente possível afirmar que na atualidade há uma certa tendência para o *commom law*.

Brilhantes juristas são norteados por essa diretriz, a exemplo do Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal. Além disso, algumas instituições já lecionam sob a égide da premissa *commom law*, como é o caso da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, da qual o referido magistrado é egresso.

É dentro de todo esse cenário --- *evolução do Estado, discricionariiedade e sistemas jurídicos* --- que se discute as questões relacionadas ao âmago do presente trabalho: a discricionariiedade judicial.

3.3 – DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

O ponto nevrálgico consiste em saber se existe discricionariiedade judicial, isto é, se o Juiz pode decidir livremente sem quaisquer efeitos negativos do ponto de vista de ofensa à ordem jurídica.

A atuação do Poder Público, de modo geral, demanda interpretação do sistema constitucional, mormente em obediência ao princípio da legalidade. Com relação à atividade jurisdicional não é diferente: é impossível que o advogado, o promotor, o defensor público, o procurador, o magistrado e demais operadores do direito fujam disso.

A teoria geral do direito aponta que as interpretações ocorrem sob três perspectivas, as quais abarcam: **(a)** uma zona de certeza positiva, oportunidade em que é fácil diagnosticar o direito; **(b)** uma zona de certeza negativa, ocasião em que claramente o direito não está presente, e **(c)** uma zona intermediária, de penumbra, aonde não é fácil evidenciar ou não o direito (*hard cases*).

A questão hermenêutica se torna mais complexa quando se está diante de um conceito jurídico indeterminado, como é o caso de “grave violação da ordem pública”, “dignidade da pessoa humana”, “interesse público”, dentre outros inúmeros que integram o ordenamento jurídico.

A interpretação do magistrado não pode ser feita de maneira livre, discricionária, conforme sua intelecção. Consoante ao já descrito em tópicos anteriores, a discricionariedade se trata de um indiferente jurídico, sobretudo porque o agente escolhe uma dentre várias opções, todas viáveis, sem qualquer ônus.

Não seria coerente aduzir que o magistrado tenha essa prerrogativa, mormente porque isso retiraria do controle das partes a faculdade de se insurgir contra a decisão, mesmo porque, nos casos discricionários, o agente tem um leque de opções válidas, o que não se aplica a decisão judicial, uma vez que essa deve se vincular à finalidade última da norma, e não a autonomia do Juiz.

Se a legislação busca um objetivo específico, não pode o magistrado, ao interpretar determinada processo, chegar à conclusão diversa³⁵. Nos casos discricionários há uma multiplicidade de opções que são corretas, o que não pode ser admitido as decisões judiciais.

Nessa linha, a doutrina aponta que *“o Poder Judiciário não tem discricionariedade quando interpreta (e aplica ao caso concreto) norma que tenha conceito vago, seja proferindo liminares, seja prolatando sentenças. Isso implicaria,*

³⁵ ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Pág. 242. *“Alberto Xavier aborda a diferença que vem sendo feita pela doutrina entre discricionariedade de ação (da Administração) e discricionariedade subsuntiva, cognitiva, vinculada ou técnica (do Judiciário). Na primeira, há liberdade de opção entre uma série de caminhos juridicamente possíveis; na segunda, há uma só decisão desejada pela lei, embora chegar até ela não seja fácil.”*

de certo modo, que essas decisões ficassem fora do controle das partes. Impossível conclusão diferente. Qual o sentido funcional do conceito de discricionariedade? Exatamente o de gerar essa margem de liberdade dentro da qual o agente estaria fora do controle dos atingidos pela decisão.”³⁶

A Administração Pública detém discricionariedade e, portanto, atos dessa natureza gozam de impunidade, muito embora possam ser controlados pelo Poder Judiciário e, em caso de falta de racionalidade, virem a ser anulados. Essa situação não se opera no âmbito da magistratura, uma vez que a decisão lavrada fica adstrita ao controle do próprio judiciário.

Há muita resistência acadêmica na aceitação da discricionariedade judicial, ainda mais em países do *civil law*. GEORGES ABBOUD afirma que *“admitir a inserção da discricionariedade para solução de questões jurídicas constitui, ainda, enorme retrocesso em termos democráticos, pelo simples fato de que a discricionariedade confere um salvo conduto ao julgador e uma imunização da decisão que a contém, tornando impossível contrastar seu acerto ou desacerto, o que, em última instância, impede a aferição da sua própria constitucionalidade.”³⁷*

Admitir a possibilidade de livre margem de apreciação para os julgadores causaria enorme insegurança jurídica e nos remeteria a um limbo, inclusive desprestigiaria a soberania popular, fundamento da República (*Art. 1, inciso I, Parágrafo Único da CF³⁸*), que escolheu seus representantes para editarem normas

³⁶ ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Págs. 238/239

³⁷ ABBOUD, Georges. Discricionariedade Administrativa e Judicial. Editora Revista dos Tribunais. 2015. Pág. 321

³⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania (...) Parágrafo único. Todo o poder

condizentes com os anseios da sociedade, não obstante de ser totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito a soberania da vontade do magistrado em detrimento da orientação legislativa³⁹.

A tutela jurisdicional não pode ficar adstrita à vontade do Juiz, máxime porque *“a sentença, como ato processual, só se integra ou se completa pela reunião dos elementos que a lei enumera como essenciais à sua composição. A lei prescreve à sentença regras de composição ou de estrutura lógica não apenas por motivos de ordem estética, mas por força da natureza mesma da sentença, que não é um simples ato de vontade do juiz. Este não exerce, com efeito, uma atividade arbitrária ou discricionária da adjudicação de uma das partes do direito entre elas litigioso. A parte decisória ou dispositiva da sentença não se funda apenas no poder de decidir na conformidade das provas produzidas e da norma jurídica por ele revelada na sentença.”*⁴⁰

Evidencia-se com meridiana clareza que o magistrado não pode decidir livremente. Os parâmetros jurídicos estão devidamente delineados na Lei, muito embora as conclusões nem sempre sejam óbvias.

emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³⁹ ABBOUD, Georges. Discricionariiedade Administrativa e Judicial. Editora Revista dos Tribunais. 2015. Pág. 320. *“Conforme ensina Lenio Streck, a vontade e o conhecimento do magistrado não constituem salvo conduto para decidir como quiser, não há uma discricionariiedade oferecida ao juiz para decidir de acordo com sua consciência, por mais difícil que seja o caso concreto. Esse “poder” que atualmente tem se dado ao magistrado para agir discricionariamente não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que as ‘opções’ escolhidas pelo juiz deixarão de lado ‘opções’ de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, que não se relaciona com a autonomia do direito.”*

⁴⁰ CAMPOS, Francisco. Direito Civil. Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1956. Pág. 334

Há casos que versam a respeito de conceitos jurídicos indeterminados, o que não pode, nem de longe, ser confundido com discricionariedade, sob pena de se outorgar total autonomia para o Juiz definir o referido conceito, sendo que, na realidade, isso deve se pautar na interpretação panorâmica e sistêmica do ordenamento jurídico, e não na conveniência do magistrado.

Ao se deparar com conceitos jurídicos indeterminados não se pode (e nem deve) tentar afastar o poder de interpretação do magistrado. Isso é algo intrínseco ao direito.

Ao interpretar um dispositivo não se está criando ou produzindo norma, mas apenas definindo determinando conceito diante de um caso concreto por ocasião do artigo que regulamenta o tema ser excessivamente aberto⁴¹. Ou seja, trata-se de terminologia indeterminada, porém, determinável, como é o caso de “grave violação da ordem pública”, por exemplo, tornando necessário que o Juiz diga o direito.

Para EROS GRAU *“os juízes produzem direito em e como consequência do processo de interpretação (...) a interpretação do direito não é atividade de conhecimento, mas constitutiva; portanto, decisional, embora não discricionária (...) o único intérprete autorizado pelo próprio direito a definir a norma de decisão em cada caso é o juiz.”*⁴²

⁴¹ ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. Págs. 245/246. *“(...) em nosso entender, não é a circunstância, em si mesma, de haver um conceito vago no texto da lei que autoriza, por si só, que o aplicador da norma exerça poder discricionário. Interpretação de conceito não se confunde com exercício de poder discricionário, nem dá ensejo, por si só, ao exercício desse poder, nem no que tange à atividade da Administração e muito menos no que diz respeito à do Poder Judiciário.”*

⁴² GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. Editora Malheiros. 8ª Edição. 2017. Págs. 27/28.

Esse posicionamento nos leva a concordar que, muito embora seja vedado ao magistrado criar normas gerais e abstratas, cabe a ele dizer o direito de forma individualizada, o que não pode ser confundido com discricionariedade, sobretudo porque trata-se da aplicação da lei, e não criação de direito à margem da lei.

Nos dizeres do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, EROS GRAU, “*o judiciário, no quadro da separação dos Poderes, seria apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; não é mudo, mas apenas pronuncia o que foi dito pelo legislador.*”⁴³

Aceitar a ideia de discricionariedade judicial estrangularia a segurança jurídica. Seria absolutamente imprevisível ter ciência de quando esse ou aquele magistrado vai optar por uma ou outra decisão, sobretudo porque ambas seriam legítimas, o que se mostra absolutamente desconexo ao Estado Constitucional, inclusive se traduzindo em arbítrio.

O julgador está vinculado ao princípio da legalidade quando lavra suas decisões. Diante disso, não há como afirmar que é possível discricionariedade nos seus atos, sobretudo porque isso pressuporia indiferentes jurídicos, isto é, decisões aleatórias, de modo que qualquer opção deveria ser considerada acertada.

Quando o magistrado se depara com um conceito aberto, como é o caso dos princípios, os quais são dotados de elevada abstração, a exemplo da proporcionalidade e da razoabilidade, não significa que ele possa atribuir a interpretação que bem entender (discricionariedade).

Nestes casos é preponderante que haja densa motivação na decisão, o que é possível de se constatar com a racionalidade dos argumentos e apontamento dos dispositivos do ordenamento jurídico naquela diretriz para, daí então, se pronunciar o direito.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. Editora Malheiros. 8ª Edição. 2017. Pág. 46

São baseadas nessas premissas que Luís Roberto Barroso asseverou que “o *dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distinto relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.*”⁴⁴

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática (artigo).

CONCLUSÕES

O ambiente em que o ser humano se desenvolve é no seio social, o qual, por sua vez, é norteado pela política. A figura do Estado evoluiu sobremaneira ao longo dos anos.

Em determinado momento histórico tornou-se inarredável a diluição das funções públicas entre Legislativo, Executivo e Judiciário, mormente para assegurar as liberdades individuais e rechaçar o arbítrio. O Estado passou a dever obediência ao princípio da legalidade.

Contudo, o respeito ao ordenamento jurídico inflexível e sem válvulas de escape levou a desastres humanitários, como foi o caso do Holocausto, tudo devidamente subsidiado pelo sistema então vigente. Houve uma reformulação das normas, as quais passaram a se subdividir entre princípios e regras, ambas dotadas de plena normatividade.

As prestações de serviço pelo Poder Público fizeram surgir o conceito de discricionariedade administrativa. Esse instituto se configura na ocasião em que o gestor público escolhe uma dentre várias opções legítimas.

Ambos os sistemas jurídicos ocidentais --- *civil law* e *commom law* --- contemplam a discricionariedade. Contudo, muito embora sejam pautados em premissas diversas, é inconcebível atestar que exista discricionariedade judicial, mormente porque o magistrado deve pronunciar o direito não conforme sua concepção, mas de acordo com a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

___ ABBOUD, Georges. Discricionariedade Administrativa e Judicial. Editora Revista dos Tribunais. 2015;

___ ALVIM, Teresa Arruda, e DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais;

___ ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal. Editora Companhia das Letras;

___ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Editora Malheiros;

___ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª Edição. Editora Malheiros;

___ BAUMAN, Zygmunt. Europa. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2006;

___ BAUMAN, Zygmunt. Estado de Crise. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2014;

___ BOBBIO, Norberto. A Teoria das Formas de Governo. Editora Edipro. São Paulo. 2017;

___ CAMPOS, Francisco. Direito Civil. Editora Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1956;

___ DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. Editora Malheiros. 8ª Edição. 2012;

___ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. A configuração e a reconfiguração do princípio da legalidade. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2013;

___ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Estado Legal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas. v. 157. jul./set. 1984;

___ FONSECA PIRES, Luis Manuel. Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. 2ª Edição. Belo Horizonte. 2013;

___ FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão, o Mal-Estado na Civilização e outros trabalhos. Imago Editora. Rio de Janeiro. 2006;

___ FREITAS, Gustavo de. 900 textos e documentos de historia. Lisboa. Editora Plátano. 3º Volume. 1976;

___ GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. Editora Malheiros. 8ª Edição. 2017;

___ HOBBS, Thomas. O Leviatã. Editora Ícone. 3ª Edição. São Paulo. 2008;

___ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Editora Martin Claret. 2002;

___ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo. 1995;

___ LA BOÉTIE, Étienne de. Discurso da Servidão Voluntária. Editora Martin Claret. 2ª Edição. São Paulo. 2015;

___ PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes Como Doutrina e Princípio Constitucional. Editora Coimbra. 1989;

___ POGGI, Gianfranco. A Evolução do Estado Moderno: Uma Introdução Sociológica. Editora Zahar. Rio de Janeiro;

___ ROSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social e o Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade Entre os Homens (Os pensadores) Editora Cultura. São Paulo. 1973;

___ TOCQUEVILLE, Alexis de. O Antigo Regime e a Revolução. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2013;

___ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Discricionariiedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª Edição. Editora Atlas. 2012.