

CONCLUSÃO

A pesquisa, com foco nos limites da discricionariedade judicial, objetivou perscrutar se é possível as decisões judiciais serem embasadas em instrumentos diferentes dos normativos e de que maneira o pós-positivismo contribuiu para dar ao intérprete maior liberdade na construção da norma individual.

A questão sobre a discricionariedade judicial baseia-se num ideal de completude, seja através dos princípios ou das regras o intérprete busca preencher o vazio deixado pelo legislador. Em tempos de pós-modernidade torna-se um desafio encontrar respostas para os problemas novos e urgentes que surgem com a celeridade característica desta nova era. Todavia, a dúvida que permeia a ciência jurídica é: Como o juiz, intérprete ativo da pós-modernidade, deve decidir ao deparar-se com as lacunas da lei? Há um limite para sua interpretação? A interpretação pode ser valorativa ou deve-se pautar pela herança do positivismo e utilizar os métodos clássicos de interpretação?

Foi necessário percorrer os caminhos da Filosofia do Direito para investigar as hipóteses. Por meio da análise do Positivismo Jurídico ficou mais fácil entender a abstração dos valores na tentativa de sistematização do Direito.

Hans Kelsen foi o autor que mais procurou separar a moral do Direito, pois para ele uma ordem jurídica poderia ser considerada válida mesmo que contrariasse a moral, o que importava de fato era se a norma estava inserida dentro de um ordenamento jurídico válido. A sua teoria trouxe muitos reflexos para o estudo da discricionariedade judicial, reconheceu que existe uma margem de interpretação que pode ser solucionada dentro do que intitulou de moldura do Direito.

A concepção da moldura tem como característica basal o fato de a interpretação ocorrer dentro do *direito a ser interpretado* em que estão presentes todas as possibilidades de aplicação. Tal característica sustenta toda teoria clássica da interpretação que está, inclusive, positivada nas codificações.

Do estudo de Herbert Hart conclui-se que a discricionariedade é moderada, pois traça uma descrição da lei para justificar quais as regras e princípios servem para completar o ordenamento. A discricionariedade manifesta-se nas práticas dos

Tribunais e na lei, ponto este muito criticado por Ronald Dworkin que acreditava que a discricionariedade ocorre através de uma interpretação construtivista.

Muito semelhante à concepção de Hebert Hart foi o realismo escandinavo de Alf Ross que da mesma forma valorizava a interpretação da lei pelos Tribunais, uma vez que visava o conhecimento empírico. Não muito diferente do positivismo, defendeu também, que a escolha dos juízes para preencher as lacunas legislativas depende do direito vigente. O juiz, segundo essa perspectiva, sente-se vinculado à ideologia jurídica em vigor que considera a norma como socialmente obrigatória.

Contudo, grandes partes das conjecturas que permeiam a pesquisa tiveram suas respostas amparadas na análise do pós-positivismo, especialmente, na teoria de Ronald Dworkin.

Antes, porém, foi preciso também averiguar as teorias principiológicas que ganharam força com a crescente postura ativista dos Tribunais. Robert Alexy principal expoente dessa vertente, resolve questões que são muito dispendiosas para o intérprete, cuja solução está na ponderação dos princípios em conflito.

A vagueza dos conceitos jurídicos indeterminados é outro ponto importante, pois a discricionariedade judicial surge exatamente da imprecisão da realidade. Se o próprio ordenamento abre espaço para contribuição criativa do intérprete como então estabelecer padrões para a interpretação?

A discricionariedade administrativa será, portanto, o principal parâmetro para chegar não só a um possível conceito de discricionariedade judicial, como também a um limite para a interpretação. A liberdade decorrente da conveniência e oportunidade é uma liberdade pautada na lei, ancorada nos princípios e o uso inadequado da discricionariedade judicial, em analogia a discricionariedade administrativa, acarreta o desvio de poder. Nesse passo, a discricionariedade judicial deve cumprir a finalidade a que se destina por isso a sua limitação serve para garantir não só a idoneidade do intérprete como também evitar a autodeterminação.

Ronald Dworkin, de maneira visionária, estabelece a limitação tão almejada. O seu conceito de integridade do Direito serve de auxílio na tarefa de assimilar como uma boa interpretação do Direito é fundamental para a busca da justiça, sem,

contudo, ignorar a produção jurídica anterior, pois o Direito é como um romance em cadeia escrito por um único autor.

A concepção de que a criação é um processo contínuo em que não se deve ignorar a lei, a jurisprudência, e nem o processo criativo inovador, pode ser uma luz para evitar o decisionismo. Um romancista em cadeia terá, portanto, muitas decisões complicadas para tomar, e espera-se que vários romancistas tomem decisões diferentes, mas o Direito sempre permanecerá íntegro.

Deste modo, conclui-se que a discricionariedade judicial pode apoiar-se em instrumentos diversos dos normativos, todavia a integridade do Direito deve ser preservada através dos limites principiológicos, de uma sequência jurisprudencial encadeada, da razoabilidade e da moldura estabelecida pela lei.