

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES  
CURSO DE DIREITO

**A INSEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À  
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

Caetano Bertinatti

Lajeado, junho de 2016.

Caetano Bertinatti

**A INSEGURANÇA JURÍDICA FRENTE À  
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia ou Artigo, do Curso de Direito, do Centro Universitário Univates, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Mateus Bassani de Matos.

Lajeado, junho de 2016.

## RESUMO

A discricionariiedade nas decisões judiciais resulta em grande insegurança para o jurisdicionado, uma vez que se fica dependente dos valores pessoais do julgador. Dessa forma, esta monografia tem como objetivo encontrar maneiras de interpretar os textos jurídicos de forma que se consiga afastar a discricionariiedade judicial, analisando, em especial, a Crítica Hermenêutica do Direito, teoria criada por Lenio Luiz Streck. A metodologia deste estudo qualitativo envolveu pesquisas em doutrinas, artigos de publicações virtuais, legislação e jurisprudência. Analisou-se o positivismo, em suas diversas faces, em especial o positivismo Exegético e o positivismo Normativista, uma vez que essas teorias foram as primeiras a se preocupar com a interpretação do direito, demonstrando seus maiores problemas na aplicação do direito ao caso concreto. Ainda, verificou-se a discricionariiedade em casos práticos, julgados no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. A conclusão do estudo é que através da teoria criada pelo estudioso acima citado, a Nova Crítica do Direito, pode-se, a partir da hermenêutica filosófica, afastar a discricionariiedade judicial. Em casos práticos, a lei deve ser aplicada, desde que o princípio instituidor por trás dela esteja em conformidade com a Constituição, sendo que nos casos em que não for assim, e somente nesses casos, não deverá ser aplicado o texto de lei.

**Palavras-chaves:** Hermenêutica. Discricionariiedade. Insegurança jurídica.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2 AS FASES DO POSITIVISMO JURÍDICO E SUA APROXIMAÇÃO COM A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL .....</b>	<b>8</b>
2.1 O positivismo jurídico e suas diversas fases.....	9
2.1.1 Positivismo exegetico .....	9
2.1.2 Positivismo normativista.....	11
2.1.3 Positivismo inclusivo e exclusivo .....	13
2.1.3.1 Positivismo exclusivo .....	14
2.1.3.2 Positivismo inclusivo .....	14
2.2 A problemática do pós positivismo .....	15
2.3 O cerne da questão: a discricionariedade judicial em suas diversas faces.....	16
<b>3 A DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA EM CASOS PRÁTICOS .....</b>	<b>20</b>
3.1 A discricionariedade jurídica nas decisões do Superior Tribunal de Justiça.....	20
3.1.1 Embargos de divergência em Recurso Especial nº 279.889 – AL .....	20
3.1.2 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 827.440/MT (DJe 13/04/2016).....	21
3.1.2 Agravo em recurso especial nº 686.965/DF .....	22
3.1.3 A discricionariedade jurídica nas decisões do Supremo Tribunal Federal .....	26
3.1.3.1 Habeas corpus nº 126.292.....	26
3.1.3.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/RJ.....	29
3.1.3.3 Habeas corpus nº 103.525 - Supremo Tribunal Federal .....	31
<b>4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA AFASTAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. ....</b>	<b>34</b>
4.1 A possibilidade de afastar de vez o decisionismo judicial.....	34
4.2 A relação entre a aplicação da letra da lei e o positivismo .....	39
4.2.1 A discricionariiedade no positivismo exegetico, normativista e no neoconstitucionalismo.....	40
4.3 Uma breve análise da Nova Crítica do Direito .....	41
4.3.1 Quando não se deve aplicar a lei .....	44
4.3.2 A resposta correta é aquela realizada por princípios.....	45
4.3.3 Conjunto mínimo de princípios propostos por Lenio Streck .....	48
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>51</b>

<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>55</b>
---------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI, em um Estado Democrático de Direito, com diversas seguranças e garantias individuais asseguradas pela Constituição Federal de 1988, fica-se dependente da vontade pessoal do julgador, e o pior, sustentada por parte da doutrina, baseada na conclusão, equivocada, de que a sentença é um ato de vontade do juiz.

No direito, mesmo com tantos avanços da psicanálise, filosofia, psicologia e da hermenêutica, ainda vivênciamos o assujeitamento que o sujeito faz do objeto, ou seja, a filosofia da consciência. Os juristas brasileiros acreditam ou, ao menos, aceitam que o juiz decida conforme sua consciência, desde que a decisão seja fundamentada.

Não há critérios para a realização da interpretação da norma jurídica, o que faz com que sua aplicação seja fruto da consciência do julgador, consoante se percebe por afirmações do tipo: interpretação como ato de vontade do juiz; interpretação como fruto da subjetividade judicial; o juiz deve fazer a ponderação de valores, leia-se o juiz deve escolher o que achar mais justo/correto; razoabilidade e proporcionalidade como ato voluntário do juiz, entre outras (STRECK, 2014).

O que parte da doutrina não percebe é que a decisão sem critérios de interpretação, ou seja, interpretar a norma jurídica partindo do paradigma que bem entender, faz com que o jurisdicionado fique dependente da formação humanística do julgador. Em outras palavras, este irá realizar a aplicação da norma da forma que entender correta, ou justa, sendo influenciado por seus próprios conceitos de correto/justiça, o que gera enorme insegurança àquele que procura seus direitos através do Judiciário.

Nem mesmo a obrigação de fundamentar a decisão consegue afastar o decisionismo, eis que, consoante já afirmado, enquanto não houver critérios para realizar a interpretação,

qualquer fundamentação lógica servirá de base para qualquer decisão, acarretando em fundamentos idênticos, para não dizer iguais, embasando decisões totalmente opostas, o que se vê constantemente nos pretórios.

É exatamente sobre esse ponto que trata o presente trabalho. Longe do intuito de encontrar respostas absolutas para essa questão, diga-se de passagem, tão problemática, tenta-se encontrar formas de interpretações para que se consiga afastar a discricionariedade do julgador, analisando, em especial, a Crítica Hermeneutica do Direito, teoria criada pelo jurista Lenio Luiz Streck.

A hipótese para o problema funda-se na reflexão de que o jurisdicionado é prejudicado diante da discricionariedade judicial, devendo haver uma maior análise na questão da interpretação do Direito, para que a decisão de um caso jurídico não fique diretamente dependente do aplicador da lei, no caso o Juiz.

A forma de abordagem a ser utilizada nesta dissertação, tendo em vista o caráter subjetivo da abordagem do tema, tornando-se impossível mensuração prática e estatística, será qualitativa. O objetivo de compreender e interpretar, ou mesmo reinterpretar, de forma ampla e conjugando diversos elementos, vai ao encontro da pesquisa qualitativa, conforme explicam Mezzaroba e Moteiro (2014), referindo que, nessa forma, a investigação é mais global e se inter-relaciona com diversos fatores, justamente o objetivo deste trabalho, que aprofundará aspectos relativos à discricionariedade judicial, bem como meios para sua superação. O estudo se dará mediante procedimentos técnicos baseados em doutrina, artigos de publicações virtuais, legislação e jurisprudência.

Para tanto, inicia-se a discussão, no primeiro capítulo, partindo das primeiras teorias de interpretação do direito, quais sejam, positivismo jurídico em suas diversas formas, dando-se atenção em especial ao positivismo exegético, o qual foi criado a partir do fenômeno de codificação das leis, onde se imaginava que as leis poderiam cobrir toda a realidade, bem como ao positivismo normativista, teoria criada por Hans Kelsen, até chegar ao positivismo inclusivo e exclusivo de Jules Coleman.

Após, será abordada a questão do neoconstitucionalismo brasileiro, sendo, ao final do primeiro capítulo, realizado uma relação da discricionariedade judicial em suas diversas fases, desde o positivismo exegético até o neoconstitucionalismo.

No segundo capítulo serão expostas decisões do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, onde será analisada a forma em que os Tribunais Superiores interpretaram a legislação constitucional e infra constitucional, demonstrando, assim, se houve ou não discricionariedade em suas decisões.

Serão analisados casos tanto em matéria penal, como é o caso da interpretação extensiva no Direito Penal, ou então o caso mais recente da possibilidade da prisão ocorrer antes do trânsito em julgado, bem como matéria de direito público, como é o caso do reconhecimento da união homoafetiva, entre outros.

No terceiro e último capítulo, será realizada uma breve análise da Crítica Hermeneutica do Direito, demonstrando os principais pontos dessa teoria, a fim de afastar a discricionariedade nas decisões judiciais e chegar a respostas adequadas à Constituição.

## **2 AS FASES DO POSITIVISMO JURÍDICO E SUA APROXIMAÇÃO COM A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

O positivismo jurídico surgiu como forma de controlar a interpretação jurídica, passando por diversas formas. Este capítulo terá como objetivo identificar a aproximação entre o positivismo jurídico e a discricionariedade judicial, desconstruindo a ideia de que a decisão baseada na consciência do julgador é a forma contrária ao positivismo.

Para tanto, inicialmente será abordado o positivismo jurídico em suas fases mais importantes, em especial, o positivismo exegético e o positivismo normativista, até chegar ao positivismo inclusivo e exclusivo de Jules Coleman.

Por fim, será abordado a característica em comum de todas as fases do positivismo, correlacionando com a discricionariedade judicial, igualmente, em suas diversas formas.

Importante ressaltar que, diferentemente do que muitos pensam, o positivismo jurídico não está ultrapassado, conforme ensina Abel (2011, p. 32):

[...] É importante lembrar que a doutrina jurídica, até hoje, não construiu uma teoria da decisão adequada para o Estado Democrático do Direito neoconstitucional no qual hoje vivemos. Nossa ainda jovem democracia brasileira, apesar de todos os seus admiráveis e inegáveis progressos, não solidificou, nas práticas jurídicas e institucionais, uma cultura democrática forte (basta ver como as questões relativas à cidadania e direitos fundamentais ainda padecem de má-compreensão e aplicação no nosso país). Significa dizer: é uma ilusão acharmos que estamos “protegidos” de uma súbita ressurreição do positivismo jurídico no nosso país. Pelo contrário: salta aos olhos o fato de que a nossa prática jurídica se afiliou a um “pós-positivismo” de convivência, de fundamentos teóricos paupérrimos e pouco claros, derivados de um verdadeiro “mix-teórico” - desprovido de qualquer erudição, consistência, robustez argumentativa ou filiação intelectual clara.

Dessa forma, necessário o estudo do positivismo jurídico em suas diversas fases, para tornar possível a compreensão de como a interpretação do direito se desenvolveu, chegando até

os dias atuais.

## **2.1 O positivismo jurídico e suas diversas fases**

O positivismo aparece na história do direito de diversos modos, sendo que em todos eles há algo em comum: na interpretação do direito, em algum momento, há um espaço que necessariamente será preenchido pela vontade discricionária do intérprete (STRECK, 2014b).

### **2.1.1 Positivismo exegetico**

Como ensina Streck (2014b), antes do fenômeno da codificação, o direito romano era regido por um texto no qual haviam os mais sofisticados estudos da época. Tudo aquilo que não podusse ser resolvido pelo direito comum seria resolvido segundo critérios da autoridade dos estudos sobre o direito romano.

Então, “com o aparecimento da codificação, ou seja, o direito em códigos, em 1804 na França e 1900 na Alemanha, toda a argumentação jurídica lhes era atribuída, passando a não mais ter espaço a complementaridade do direito romano” (STRECK, 2014, p. 33). Em outras palavras, com o aparecimento dos Códigos, pensava-se que todas as situações possíveis poderiam ser resumidas às Leis.

Em algum momento, percebeu-se a impossibilidade dos Códigos de cobrir toda a realidade, surgindo assim as discussões quanto ao controle da interpretação do direito (STRECK, 2014). Aqui aparece, pela primeira vez, o positivismo em sua forma exegetica:

[...] ou positivismo primevo, com o intuito de responder a questão quanto ao controle da interpretação do direito, através da Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, e a Escola da Exegese, na França, as quais seriam responsáveis por responder essa questão, a partir de uma análise dos próprios Códigos, análise esta que seria meramente sintática (STRECK, 2014, p. 33).

A principal característica desse momento, ensina Streck (2014), é a realização da análise sintática dos Códigos, sendo que a simples conexão dos signos resolveria o problema da interpretação do direito, ou seja, a simples análise da frase resolveria a interpretação, ganhando, assim, grande importância os casos de analogia e princípios gerais do direito, sendo usados quando o caso concreto não se enquadrava perfeitamente na norma.

Nesse sentido, Hupffer (2006) aduz que um dos motivos que consagrou o positivismo exegetico foi o seu esforço de clarificação do sistema jurídico:

Um dos aspectos que a consagrou foi precisamente o seu esforço de clarificação e aperfeiçoamento do sistema jurídico, com base no ideal do positivismo jurídico a ela vinculado. Entende o Direito como um conjunto de textos legais sistematizados em códigos e seu método é a interpretação literal da lei, ou seja, o Direito é interpretado sob a ótica de um sistema fechado, amparado numa legislação exhaustiva e completa (HUPFFER, 2006, p. 60).

E continua:

Daí dizer-se que a Escola da Exegese tem como objeto de estudo a lei codificada e a caracterização pela “confiança cega nas suficiências das leis”, no “fetichismo da lei” e na atribuição de poder à autoridade do Estado, fundamentada exclusivamente na intenção de um legislador onipotente e onisciente. Um dos efeitos da doutrina da Escola da Exegese, como adverte Bonnecase, é a de ‘proclamar a onipotência jurídica do legislador, quer dizer, do Estado, posto que, independentemente de nossa vontade, o culto extremo ao texto da lei e a intenção do legislador coloca o Direito, de uma maneira absoluta, em poder do Estado’ (HUPFFER, 2006, p. 60).

O positivismo Exegético tem como pressuposto filosófico o jusnaturalismo moderno e o nacionalismo, tendo como característica a identificação do direito à lei (HAIDE, 2006). Em outras palavras, esse primeiro positivismo atrela o direito à lei, ou seja, o direito é somente aquilo que está na lei.

Haide (2006) adverte, ainda, o fato de que uma das manifestações mais claras do exegetivismo é a tese da doutrina da separação dos Poderes:

Uma das manifestações mais claras da força da razão na origem da Escola da Exegese é a tese da doutrina da “separação de Poderes”, com significativa diminuição do papel do juiz [...] resultando num sistema determinável e previsível. A função do jurista está subordinada estritamente à lei, a interpretar fórmulas legislativas, isto é, à pura aplicação do texto legal. Sua tarefa é fazer a exegese e conservar o corpo de regras já estabelecidas pelos códigos, atuando como mero intérprete-aplicador do Direito. Ele apenas declara, isto é, revela o Direito existente. Em contraposição, é delegada ao Poder Legislativo - na figura do legislador - a tarefa de criar as leis; é dele a titularidade iniciativa de propor leis. O jurista está subordinado a esse legislador e sua função, como prático do Direito, é de apenas comentar, explicar e aplicar a lei ao caso concreto, como uma função supletiva da atividade legislativa. ‘Interpretar e aplicar o direito se concebe - idealmente - como uma tarefa lógico-mecânica’ (HUPFFER, 2006, p. 66).

Por fim, pode-se concluir que o positivismo exegetico, também chamado de positivismo legalista, parte da ideia de que o direito se resume à lei, não havendo margens para a interpretação, o que, hoje, resta claramente ultrapassado, uma vez que há muito já se sabe que a lei não consegue prever todas as possibilidades de fatos.

### 2.1.2 Positivismo normativista

O positivismo normativista é uma forma de aperfeiçoamento do positivismo exegético, tendo em vista que no século XX o modelo sintático de interpretação dos Códigos passou a se apresentar completamente desgastado, surgindo o problema da indeterminação do sentido do direito (STRECK, 2014b).

Nesse cenário, Streck (2014b) explica que aparece Hans Kelsen, com o objetivo de reforçar o método analítico de interpretação, de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre, que traziam à tona argumentos psicológicos, políticos e ideológicos (STRECK, 2014b).

Esse reforço do método analítico feito por Kelsen (*apud* STRECK, 2014b, p. 34), partiu da seguinte constatação: “o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático”. Assim, Kelsen tentou construir uma teoria pura do Direito, estudando seu objeto e demonstrando sua autonomia como ciência jurídica:

Hans Kelsen construiu uma teoria pura do Direito que tem como pressuposto fundamental estudar seu objeto pelo princípio da pureza metódica e da autonomia da ciência jurídica, ou seja, a ciência jurídica deve estar desprovida de qualquer conteúdo ideológico, pressuposições metafísicas, preconceitos, opiniões e juízos de valor. Seu interesse ao apresentar sua teoria pura do Direito foi de alcançar, no Direito, os ideais de toda ciência: exatidão e objetividade. Sua obra constituiu o marco mais significativo para a estrutura do Direito Positivo ao tomar como ponto de partida a ciência positiva para seu projeto epistemológico. Concebe uma ciência pura do Direito, propondo uma depuração do objeto da ciência jurídica para utilização do conceito de neutralidade ideológica como condição de validade do método científico. Portanto, o interesse da teoria pura, nas palavras de Pêpe e Warat, é ‘tornar evidentes as condições de positividade da ciência jurídico-positiva’ (HUPFFER, 2006, p. 371).

A intenção de Kelsen era criar uma ciência jurídica, eliminando todos os elementos que lhes são estranhos, criando um objeto próprio do estudo do direito (HAIDE, 2006). Nas palavras da professora:

[...] Concebeu o Direito como sistema de normas positivas e sua ciência, como a teoria da interpretação do Direito Positivo, utilizando o método lógico-dedutível, partindo de uma estrutura lógica de sistemas de normas e conceitos hierarquicamente estipulados em um sistema jurídico logicamente perfeito. Não é da competência da Ciência do Direito investigar se uma norma tem eficácia ou não, pois isso está fora de seu campo de investigação, e também não é sua a atribuição de emitir juízos da ordem do ser, ou seja, juízos sobre a realidade, mas apenas dizer se uma norma é válida ou não (HUPFFER, 2006, p. 372).

Nessa ótica, ensina o professor Streck (2014b, p. 35) que há uma cisão entre direito e ciência do direito:

[...] em Kelsen, há uma cisão entre direito e ciência do direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. De fato, também a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, normas. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral - interpretação como ato de conhecimento - produz proposições. Devido à característica relativista da moral kelsiana, as normas - que exsurgem de um ato de vontade - terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico - por meio do qual a norma superior se manifesta - aos objetos do mundo concreto - que estão afetados pela criação de uma nova norma. Por outra banda, a interpretação como ato de conhecimento - que descreve, no plano de uma metalinguagem, as normas produzidas pelas autoridades jurídicas - produz proposições que se inter-relacionam de maneira estritamente lógico-formal.

Para Kelsen, então, o que importa é a forma da norma, e não seu conteúdo - o que pode ser visto como uma volta ao positivismo exegético, que mantém toda sua teoria na norma - pouco importando se a norma é justa ou não, desde que tenha sido criada observando as formalidades, dentro de um sistema hierarquizado (HAIDE, 2006). Por essa premissa, Kelsen estabelece uma norma fundamental:

Kelsen constrói o ordenamento jurídico positivo - conjunto das normas válidas - utilizado a forma de uma pirâmide, mostrando como se articulam os aspectos estáticos e os aspectos dinâmicos do Direito, em que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma superior. Mas esse valer-se de uma norma superior não pode representar uma espiral interminável; é necessária uma norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. É neste momento que Kelsen introduz o conceito de Norma Fundamental (Grundnorm) gnoseológica, que “serviria como critério de reconhecimento, como esquema de significação das normas e proposições normativas e, também, como proposta definitiva do campo temático da Ciência do Direito”. Ela é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a um conjunto sistemático de normas. Qualquer norma só será considerada jurídica e legítima se estiver em conformidade com os preceitos contidos na norma fundamental (HUPFFER, 2006, p. 78).

O grande problema do positivismo normativista é a discricionariedade do intérprete ou o desacionismo presente na metáfora da moldura da norma, como ensina Streck (2014b, p. 35):

É importante registrar que a palavra em alemão *bild* pode ser traduzida de vários modos. Tradicionalmente, na obra *Teoria pura do direito*, tem sido vertida como “moldura”. Mas também significa “ideia” ou “imagem”. Lendo o texto original de Kelsen, veremos que “ideia” ou “imagem” podem se tornar coerentes com o contexto. Não esqueçamos o paradigma filosófico no qual está inserido Hans Kelsen e como ele via a relação cognitiva. Ora, Kelsen não era um positivista exegético. Sua obra vem para superar essa concepção de positivismo. O seu positivismo é normativista. Ele não separa o direito da moral, mas, sim, a ciência do direito da moral. Para Kelsen, o cientista faz um ato de conhecimento, descritivo, não prescritivo; já o aplicador da lei faz um ato de vontade (acrescento, de poder). Juiz não faz ciência e, sim, política jurídica. Sua preocupação com relação à ciência do direito é de que o intérprete tem uma ideia (ou imagem) da lei (do seu texto). Os vários sentidos são descritíveis. Quem

aplica a lei, o juiz, não tem nenhum método ou outros critérios que possam assegurar que uma aplicação é melhor que outra ou que uma seja correta e outra não. Nesse sentido, até mesmo se o juiz decidir para além da ideia (se quisermos, a moldura) da lei e ninguém recorrer, essa decisão é válida. Por isso que sempre devemos ler a obra de Kelsen a partir da divisão entre ciência do direito (que é uma metalinguagem) e o direito (que é a linguagem objeto).

Em outras palavras, Kelsen se preocupou em tornar o Direito uma ciência, apenas no plano formal, ou teórico, deixando de lado a questão da aplicação do Direito, ou seja, da aplicação do texto legal em um caso concreto. Para Kelsen, se a lei tiver sido criada com as devidas formalidades observadas, leia-se, tendo a lei seguido os padrões da lei fundamental, ela será válida, independentemente de como for aplicada. E é nesse ponto que está o grande problema:

[...] Em algum ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é evitada de subjetivismo provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor austríaco, esse “desvio” é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, Kelsen chega a falar que as normas jurídicas - entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu*, à lei - são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica”. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizado a partir de uma terapia lógica - da ordem do a priori - que garantisse que o direito se movimentasse em um solo lógico perigoso. Esse campo seria o lugar da teoria do direito ou, em termos kelsianos, da ciência do direito [...] (STERCK, 2014b, p. 36).

Constata-se, dessa forma, que o positivismo normativista já havia superado o positivismo exegético, uma vez que para Kelsen *apud* Streck (2014b, p. 36) o mais importante era a validade da criação dos textos, mas abandonou “o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a maldição de sua tese”.

### 2.1.3 Positivismo inclusivo e exclusivo

Consoante antecipado no início deste capítulo, a ideia de que o positivismo jurídico está ultrapassado vem das duras críticas sofridas, principalmente no meio acadêmico, onde se destaca as obras do jusfilósofo Ronald Dworkin: *Levando os Direitos a Sério* (1977), *Uma questão de Princípio* (1985) e *O Império do Direito* (1986), conforme demonstra Abel (2011, p. 31):

As bases teóricas do positivismo jurídico foram minadas ao ponto de o termo pós positivismo ter se popularizado, no jargão jurídico, como sinônimo da realidade contemporânea dos ordenamentos jurídicos ocidentais. O positivismo jurídico, dirão alguns mais apressados, hoje está morto e enterrado. Esta realidade, no entanto, eclipsou um fenômeno acadêmico particularmente interessante: severamente ferido pelas críticas de autores como Dworkin, o positivismo jurídico se dividiu em duas

construções teóricas distintas (os chamados positivismo inclusivo e positivismo exclusivo) e, longe de desaparecer dos meios acadêmicos, se tornou objeto de estudos de uma nova geração de doutrinadores positivistas, que vem dedicando seus esforços intelectuais no sentido de restabelecer o positivismo jurídico (em suas diferenças versões) enquanto doutrina válida e discurso respeitável [...]

Destarte, necessário tomar alguns cuidados com essas novas formas que o positivismo jurídico vem tomando. Conforme demonstra Streck (2014b), Jules Coleman é o responsável principal pela separação do positivismo, em positivismo exclusivo e positivismo inclusivo.

### **2.1.3.1 Positivismo exclusivo**

O positivismo exclusivo faz uma separação total entre moral e direito. “Isto é, a normatividade jurídica é identificada sem nenhuma relação com a moralidade” (STRECK, 2014, p. 42). Nas palavras do professor Streck (2014b, p. 42):

Nesse caso, prega-se uma separação radical entre moral e direito. Tem-se a versão forte da tese das fontes sociais, para a qual inexistente uma conexão entre o direito e moral que permita a identificação daquele a partir desta. Isto é, a normatividade jurídica é identificada sem nenhuma relação com a moralidade. Afirma-se, porém, que o direito apresenta limites – em face da imprevisibilidade da administração judicial dos fatos sociais – e, diante de um desses limites, o juiz mantém para si poder discricionário para decidir, segundo os critérios que lhe parecerem mais convenientes, a questão posta. Nesse caso, a descoberta de uma norma jurídica válida continua a depender, apenas, de uma questão de fontes. E, claro, da subjetividade do juiz [...]

Joseph Raz, o maior representante do positivismo exclusivo, chega a concluir identificar a discricionabilidade como uma característica do ordenamento jurídico (STRECK, 2014b), “Ademais, reconhece a possibilidade de o juiz se valer de critérios extrajurídicos para firmar sua decisão” (STRECK, 2014b, p. 43).

### **2.1.3.2 Positivismo inclusivo**

No positivismo inclusivo, o qual tem como principal autor Jules Coleman, aceita-se a introdução de critérios morais para identificar o direito, porém, somente se a comunidade jurídica aceitar como um todo. Segundo Streck (2014b, p. 43):

Seria, portanto, um tipo de positivismo – que mantém o apego pelas fontes sociais do direito –, porém, inclusivas com relação à possibilidade de incorporação de elementos morais. Coleman recorre a Hart para dizer que a regra de reconhecimento em casos explícitos, pode permitir que princípios morais possam ser aceitos como juridicamente obrigatórios. Essa é considerada a versão débil ou fraca da tese das fontes sociais, que poderia ser resumida da seguinte maneira: a) consequentemente, é possível que nos critérios de identificação sejam convencionalmente aceito

raciocínios de cunho moral.

Nessa postura, aceita-se a tese da discricionariedade, porém de forma minorada: os fatores morais “incluídos” no direito positivo limitariam as possibilidades de escolha dos juízes no momento das suas efetivas decisões. Mas, fica uma questão em aberto: como detectar o ingresso dos fatores morais no direito? De que modo isso é controlado?

Assim, tem-se, no positivismo inclusivo e exclusivo, os mesmos problemas que em todos os outros: em algum momento há discricionariedade.

Nota-se, assim, que o positivismo não é uma teoria uniforme, sendo que no passar da história do direito passou por diversas formas, porém, sempre mantendo algo em comum: no momento da decisão sempre sobra um espaço que será preenchido pela vontade do Juiz, havendo uma entre a discricionariedade/subjetividade (STRECK, 2014b).

## 2.2 A problemática do pós positivismo

O pós positivismo no Brasil é representado pelo neoconstitucionalismo, o qual vem com diversos mecanismos que acabam por dar enorme poder os juizes, de incorporarem os seus próprios valores de justiça em suas decisões:

[...] sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalizarão do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalizo processual).

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação - no plano teórico-interpretativo - do paleojuspositivismo (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência dos Valores [...] (STRECK, 2014b, p. 48).

Em outras palavras, os neoconstitucionalistas acham que o neoconstitucionalismo é uma superação do positivismo exegético, quando na verdade, este instituto é carregado dos mesmos problemas que todas as formas do positivismo, ou seja, o Juiz terá espaço, em algum momento de sua interpretação, para aplicar critérios que ele considera justo, caindo, assim, no ativismo judicial (STERCK, 2014b). Nesse sentido:

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação - no plano teórico-interpretativo - do paleo juspositivismo (como bem lembra Luigi Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses

e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores.

Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito “novo” (poder-se-ia dizer, um direito “pós-Auschwitz” ou “pós-bélico”, como quer Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência) (STRECK, 2011, p. 04).

Aí está o problema do neoconstitucionalismo, uma vez que essa teoria transfere o poder de decisão para o intérprete da lei, o qual acaba exercendo esse poder de acordo com suas convicções pessoais, o que, ao fim e ao cabo, é a mesma coisa que acontecia com o positivismo jurídico, o qual era analisado por uma lógica rígida, e essa análise se dava a partir do próprio julgador. E isso fica muito claro nas seguintes palavras do jusfilósofo Streck (2011, p. 06):

Por certo, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento científico no direito. Isso levou – de acordo com a atmosfera intelectual da época (problemática que, entretanto, ainda não está superada) – a uma aposta em uma racionalidade teórica asfixante que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar – a “entender” o direito em sua autônoma objetividade’ [...] os fatos sociais, os conflitos, enfim, a fatacidade, não faziam parte das “preocupações” da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora e cientificizante do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política.

Esse espaço que o aplicador da lei, no caso o Juiz, tem, será preenchido de forma diversa, uma vez que os conceitos de justiça, de certo ou errado, não são universais, o que se manifesta, ao fim e ao cabo, em uma enorme insegurança de quem procura o judiciário em busca de seus direitos.

### **2.3 O cerne da questão: a discricionariedade judicial em suas diversas faces**

Como se nota nos itens anteriores, a discricionariedade judicial aparece de diversas formas, inclusive, e principalmente, no positivismo jurídico.

É de praxe muitos juristas afirmarem que no positivismo jurídico não há interpretação, sendo aplicada friamente a letra da lei. Ocorre que, tanto no positivismo assim como no pós-positivismo brasileiro (neoconstitucionalismo), em algum momento, entre a interpretação e a aplicação da norma, haverá um espaço não preenchido pela lei, que será, assim, preenchido pelo intérprete (STRECK, 2014b). Eis o grande problema: como preencher esse espaço?

A resposta para essa pergunta, tanto no positivismo como no neoconstitucionalismo, bem como em outras teorias (argumentativas, por exemplo), sempre acabam passando o poder para o intérprete. Ou seja, este irá preencher o espaço, do jeito que melhor lhe convir (STRECK, 2014b). Assim, surgiu outra indagação: quem irá controlar o intérprete?

Para essa resposta, importante trazer à tona a aproximação, que o Juiz de Direito e professor Rosa (2015, texto virtual) faz entre o Direito e a Psicanálise, para, em suas palavras “reconhecer a influência do inconsciente de um-julgador no momento do ato decisório, uma vez que ‘não tem sentido manter uma venda nos olhos para fazer de conta que o problema não existe’”. Na mesma ótica, Carvalho apud Bonato (2002, p. 05) ratifica o problema:

Quando o julgador fala de si mesmo emerge discurso efetivamente alienado dando a si próprio ares de divindade. O exemplo palmar desta ótica (aqui manifestada com todo o respeito) é a ‘Prece de um Juiz’, do magistrado aposentado João Alfredo Medeiros Vieira, vertido para quinze línguas. E assim começa a prece; ‘Senhor! Eu sou o único ser na Terra a quem Tu deste uma parcela de Tua onipotência: o poder de condenar ou absolver meus semelhantes. Diante de mim as pessoas se inclinam; à minha voz acorrem, à minha palavra obedecem, ao meu mandado se entregam... Ao meu aceno as portas das prisões se fecham.... Quão pesado e terrível é o fardo que puseste em meus ombros!... E quando um dia, finalmente, eu sucumbir e já então como réu comparecer à Tua Augusta Presença para o último juízo, olha compassivo para mim. Dita, Senhor, a Tua sentença. Julga-me como um Deus. Eu julguei como homem. O texto explica-se por si só. E o que é pior: nós (juizes e povo) acreditamos na idéias do mito juiz-divindade.

O que se pretende com essa proximidade da psicanálise com o direito, é evidenciar o problema da discricionariedade dada ao julgador, demonstrando que se cada juiz pode interpretar da forma que achar correto, sem nenhum critério, partindo do paradigma que lhe for mais justo, evidentemente – e a psicanálise mostra isso – o julgador será influenciado, no ato de decidir, por seus traumas, ideologias, etc. Isso fica claro nos dois exemplos exposto por Rosa (2015, texto digital):

Talvez o melhor exemplo dessa linhagem divina, ainda incrustada no *inconsciente* de parcela dos julgadores, seja a do juiz espanhol Eduardo Rodríguez Cano que ‘julgou Jesus Cristo’ Magistrado da ‘Audiência Provincial de Granada’, Cano, em 21 de março de 1990, proferiu decisão analisando a ‘constitucionalidade’ do julgamento de Jesus Cristo, ocorrido no ano 33. Assim é que, julgando a causa de *Jesus, o Nazareno, Filho de Deus* – como se referia ao então acusado –, após narrar a vida do *cordeiro de Deus*, desde o seu nascimento em Belém, reconheceu, por fim, que o procedimento adotado não respeitou a condição humana do acusado: “*Eduardo Rodríguez Cano confesó a los periodistas que habia dictado la sentencia ‘como si fuese una oración, como un acto de amor en esta sociedad deshumanizada’.* ‘*Al haberla dictado me considero casi un blasfemo porque no soy nadie para juzgar o Cristo, pero mi intención há sido la de que Jesús de Nazaret tuviera una sentencia justa y dar una lección a los que le juzgaron*’, afirmó.” Anote-se que, por evidente, todos já falecidos, enterrados.

Aqui, o professor demonstra o problema da própria instituição da magistratura, a qual,

nas palavras de Pierre Legendre “espera que declara, eles os iniscientes e os prestigiosos, como se chama a realidade, como se nomeiam as coisas, se elas são boas ou não, isto é, verdadeiras ou falsas” (LEGENDRE apud ROSA, 2015, texto digital). No próximo exemplo, o professor Rosa (2015, texto digital) bate no ponto crucial:

[...] depois, os delírios de perseguição e a formulação de uma *nova raça*, como queria o também magistrado Schreber, copulando com Deus. Freud analisou, a partir do livro de memórias do próprio Schreber, as particularidades de sua *paranoia*. Lacan retomou esta discussão, partindo dos dados existentes, segundo os quais, após um delírio hipocondríaco, inicia-se uma crise de estafa irrompida pela nomeação para o cargo de Presidente do Tribunal de Apelação de *Leipzig* e o desgosto de não ter um filho. A esses fatos seguiram-se diversas internações. Destacando a importância do médico, Dr. Flechsig – apressando o passo aqui neste escrito –, Lacan aponta que os ‘raios divinos’ são a evidência de que neste caso de delírio avançado se encontra uma, “*verdade que lá não está escondida, como acontece nas neuroses, mas realmente explicitada, e quase teorizada.*” É importante perceber que entre a primeira crise e a segunda decorreram oito anos em que Schreber exerceu ‘normalmente’ as funções de juiz, mas a assunção ao cargo de Presidente lhe fez desenrolar o delírio, conforme aponta Lacan: “*Essa função, que tem o caráter de uma eminência, confere a ele, dizem, uma autoridade que o alça a uma responsabilidade, não inteiramente total, mas pelo menos mais plena e mais pesada que todas as que teria podido esperar, o que nos dá o sentimento de que há uma relação entre essa promoção e o desencadear da crise. Em outros termos, no primeiro caso, põe-se em função o fato de que Schreber não pôde satisfazer sua ambição, no outro, que ela foi realizada pelo exterior, de uma forma que se ratifica quase como imerecida. O mesmo valor desencadeador é reconhecido nesses dois acontecimentos. Anotam que o presidente Schreber não tenha tido filho para consignar um papel fundamental à noção da paternidade. Mas se admite, ao mesmo tempo, que é porque ele acede finalmente a uma posição paterna que, ao mesmo passo, o temor à castração revive nele, com uma apetência homossexual correlativa. Eis o que estaria diretamente em causa no desencadeamento da crise, e acarretaria todas as distorções, as deformações patológicas, as miragens, que progressivamente vão evoluir como delírio.*” Não se precisa ir mais longe. Com o relato desse delírio é possível perceber claramente que os trilhamentos do ‘Complexo de Édipo’, os significantes constitutivos do aparelho psíquico, influenciam o *um-juiz* durante toda a sua existência, sem que se possa dissociar o juiz de seu sujeito (*in)consciente*. Logo, enquanto proferiu decisões no Tribunal em *Leipzig*, por óbvio, sua construção apareceu nas decisões por ele proferidas, muitas vezes mitigada pela retórica empolada do discurso jurídico.

Como já afirmado, Rosa (2015, texto digital) deixa claro que, principalmente no segundo exemplo, o inconsciente do julgador irá influenciar fatalmente na sua decisão: “é possível perceber claramente que os trilhamentos do ‘Complexo de Édipo’, os significantes constitutivos do aparelho psíquico, influenciam o *um-juiz* durante toda a sua existência, sem que se possa dissociar o juiz de seu sujeito (*in)consciente*”.

É por tal razão que se torna tão perigoso aceitar que a sentença, como afirma Kelsen, é um ato de vontade do juiz. Em outras palavras, se for aceito pela comunidade jurídica que o juiz tem descricionarietà para decidir, seja em casos simples ou complexos, caí-se em um jogo de sorte, onde o direito será declarado dependendo do juiz que for julgar, uma vez que os juízes/julgadores são diferentes, em todos os sentidos, como demonstra Rosa (2015, texto

digital):

*O um-juiz, todavia, é uma singularidade; não existe como sujeito abstrato e universal. São diferentes no tocante ao sexo, idade, instrução, ideologia, trilhamento do Complexo de Édipo, experiências pessoais, são neuróticos, obsessivos, paranóicos, psicóticos e esquizofrênicos, capazes de num processo, então, ao invés de julgar o acusado, estar, na verdade, diz Bueno de Carvalho, condenando ‘a si, mas quem vai para o presídio é o outro’.*

O ato de julgar implica, necessariamente, o envolvimento de sentimentos, vontades e desejos, mesmo que inconscientemente, provocando na projeção do juiz no lugar de alguma das partes, ou no lugar da vítima, fazendo com que suas decisões, se livremente, sejam viciadas pela projeção que seu próprio inconsciente realizou (PRADO apud ROSA, 2015, texto digital).

Ainda, aduz Rosa (2015, texto digital): “Além disso, no mundo jurídico existe disputa, revanchismo, hostilidade, prepotência, arrogância, corrupção. Não é o ideal professado nas aparências, definitivamente”. Não obstante, ressalta que, “dar conta dessa situação retira a carga messiânica, lembrando-se que a conta por decidir precisa, sempre, ser paga por alguém [...]”.

Dessa forma, tem-se que, ao menos parece, evidente o problema quanto ao discricionarismo, eis que não se pode ignorar a psicanálise no momento em que o juiz tem poder de escolha para decidir, bem como que nenhuma teoria até o momento aplicada logrou êxito no que tange ao afastamento do decisionismo. E, por essa razão, o professor Streck afirma que o problema do direito é a(as) teoria(as) de interpretação (STRECK, 2014b).

Assim, será demonstrado no próximo capítulo as graves consequências causadas pela falta de controle na aplicação do Direito, sendo que, no terceiro capítulo será analisada uma das possíveis teorias capaz de afastar a discricionariedade judicial.

### **3 A DISCRICIONARIEDADE JURÍDICA EM CASOS PRÁTICOS**

Neste capítulo será examinado alguns julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, retirados dos respectivos sites, demonstrando como a discricionariedade judicial passa do imaginário dos juristas para a aplicação direta do direito, resultando em decisões contrárias à legislação, à doutrina, à outras decisões, causando enorme insegurança para quem busca o judiciário.

#### **3.1 A discricionariedade jurídica nas decisões do Superior Tribunal de Justiça**

##### **3.1.1 Embargos de divergência em Recurso Especial nº 279.889 – AL**

O julgamento dos embargos de divergência em Recurso Especial nº 279.889 – AL, julgado em 03 de abril de 2001, deixa claro a insegurança do jurisdicionado, em face da discricionariedade judicial.

Nesse julgamento, discutia-se o possível dissenso entre acórdão prolatado em agravo regimental interposto de decisão monocrática do relator, em sede de recurso especial, e acórdão exarado pela Turma, no julgamento de recurso especial.

Eis então que o Ministro Humberto Gomes de Barros proferi seu voto, deixando claro o decisionismo que contamina o judiciário:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição [...]. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus

integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém [...].

Ora, se fosse assim como gostaria o Ministro Humberto Gomes de Barros, sempre que houver alguma mudança de Ministros no Superior Tribunal, poderia haver mudança em todos os entendimentos, chegando-se à conclusão de que se o cidadão for buscar seu direito por meio do judiciário, dependendo a época (leia-se: a composição dos Tribunais Superiores), o direito poderá ser declarado ou não (STRECK, 2014b). Seria afirmar que o direito é aquilo que o intérprete quer que seja. Em outras palavras, está-se em um jogo de sorte.

### **3.1.2 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 827.440/MT (DJe 13/04/2016)**

O Agravo Regimental no Recurso Especial nº 827.440/MT, julgado em 29 de fevereiro de 2016 pela Ministra Maria Isabel Gallotti, trata-se de agravo interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso.

Nas razões, o Agravante alegou violação do artigo 535, inciso II do Código de Processo Civil, eis que teria sido omissa o Tribunal de origem, ao não se pronunciar sobre o cabimento dos danos morais, bem como à necessidade de prova pericial.

Ao proferir seu voto, a Ministra Galotti decidiu da seguinte forma:

[...] Inicialmente, verifico que não há omissão alguma ou ausência de fundamentação na apreciação das questões suscitadas.

Esclareça-se que não se exige do julgador a análise de todos os argumentos das partes, a fim de expressar o seu convencimento. O pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido, não se traduzindo em omissão a motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes [...]

Aqui, percebe-se a discricionariedade, uma vez que a necessária fundamentação estabelecida pela Constituição Federal, é expressamente limitada por vontade da jurisprudência, que há muito estabeleceu a não necessidade de o juiz rebater todos os argumentos e teses das partes.

Quanto à necessidade da prova pericial, a ilustre Ministra fez alusão ao livre convencimento, decidindo da seguinte maneira:

[...] No que tange à dilação probatória, nos moldes da jurisprudência desta Corte, como destinatário final, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, dirigir a instrução e deferir a produção de provas que considerar necessária à formação do seu convencimento [...]

Em crítica à decisão em comento, Streck (2014b) aponta as seguintes considerações, chamando a atenção para o novo Código de Processo Civil, o qual, diga-se de passagem, não era aplicado neste julgamento, por edição de enunciado do Superior Tribunal de Justiça que determinou a aplicação do antigo Código de Processo Civil para os recursos interpostos antes de 16 de abril de 2016:

É preocupante a decisão, porque aponta para um futuro nada promissor no tocante à plena efetivação do CPC. O ponto-chave que não se pode esquecer é o novo CPC apenas tornou expressas exigências materiais *que já decorriam de uma leitura sincera* (e “moral”, para falar com Dworkin) *dos diversos dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias especificamente processuais*. Então: o novo CPC não exatamente “inova” quando determina aos juízes que, ao decidir, não invoquem motivos que justificariam qualquer outra decisão; ele apenas dá consequência ao dever previsto no artigo 93, IX, da CF, que estabelece o dever fundamental de fundamentar decisões judiciais. O novo CPC também não “inova” quando garante aos interessados o direito de manifestação prévia à decisão, ou quando determina que o juiz leve, enfim, em consideração o produto do debate; ele apenas reconhece que a garantia constitucional do contraditório, em sentido material ou dinâmico, assim determina. Bem assim, o artigo 1º do novo CPC não “instaura” a força normativa da Constituição no aparelho processual; o dispositivo apenas fornece um “reforço normativo” a esta concepção, que está na matriz, aliás, do Constitucionalismo Contemporâneo (STECK, 2016, texto digital).

Independentemente de qual Código de Processo Civil tenha sido aplicado na decisão em questão, o livre convencimento não poderia ter sido usado, uma vez que o modelo constitucional é incompatível com o livre convencimento (STECK, 2016, texto digital).

### 3.1.2 Agravo em recurso especial nº 686.965/DF

No recurso supracitado, discutia-se, entre outras, a questão da prescrição do crime de injúria racial, oportunidade na qual o Ministro Ericson Marinho proferiu o seguinte voto:

[...]

A Lei n. 7.716/89 define como criminosa a conduta de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A prática de racismo, portanto, constitui crime previsto em lei e sujeito às cláusulas de inafinçabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

O mesmo tratamento, tenho para mim, deve ser dado ao delito de injúria racial. Este crime, por também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei 7.716/89, cujo rol não é taxativo. Vêm, a propósito, as palavras de CELSO LAFER, quando diz que “A base do crime da prática do racismo são os preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma ‘raça’ inferior em função de sua aparência ou origem. O racismo está na cabeça das pessoas. Justificou a

escravidão e o colonialismo. Promove a desigualdade, a intolerância em relação ao ‘outro’, e pode levar à segregação (como foi o caso do *apartheid* na África do Sul) e ao genocídio (como foi o holocausto conduzido pelos nazistas)” (Racismo – O STF e o caso Ellwanger, pg. A2). Esta conduta é que a Lei Maior pretendeu obstar, vedando a seus agentes a prescrição, entre outros benefícios [...]

A grosso modo, o Ministro acima citado expandiu o rol de crimes imprescritíveis estabelecidos na Lei n. 7.716/89, introduzindo neste rol o crime de injúria racial, sem determinação legal. Ou seja, por entender, o Ministro Ericson que o delito de injúria racial deve ser dado o mesmo tratamento que os crimes definidos na Lei n. 7.716/89, aplicou a regra da imprescritibilidade, porém, sem nenhuma norma autorizando. Nesse sentido, critica Streck (2015, texto digital):

Para o bem e para o mal, como sempre digo — porque o direito deve ser aplicado por princípios — o delito estava prescrito, situação que, entretanto, foi superada no julgamento pelo STJ. Com efeito, o desembargador convocado Ericson Maranhão concluiu que a injúria racial é imprescritível, uma vez que ela “também traduz preconceito de cor” e soma-se àqueles definidos na Lei 7.716/89, “cujo rol não é taxativo”. Ainda, encampando entendimento de Guilherme Nucci, entendeu que a injúria racial seria mais um delito de racismo e imprescritível. Ora, se injúria qualificada é igual a racismo, porque seriam tipos penais diferentes? Mas isso não é aquilo que antigamente chamávamos de interpretação extensiva, vedada em direito penal? Está equivocado o doutrinador Guilherme Nucci. O direito penal não permite que se crie um rol extensivo, pela simples razão de que o cidadão deve saber, antes, aquilo pelo qual pode ser punido e o alcance da punição. Qual é o limite desse rol não taxativo, isto é, desse rol extensivo? Extensivo ao infinito? Uma anedota pode ser um crime imprescritível, mesmo enquadrado como injúria racial? Um pouco de ortodoxia no direito penal parece-me bom. Aliás, falta muita coisa nesse sentido no Brasil. Estamos ficando demasiadamente “avançados”. Moralizamos o direito. Acreditamos muito pouco no direito posto e queremos corrigir esse direito “insuficiente” com nossas opiniões e teses. Talvez por isso o relator no STJ tenha dito “tenho para mim”. Sim. Ele “tem para ele”. Só que o direito é de todos. É uma linguagem pública. Não depende de uma posição pessoal. Eu também não gosto de atitudes preconceituosas. Mas nem por isso posso atropelar a legislação. Mesmo que Celso Lafer diga que preconceito é coisa ruim, horrível. Eu também acho. Todos achamos. Aliás, quem acha que racismo ou preconceito é uma coisa boa?

Em contrapartida, os doutores Cruz e Vecchiatti (2016, texto digital) aduzem que não há qualquer diferença entre racismo e injúria racial, sendo que, ao seu ver, este último foi criado em verdadeira política de redução de danos:

Como se vê, demonstra profunda ignorância histórica falar como se o legislador tivesse criado a diferença entre racismo e injúria racial. Ele agiu em verdadeira política de redução de danos: como os tribunais estavam assassinando a Lei de Racismo, criou um tipo penal em conformidade com essa diferença inventada para salvar a efetividade da lei. Porém, sendo arbitrária a diferença, ela é inconstitucional por afronta aos princípios da razoabilidade e da isonomia, que respectivamente proíbem atos e diferenciações arbitrárias.

Segundo os juristas acima citado, não pode haver diferença entre ofender uma única pessoa por elementos racistas ou ofender uma coletividade, exemplificando com a seguinte

situação hipotética:

[...] dizer que “negros são menos inteligentes do que brancos” (sic) é considerado crime de racismo, mas chamar alguém de “preto burro” (sic) é considerado crime de injúria racial. No entanto, as condutas são igualmente odiosas e merecem o mesmo rigor penal (ainda que eventualmente diferenciadas na dosimetria da pena) (CRUZ; VECCHIATTI, 2016, texto digital).

Ainda, segundo os estudiosos acima, a injúria racial foi criada com o intuito de não deixar o crime de racismo virar letra morta de Lei. Explica-se: na ótica de Álvaro e Paulo, os Tribunais criaram a diferença entre racismo e injúria racial, antes mesmo de haver a injúria qualificada (conhecida por injúria racial), ou seja, os Tribunais estavam desclassificando o crime de racismo para injúria simples, razão pela qual, segundo seu entender, o legislador criou a qualificadora para “salvar” a Lei nº 7.716/89 (CRUZ; VECCHIATTI, 2016, texto digital).

No mesmo sentido, o professor Guilherme Nucci, o qual inclusive foi citado no voto do relator da decisão em comento, em resposta às críticas quanto à decisão do Superior Tribunal de Justiça, explanou sua posição, em artigo publicado sob o nome “Só quem nunca sofreu racismo na vida que pensa que isso é mera injúria”, no sentido de que não houve uma interpretação extensiva no rol dos crimes previstos na Lei nº 7.716/98, em que pese ele aceite, *verbis*:

Em primeiro lugar, aliás, gostaria de deixar bem claro que aceito, sim, a interpretação extensiva em Direito Penal, mesmo que, em alguns casos, prejudique os interesses do réu. E os tribunais brasileiros fazem o mesmo. Portanto, os que saíram pela porta da “lesão à legalidade por utilização da interpretação extensiva” estão desatualizados da jurisprudência brasileira (NUCCI, 2015, texto digital).

Em outro momento, no mesmo artigo, o jurista critica quanto à interpretação literal realizada por alguns juristas, que entendem que pelo fato de o crime de injúria racial não estar previsto na Lei n. 7.716/89 (a qual define os crimes de racismo), não poderia ser considerado como tal, o que seria uma clara característica positivista, não havendo, assim, nenhum avanço na interpretação do ordenamento jurídico penal. Ainda, aduz que se todas as interpretações fossem literais, seria impossível julgar um caso concreto (NUCCI, 2015, texto digital).

E continua, afirmando que não há em lugar algum do ordenamento jurídico algo que estabeleça que somente uma lei tem legitimidade para definir uma prática recista como conduta criminosa:

Onde está delineado na Constituição Federal que uma só lei terá legitimidade para definir uma prática racista como criminosa? Em nenhum lugar. Diz o artigo 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (grifamos). Sim, nos termos da lei, porque o princípio da legalidade é cristalino: sem lei, não há crime (art. 5º, XXXIX). Qual lei? Ora, qualquer lei federal tem plena autonomia para criar crimes (artigo 22, I, Constituição). E a lei federal instituidora da injúria racial tem perfeita legitimidade para criar o tipo incriminador (tanto que o fez) de uma das modalidades de racismo, sem precisar inserir o mesmo na referida Lei 7.716/89.

Os que pensam ser a injúria racial uma simples injúria, um crime contra a honra como outro qualquer, com a devida vênia, nunca foram vítimas da referida injúria racial, que fere fundo e segrega as minorias. É uma prática racista, a meu ver, das mais nefastas (NUCCI, 2015, texto digital).

De outra banda, Streck (2015) afirma que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça vai além da lei, sendo tal prática vedada, principalmente no direito penal, onde não pode em hipótese alguma haver o alargamento da interpretação. Assim, questiona o jurista:

Por isso, pergunto: será possível que o julgador vá além da lei? Sim, sei que no direito civil, amante ganha metade da herança com base no princípio (sic) da afetividade. Mas no direito penal e no processo penal temos uma zona sem “afetividades”, se me entendem a crítica ao demasiado alargamento da interpretação das leis no Brasil sem que se faça, para tanto, uma jurisdição constitucional (lembro sempre das seis hipóteses pelas quais um juiz pode deixar de aplicar uma — não encontrei a sétima). Por isso, será possível que o judiciário considere um crime incluído em uma lei que nada refere a tal liberdade? Será possível igualar delitos que o legislador expressamente diferenciou (caso contrário os trataria no mesmo documento, certo?) e que possuem claramente diferenças fundamentais? (STRECK, 2015, texto digital).

E, alerta para os limites semânticos da Constituição, onde as leis devem estar em conformidade com a Constituição: “Se o Direito tem um sentido interpretativo, um texto jurídico (lei, Constituição) não possui um sentido meramente analítico e nem tampouco dúctil” (STRECK, 2015, texto digital).

O jurista explica que a Lei nº 7.716/89 deixa claro que o legislador não abriu espaço para que outros delitos fossem por ela abrangidos, eis que quando isso ocorre, é de forma expressa (STRECK, 2015).

Dessa forma, não sendo a injúria racial objeto da lei que define os crimes, ou seja, não sendo objeto da Lei nº 7.716/89, conclui-se que ela não pode ser considerada como crime da mesma natureza (STRECK, 2015). E acrescenta:

No caso, até entendo que, uma vez mais, o julgador brasileiro, com boa intenção e frustrado, tenta fazer mais do que a lei lhe autoriza. Só que isso configura ativismo. Para o bem ou para o mal! Muitos concordarão, com base no caso concreto, que a conduta do julgador é correta, embora não autorizada legalmente, pois permitiu a punição por uma efetiva e comprovada ofensa. O problema é que essa liberdade não pode ser casuística, e essa aprovação faz com que o julgador se sinta livre para agir novamente superando o ordenamento jurídico pelos mais variados motivos, passando a agir como legislador, com as mais variadas consequências. Veja-se que o

entendimento apresentado — e que serviu de forma utilitária para salvar o processo e aplicar a pena — conduzirá que se considere a “injúria qualificada” também como inafiançável, tratamento conferido pela Constituição aos delitos de racismo! E não esqueçamos que o STJ é o guardião da cidadania. Ele deve ser o farol da boa aplicação da lei ordinária. E que outros tribunais e juízes o seguem. E o seguirão (STRECK, 2015, texto digital).

Na mesma discussão, inserem-se Gomes e Júnior (2015, texto digital), sustentando os equívocos de alguns juristas quanto à prática de racismo. Segundo eles, citando Andreucci, racismo é segregação à uma categoria de pessoas, diferente do crime de injúria racial, o qual tem como objeto a proteção à honra de uma determinada pessoa.

Alertam, ainda, que não se pode aceitar que a aplicação do direito seja de acordo com a vontade de cada magistrado, afirmando que, em que pese qualquer tipo de preconceito seja repugnante, as regras do jogo não podem ser alteradas com qualquer tipo de vontade moral (GOMES; JÚNIOR, 2015, texto digital).

### **3.1.3 A discricionariedade jurídica nas decisões do Supremo Tribunal Federal**

No Supremo Tribunal Federal não é diferente. São diversos os casos em que os Ministros decidem conforme sua consciência, esquecendo que eles têm uma responsabilidade para com a lei, e principalmente para com a Constituição Federal.

#### **3.1.3.1 Habeas corpus nº 126.292**

O Habeas Corpus nº 126.292/SP, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, trata-se de recurso a fim de preservar a liberdade do Réu em recorrer em liberdade, mesmo após condenação em segunda instância.

*In casu*, o Réu foi recolhido por ordem do Tribunal de Justiça de São Paulo, após a confirmação da sentença de primeiro grau, entretanto, antes de transitar em julgado tal condenação.

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que a prisão após a condenação em segundo grau não fere a presunção de inocência resguardada pela Constituição Federal, tendo como voto condutor do Ministro Teori Zavascki:

[...] Realmente, antes de proclamada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos - mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação -, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa - pressuposto inafastável para condenação -, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente euxarido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares proventura decretadas.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exames de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria tática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF - recurso especial extraordinário - têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, §2º, da Lei 8.038/1990.

[...]

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

[...]

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inadaptável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) e, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.*

Em síntese, o Ministro Teori entendeu que a presunção de inocência só existe até o julgamento pelo Tribunal de Justiça, ou seja, o referido princípio existe apenas nas instâncias ordinárias, uma vez que nas instâncias extraordinárias não há análise da prova, e sim, somente do direito. Em outras palavras, entendeu o Supremo Tribunal Federal que após o julgamento pela segunda instância, onde se concretizaria o duplo grau de jurisdição, a presunção de inocência se torna relativa. Isso quando não ocorre a própria inversão, ou seja, após julgamento da segunda instância, o réu é considerado culpado até que se prove o contrário.

Para Streck (2016, texto digital), o Supremo Tribunal Federal, ao proferir a decisão em questão alterou a Constituição Federal, pois não há, segundo o jurista, fundamentos jurídicos constitucionais que a sustente, sendo que a fundamentação, apesar de bem escrita, acabou por reescrever a Carta Magna, o que é um claro exemplo de ativismo judicial.

Na ótica do jurista, essa decisão não respeitou o conjunto normativo do sistema jurídico, julgando inconstitucional o próprio texto constitucional (STRECK, 2016). Mais adiante, na mesma crítica, Streck (2016, texto digital) é mais incisivo:

Numa palavra: esse meu texto é coerente com o que tenho falado há tantos anos. Venho sempre criticando o ativismo. A ele não dou tréguas. Mesmo quando a decisão é simpática e agrada a maioria dos juristas. Quando isso ocorre, sempre aviso: se você aceita que o STF ultrapasse os limites semânticos da Constituição para uma decisão que lhe agrada, amanhã o que você dirá se a decisão, igualmente ativista e indo além dos tais limites, não lhe agrada? Ativismo não é bom. Já escrevi muito sobre a diferença entre ativismo e judicialização. Aqui, estamos claramente em face de uma decisão ativista. Que não obedeceu o próprio princípio invocado na discussão: o da presunção da inocência, que virou presunção da culpabilidade.

No mesmo sentido, Bitencourt e Bitencourt (2016, texto digital) fazem duras críticas à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF):

O Supremo Tribunal Federal orgulha-se de ser o guardião da Constituição Federal, e tem sido prestigiado pelo ordenamento jurídico brasileiro que lhe atribui essa missão. Mas o fato de ser o guardião de nossa Carta Magna não lhe atribui a sua titularidade. Isto é, o STF não é o dono da Constituição e tampouco tem o direito de reescrevê-la a seu bel prazer como vem fazendo nos últimos anos, com suas interpretações contraditórias, equivocadas e, especialmente, contraria o que vinha afirmando nos últimos 25 anos. Escreve a pagina mais negra de sua história.

Segundo os referidos juristas, a postura atual do Supremo Tribunal Federal “cria enorme insegurança jurídica, agride o bom senso, fere os bons sentimentos democráticos e republicanos e gera insustentável insegurança jurídica na sociedade brasileira; as garantias constitucionais são flagrantemente desrespeitadas, vilipendiadas, reinterpretadas e até negadas, como ocorreu no julgamento do HC 126292” (BITENCOURT; BITENCOURT, 2016, texto digital).

O Supremo negou a vigência da presunção de inocência, mesmo estando expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, bem como afastou Tratados Internacionais recepcionados quando autorizou a execução provisória de decisões condenatórias, mesmo antes do trânsito em julgado (BITENCOURT; BITENCOURT, 2016).

Ainda, apontam, os eminentes juristas, a contradição da Corte Suprema:

Veja-se a nefasta contradição de nossa Excelsa Corte: no dia cinco de fevereiro de 2009, por sete votos a quatro, o Supremo Tribunal decidiu que um acusado só pode ser preso depois de sentença condenatória transitada em julgado (HC 84.078). Essa decisão reafirmou o conteúdo expresso da Constituição Federal, qual seja, a consagração do princípio da presunção de Inocência (art. 5º, LVII). Ou seja, ao determinar que enquanto houver recurso pendente não poderá ocorrer execução de sentença condenatória, estava atribuindo, por consequência, efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinários. Tratava-se, por conseguinte, de decisão coerente com o Estado Democrático de Direito, comprometido com respeito às garantias constitucionais, com a segurança jurídica e com a concepção de que somente a sentença judicial definitiva, isto é, transitada em julgado poderá iniciar o cumprimento de pena imposta (BITENCOURT; BITENCOURT, 2016, texto digital).

Por fim, pertinente é a crítica realizada por Bahia et al. (2016, texto digital):

O que o Supremo Tribunal Federal parece esquecer é que o direito à presunção de inocência é, antes de qualquer coisa, um princípio processual, uma garantia processual e uma regra de argumentação processual. Significa simplesmente que quem tem o ônus da prova é quem acusa e não quem se defende. A presunção de inocência é um princípio basilar do sistema acusatório, do devido processo legal e do modelo constitucional do processo penal nos Estados Democráticos de Direito. E que a Constituição da República determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, até decisão condenatória irrecorrível (embora o sistema ainda admita meios autônomos de impugnação de decisões judiciais).

Dessa forma, nota-se que ao decidir da forma como o Supremo o fez, afirmando que a presunção de inocência se relativiza após o julgamento pelo Tribunal de Justiça, ou, ainda mais incisivo, aduzindo que dependendo do caso se presume a culpa do réu, acabou por afastar um dos princípios constitucionais mais importantes (presunção de inocência), com argumentos, como afirma Streck (2016), muito bons, porém, totalmente contrários à Constituição.

### **3.1.3.2 Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 132/RJ**

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, aparelhada com pedido de medida liminar, tendo como objeto a possibilidade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. O Ministro Ayres Britto, relator, proferiu o voto condutor no sentido de reconhecer a união:

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, julgo procedente a presente ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

Dessa emblemática decisão, surgiram várias críticas. Streck (2014, texto digital), em entrevista dada à revista eletrônica Consultor Jurídico (CONJUR), ao ser perguntado quanto ao casamento homoafetivo responde: “O tribunal foi ativista. E não importa as nossas posições com relação ao justo ou injusto sobre essa questão, porque todos os grandes países europeus fizeram via parlamento, e aqui no Brasil foi via Judiciário”.

Segundo este jurista, o Supremo Tribunal Federal fez interpretação no sentido de excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil, o qual prevê que:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Sob a ótica de Streck (2014), o Supremo jamais poderia ter proferido essa decisão, uma vez que o próprio Legislativo não teve a intenção de regulamentar as uniões homoafetivas, sendo essa, efetivamente, a sua vontade. Em outras palavras, a vontade do Legislativo, ao menos por ora, era de não regularizar as uniões homoafetivas, não podendo o judiciário legislar por conta própria, e pior, contrariando expressamente o artigo 1.723 do Código Civil (STRECK, 2014, texto digital).

Douglas (2011, texto digital), ao comentar sobre a decisão, em que pese sob sua ótica tenha o Supremo a acertado, errou em sua abordagem:

A decisão do STF, de ser comemorada e criticada, é apenas mais um round na luta irracional que se desenvolve entre religiosos e o movimento gay. O STF acertou na decisão, mas errou em sua abordagem. Ao invés de interpretar a Constituição, ousou reescrevê-la sem legitimidade para tanto.(DOUGLAS, 2011, texto digital).

Segundo Douglas (2011), o Supremo teria acertado em apontar a incompetência das partes (a banca religiosa e o movimento gay) em resolver o problema, mas não poderia ter subrogado-se no lugar do poder legislativo, o qual representa 195 milhões de brasileiros. Não poderia, ainda na ótica de Douglas (2011), ter o Supremo Tribunal alterado a Constituição, mudando seus conceitos:

Conceder aos casais homossexuais direitos análogos aos decorrentes da união estável é uma coisa, mas outra coisa é mudar conceito de termos consolidados, bem como

inserir palavras na Constituição, o que pode parecer um detalhe aos olhos destreinados, mas é extremamente grave e sério em face do respeito à nossa Carta Magna. “Casamento” e “união civil” não são mera questão de semântica, mas de princípios, Nem por boas razões o STF pode ignorar os princípios da maioria da população e inovar sem respaldo constitucional (DOUGLAS, 2011, texto digital)

E continua, aduzindo que o artigo 1.726 do Código Civil prevê o casamento entre homem e mulher, não podendo o Supremo impor um conceito que a maioria recusa. Segundo o Magistrado, não se pode impedir que um casal gay viva junto, porém transformar essa união em casamento é uma atitude que a maioria recusa (DOUGLAS, 2011).

Em outra oportunidade, Streck volta a criticar a decisão que determinou o reconhecimento de uniões homoafetivas. Para o jurista, o qual se diz completamente a favor desta união, tal mudança não poderia ter se dado pelo judiciário, eis que não havia omissão do legislativo quanto ao assunto, uma vez que a própria Constituição Federal estabeleceu um limite semântico ao expressar que a família resulta da união entre homem e mulher (STRECK, 2011). Em suas palavras:

Sempre afirmei que, sem uma lei ou uma emenda a Constituição, não se poderia equiparar as uniões estáveis entre casais homossexuais e casais heterossexuais. Aliás, em países conservadores como Portugal e Espanha, a solução foi a feitura de lei ou plebiscito. Por que, no Brasil, essa questão tem que ser resolvida de forma ativista, no STF? Uma coisa é o STF decidir nos espaços que decorrem das omissões (in)constitucionais e dos problemas de (in)compatibilidade entre leis infraconstitucionais e o texto da Constituição. No caso em pauta, é a Constituição que estabelece um limite semântico-pragmático (STRECK, 2011, texto digital).

Afirma Streck, ainda, que a maioria dos juristas concordaram com a decisão, e isso ocorreu por ser justa a causa, porém, em que pese a causa ser justa, não pode o Supremo extrapolar a Constituição Federal, e indaga: “O que farão os juristas quando o ativismo não for favorável às suas ideias ou teses? Sim, porque o ativismo não tem controle, pela simples razão de que é “ativista”. Ativismo quer dizer “substituir o legislador nos juízos político-morais” (STRECK, 2011, texto digital).

### **3.1.3.3 Habeas corpus nº 103.525 - Supremo Tribunal Federal**

O Habeas Corpus nº 103.525 trata-se de discussão acerca da nulidade da audiência de instrução e julgamento, uma vez que não teria sido atendido o estabelecido pelo artigo 212 do Código de Processo Penal, o qual prevê que o magistrado fará as perguntas que achar pertinente após as perguntas realizadas pelas partes.

Em julgamento, o qual teve como condutor o voto da Ministra Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que a nulidade em face da inobservância do artigo 212 do Código de Processo Penal é relativa:

Pelo que se tem nas razões apresentadas no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, ora questionado, não há embasamento jurídico a sustentar os argumentos expendidos pelos Impetrantes para assegurar o êxito do seu pleito, pois não se constata fundamentos suficientes para anular a audiência de instrução e julgamento, a sentença penal condenatória e determinar a soltura do Paciente.

A alegação de existência de nulidade absoluta não encontra guarida no ordenamento jurídico. Ao contrário do que defendem os Impetrantes, cuida-se de vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu.

[...].

Ademais, o princípio do país nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta [...] quanto à nulidade relativa [...], pois “não se declara nulidade processual por mera presunção [...]

Ou seja, o referido princípio - corolário da natureza instrumental do processo - exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício [...].

Mais uma vez Streck critica a decisão do Supremo, apontando que seguir a lei é um dever constitucional, tendo em vista que este dever de seguir a lei é o preço pela democracia, sendo que muitas vezes isso significa um avanço do direito (STRECK, 2014).

Afirma o jurista que seguir o texto de uma lei que foi democraticamente promulgada não tem relação alguma com o primeiro positivismo (positivismo exegético). Pelo contrário, seguir a lei é um avanço:

Não há que se falar em positivismo jurídico pelo único fato de seguir o texto da lei, o positivismo não se resume ao fato de seguir ou não uma lei democraticamente votada: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que “texto e norma estão descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas, etc.). Para ser mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas, cada um ao seu modo. Do mesmo modo que os neoconstitucionalistas, que acreditam na discricionariedade e na ponderação, também o são. E disso todos sabemos as consequências. Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser. Do mesmo modo, não apegar-se à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. Por vezes, “trabalhar” com princípios (lembramos do pamprinciologismo) pode representar uma atitude (deveras) positivista. Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais — sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) — é uma forma de prestigiar a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen (STRECK, 2014, texto digital).

No mesmo sentido é a crítica do membro do Ministério Público, Marcão (2013, texto digital), para quem o juiz é o destinatário final da prova, podendo, se achar necessário, realizar perguntas aos temas que etende ter ficado obscuros, porém, nos termos do artigo 212, afirmando que “a lei não mudou para ficar tudo igual”.

Alerta, ainda, o eminente jurista que a atuação do juiz não perdeu relevância, mas, tal relevância é complementar, uma vez que o sistema vigente desde a Constituição Federal de 1988 é o acusatório (MARCÃO, 2013, texto digital).

Assim, diante de todo o exposto, tem-se que, em que pese todas as decisões acima citadas terem sido fundamentadas, e, por sinal, muito bem fundamentadas, elas não seguiram perfeitamente os preceitos constitucionais, havendo decisões, inclusive, que foram expressamente contrárias à Carta Magna.

Dessa forma, fica evidente que a livre fundamentação das decisões causa enorme discricionariedade judicial, eis que, como visto, o entendimento sobre determinado assunto pode ser mudado de um dia para outro, ou, melhor, de um julgador para outro, como foi o caso do afastamento da presunção de inocência acima mostrado.

## **4 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA AFASTAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

Neste capítulo, será problematizada a questão da possibilidade do afastamento da discricionariedade judicial, apresentando, principalmente, as questões que devem ser analisadas para se chegar a uma resposta correta, ou, nas palavras de Lenio Streck (2014), a uma “resposta hermenêuticamente adequada à Constituição”.

### **4.1 A possibilidade de afastar de vez o decisionismo judicial**

O problema da metodologia do direito, ou seja, o problema de encontrar uma resposta adequada à Constituição, passa a ser um problema de democracia. Explica-se:

A democracia pressupõe que o poder venha inteiramente do povo, de forma direta ou indireta (pelos representantes do povo). No Brasil é sabido que se adota a democracia indireta, ou seja, escolhe-se os representantes e estes governam o país em (tese) nome do povo.

Importante mencionar também que, a divisão dos poderes entre legislativo, executivo e judiciário é um mecanismo para que não haja abuso em nenhum dos poderes da União, previsto expressamente no artigo 2º da Constituição.

Dessa forma, pode-se afirmar que os pressupostos de uma democracia são os seguintes: o poder emana do povo; e, a divisão dos poderes.

O que se percebe no direito brasileiro é um regresso democrático, uma vez que o poder discricionário do Juiz faz com que o judiciário passe a poder decidir de forma diversa do que o

poder legislativo estabeleceu, através de uma votação de forma democrática. Isso gera uma expressa invasão do poder judiciário no poder legislativo, passando a usurpar a função deste.

É por isso que se torna necessário uma análise mais aprofundada na forma de interpretação dentro do direito.

Streck (2014b, texto digital) levanta as seguintes questões, em sua obra “Verdade e Consenso”:

Uma filosofia do no direito - avançando para além de uma filosofia do direito - deve estar apta para explicar o caráter hermenêutico assumido pelo direito nesta quadra da história. Superando o modelo de regras, a preocupação das teorias jurídicas passa para a busca das respostas acerca da indeterminabilidade do direito. É passível construir uma racionalidade capaz de resolver o problema decorrente da impossibilidade de a legislação prever todas as hipóteses de aplicação? Como superar as práticas subsuntivas? Como superar o dedutivismo?

A tarefa de “preencher” os espaços da indeterminabilidade deve ser deixada aos juízes e tribunais, como quer o positivismo? Os assim denominados hard cases, que decorrem, segundo as teorias procedurais, da colisão de princípios (ou de regras), devem ser resolvidos a partir de ponderações? Discricionariedades e ponderações são compatíveis com o paradigma da intersubjetividade?

Penso que, a partir da hermenêutica filosófica - que tenho trabalhado como uma crítica hermenêutica do direito -, é possível alcançar aquilo que pode ser denominado “a resposta hermenêuticamente adequada à Constituição”, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de “resposta correta”. Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Diereito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos. Evidentemente, isso implica a um reforço do los privilegiado da situação concreta: a decisão de primeiro grau e a justificação/fundamentação exaustiva que deve explicitar a resposta dada ao problema [...].

Consoante afirma o jusfilósofo, é sim possível, e mais, necessário, afastar a discricionariedade judicial, e isso somente poderá ser feito a partir da hermenêutica filosófica no direito. Mas, como?

Grondin apud Streck (2014b) afirma que a compreensão sobre determinado assunto se dá de forma diversa, pois é o próprio sujeito falando novamente sobre a verdade:

[...] A partir de Gadamer, o autor vai dizer que compreendemos diversamente com frequência porque nós mesmos falamos novamente sobre a verdade, quando aplicamos à nossa situação algo verdadeiro (uma afirmação exata, uma crítica etc.). Sem dúvida, a cada época e, eventualmente, cada indivíduo o faz à sua maneira e, assim, ‘diversamente’. Mas, continua Grondin, o que uma tentativa de compreensão pretende segue sendo uma verdade, sobre a qual se pode eventualmente discutir. Seria um curto-circuito histórico explicar como relativista a verdade aceita, no caso, de maneira diversa. Na medida em que a hermenêutica o supera, o relativismo nada mais foi/é do que um fantasma, isto é, uma construção, que deve provocar susto, mas que não existe [...] (STRECK, 2014b, texto digital).

De outra banda, importante lembrar que, atualmente vigora no Brasil o que se chama de

Estado Democrático de Direito, impondo ao Estado o dever de direcionar suas ações a fim de construir uma sociedade menos desigual, não apenas no sentido formal, e sim, e principalmente, no sentido material (BUFFON; MATEUS, 2012).

A Constituição Brasileira de 1988 instituiu (ainda que, formalmente) o Estado Democrático de Direito. [...] trata-se de um aprofundamento do Estado Social que agregou, em seu seio, o plus democrático, dando, em tese, o poder ao povo de participar das decisões, de modo indireto, via representantes escolhidos por votação. Nesse tipo de Estado, há uma evolução na busca da igualdade, na medida em que não se pretende apenas uma isonomia formal, relativamente aos direitos civis e políticos do clássico Estado Liberal Burguês, mas a concretização da igualdade substancial, aquela que almeja, no limite de suas possibilidades, o mesmo direito à saúde, à educação e às rendas (Administração Pública (tributária) e baixa constitucionalidade: ou de como um ato administrativo vale mais do que a Constituição para a administração pública (tributária) (BUFFON; MATTOS, 2012, p. 04).

Dessa forma, a grande questão é: “Como se interpreta adequadamente o texto que constitui esse Estado Democrático de Direito? Como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir efetividade aos objetivos propostos?” (STRECK; MORAIS, 2006, p. 138).

Buffon e Matos (2012) citando Streck, afirmam que uma hermenêutica jurídica, para ser crítica, necessita dos dois teoremas fundamentais de Heidegger, quais sejam, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica:

Uma hermenêutica que se pretenda crítica necessita dos dois teoremas fundamentais de Heidegger, que são o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. Com o círculo hermenêutico é possível concluir que o método sempre chega tarde, porque o *Dasein* se pronunciou de há muito; pela diferença ontológica, verifica-se que o ser é sempre o ser de um ente, com o que se rompe com a possibilidade de subsunções/deduções, uma vez que o sentido é existencial, e não algo fixado sobre o ente, que esteja atrás dele ou que não se sabe onde esteja (Administração Pública (tributária) e baixa constitucionalidade: ou de como um ato administrativo vale mais do que a Constituição para a administração pública (tributária) (BUFFON; MATOS, 2012, p. 04).

Nota-se, a partir dos conceitos de Heidegger, que houve uma superação da metafísica, a qual não separa o ser do ente, transformando o ser (o sentido) no próprio ente, como se o ente tivesse sentido por si só:

[...] pensa o ser e se detém no ente; ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, por um pensamento objetificador. Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência), faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente (STRECK, 2014b, p. 223).

Outro conceito de Heidegger que se deve ter atenção é o do *Dasein*. Nas palavras de Schuck (2013, p. 78):

Heidegger é outro “divisor de águas” na histórica da compreensão. Com ele somos levados a perguntar pelo modo de compreender aquilo que acontece em nós. O sujeito tem seu lugar repensado a partir de Heidegger. Ao invés de a subjetividade humana ser o sentido do ser, o ser é um projeto do sujeito. Significa dizer que o sujeito é o “Da” do “Sein”. O “aí” do “ser”, ele é “ser-aí”. Agora ele está aí, nele se revela o sentido (SCHUCK, 2013, p. 78).

E continua:

Compreender o ser não é mais do que abrir o espaço que possibilite o conhecimento do entes. “Qualquer conhecimento se realiza já sempre na base do modo de ser do estar-aí, modo de ser que denominamos ‘ser-em’, isto é, o já-sempre-estar-junto-de-um-mundo”. Nesse sentido, o transcendental é uma característica da minha compreensão do ser, não dos entes ou do ser. Isso porque, acima da realidade está a possibilidade. “De fato, apenas enquanto o ser-aí, ou seja, a possibilidade ôntica de compreensão do ser, ‘dá-se’ ser. Se o ser-aí não existe, também nem ‘independência’ nem ‘em si’ podem ‘ser’ (SCHUCK, 2013, p. 79).

Para Streck (2004), a linguagem é o meio de acesso ao mundo e aos objetos. “Como o compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem” (STRECK, 2004, p. 203). Em suas palavras:

O Dasein tem linguagem e por isto tem mundo. Chegamos ao mundo e aos objetos enquanto alguma coisa que estes objetos são e não como objetos puros. Chegamos a algo enquanto algo [...]. O Dasein, o ser-aí, o homem, antecipa as condições para a chegada a um sentido do mundo. A compreensão desse sentido do mundo, é dizer, a compreensão do ser, é dado pelo modo de ser-no-mundo; e o Dasein será esse modo de ser-no-mundo. Por isto, acertadamente Vattimo diz que “não há mundo se não existe o Dasein”. A linguagem como totalidade não implica dizer que ela - linguagem - cria o mundo; este existe independentemente de nós. As coisas do mundo só existem se compreendidas, interpretadas. A linguagem sempre nos precede; ela nos é anterior. Estamos sempre e desde sempre, nela. A centralidade da linguagem, é dizer, sua importância de ser condição de possibilidade, reside justamente no fato de que o mundo somente será mundo, como mundo, se o nomearmos, é dizer, se lhe dermos sentido como mundo. Não há mundo em si. mundo e as coisas somente serão (mundo, coisas) se forem interpretados (como tais). Apagar uma linguagem, isto é, esquecer as condições de sua surgência, de sua nomeação, não faz as coisas (como tais) desaparecerem (STRECK, 2004, p. 204).

Acrescenta, ainda, Schuck (2013) quanto ao Dasein, que seu ser se dá entre o passado e o presente, em direção ao futuro, sendo que nossa compreensão parti de pré-conceitos, no sentido de deixar que o texto diga algo de si:

A historicidade fundamental do Dasein vai implicar que seu ser é uma mediação entre passado e presente, na direção do futuro. Estabelece-se como condição de possibilidade de nossa compreensão. Nós nos compreendemos a partir dos “pré-conceitos”. Mas não no sentido de impor os nossos “pré-conceitos” ao texto, porém no sentido de deixar-se dizer algo pelo próprio texto. Se quisermos, podemos também dizer que “a racionalidade ‘a priori’ da tradição passa a manter-se como condição de possibilidade, que, no entanto, se gera no próprio processo do conhecimento empírico que se produz através dos modos fundamentais do ser do estar-aí que emergem no ‘mundo’” (SCHUCK, 2013, p. 81).

Dessa forma, tem-se que o sujeito não pode dominar sua reflexão, ou seja, não tem controle sobre ela, uma vez que ele acaba por ser carregado pelo movimento que antecede sua reflexão, o qual é, nas palavras de Rogério Schuck, “possibilidade para a reflexão, a qual se inicia em um segundo momento” (SCHUCK, 2013, p. 83). E, brilhantemente, acrescenta:

O homem já se encontra desde sempre inserido na tradição. Então é preciso dizer que toda compreensão é marcada por “pré-conceitos”, juízos prévios, que se gostaram na tradição. Seria dizer que aqui está a superação da filosofia da subjetividade. A subjetividade não é a ponte a partir de onde o sentido se gera, mas o sentido se revela na subjetividade, se gera na história, se transmite de geração, de modo que eu posso dizer que os pré-conceitos se gestaram na tradição, são condições transcendentais de minha compreensão (SCHUCK, 2013, p. 82).

Isso significa dizer que não há que se falar em subjetividade sob uma ótica hermenêutica, uma vez que a própria “subjetividade” está viciada pela tradição. Nesse sentido, expõe Lenio Streck, que o relativismo não cabe dentro da hermenêutica, uma vez que falar de relativismo é pressupor que exista uma verdade absoluta, o que nunca restou demonstrado de forma razoável, sendo que para isso (para uma verdade absoluta), essa verdade deveria ser não finita, incondicional, e insubstituível, o que é exatamente o movimento da metafísica (STRECK, 2014b).

Destarte, tem-se que uma das formas de afastar a discricionariedade nas decisões judiciais, é a partir da hermenêutica filosófica, a qual inclusive já superou o subjetivismo. Dessa forma, tem-se a “Crítica Hermenêutica do Direito” ou “Nova Crítica do Direito”, teoria criada por Streck (2014b), a qual reúne condições para, se não acabar com o decisionismo, reduzir suas possibilidades de dominação do imaginário dos juristas. Buffon e Matos (2015) afirmam que, essa nova crítica insere-se no movimento do Constitucionalismo Contemporâneo:

Essa “nova crítica”, realizada a partir da hermenêutica filosófica, insere-se no movimento do Constitucionalismo Contemporâneo, para o qual a teoria da interpretação/argumentação deve ser abordada a partir da hermenêutica da faticidade, recolocando a discussão do enfrentamento do positivismo e da indeterminabilidade do direito no contexto da filosófica diferença entre texto/ente e norma/ser, que é ontológica, abrindo espaço para a construção de respostas hermeneiticamente adequadas à Constituição. A hermenêutica leva vantagem sobre as demais teorias, tendo a interpretação, como foco principal, a faticidade, ou seja, o modo prático do ser-no-mundo comanda a atividade compreensiva; no direito, costuma-se chamar de caso concreto (BUFFON; MATOS, 2015, p. 109).

Dessa forma, tem-se que a Crítica Hermenêutica do Direito surgiu a fim de discutir a questão da aplicação do direito, expondo a diferença entre texto de lei e norma, com objetivo de encontrar respostas adequadas à Constituição.

Assim, ao final deste capítulo, pretende-se analisar de forma não exaustiva a “Nova Crítica do Direito”, teoria criada, conforme já afirmado, por Streck (2014b), eis que se acredita ser um meio que reúne condições para afastar a discricionariedade judicial.

#### **4.2 A relação entre a aplicação da letra da lei e o positivismo**

Um grande erro de uma parte dos juristas quanto ao tema em questão, é a afirmação de que no positivismo se aplica a letra fria da lei. Esse argumento acaba por legitimar a maioria das decisões discricionárias, dando o poder para o juiz decidir conforme seus próprios critérios, deixando, muitas vezes de aplicar a lei democraticamente votada e promulgada (STRECK, 2010).

Streck (2012) traz à tona essa discussão, na sua coluna do dia 23 de agosto de 2012, na revista eletrônica “Consultor Jurídico”:

[...] “Cumprir a letra [sic] da lei” significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência:

a) É positivista tanto aquele que diz que texto e norma (também “vigência e validade”) são a mesma coisa — portanto, igualam “Direito e lei”;

b) como aquele que diz que “texto e norma estão descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas, etc.), hipótese em que o intérprete se permite atribuir “qualquer norma a qualquer texto”.

Tentando dizer isso de forma mais simples: Kelsen, Hart e Ross foram todos, cada um ao seu modo, positivistas. E disso todos sabemos as consequências. [...] (STRECK, 2012, texto digital).

A questão é que, o positivismo não se resume a se apegar na letra pura lei. Apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou não, assim como trabalhar com princípios pode se caracterizar uma atitude positivista (STRECK, 2012, texto digital).

Pelo contrário, muitas vezes é necessário aplicar a letra da lei, eis que esta fora criada através dos representantes do povo, sendo promulgada pelo Presidente da República, igualmente escolhido pelo povo para governar. Como é o caso, apenas a título de exemplo, do artigo 212 do Código de Processo penal, o qual prevê que o Juiz fará apenas perguntas complementares. Ora, se o legislador previu que assim fosse, qual a razão de não agir desta forma? (STRECK, 2012, texto digital).

Assim, não pode o Juiz, o qual alcançou este cargo por meio de concurso público, sem ser eleito pelo povo, deixar de aplicar a legislação que foi estabelecida, por representação, pelo

povo brasileiro.

É óbvio que se a letra da lei não estiver de acordo com os princípios constitucionais, e aqui deve-se ter uma maior cautela, uma vez que princípios constitucionais não são quaisquer princípios criados por qualquer jurista, o que se vê muito, onde se transformam tudo em princípios, como se percebe em alguns casos em que decisões respeitam o princípio da felicidade ou da afetividade. Onde estão esses princípios na Constituição? Em razão disso, deve-se ter um cuidado ao afirmar que a aplicação da lei é uma atitude positivista. Muitas vezes não é (STRECK, 2012, texto digital).

#### **4.2.1 A discricionariedade no positivismo exegético, normativista e no neoconstitucionalismo**

Conforme já afirmado, a discricionariedade acompanha o direito desde o positivismo primeiro, no entanto, nesse primeiro momento a discricionariedade se dava no campo político (STRECK, 2014b). O direito era refém da política:

[...] a discricionariedade estava no nível da política. E essa questão atravessa os séculos XIX e XX. Havia um nítido enfraquecimento da autonomia do direito, que se apresentava como refém do processo político. Por isso a aposta nas diversas formas de realismo jurídico que pudessem, paradoxalmente, resgatar um grau mínimo de autonomia para o jurídico. Nota-se: se a história do direito é uma história de superação do poder arbitrário, então podemos afirmar que o que se procura enfrentar é o local onde a decisão privilegiada acontece, o lugar onde a decisão ocorre. Nessa medida, a história do direito também é uma história de superação ou do enfrentamento do problema da discricionariedade (arbitrariedade) (STRECK, 2014b, p. 520).

Ou seja, nesse primeiro momento, qualquer lei que o legislativo criasse, desde que tivesse passado por um procedimento válido, deveria ser aplicada, pois nos tempos em que vigorava o dogma estatalista da lei, havia confusão entre justiça e validade: lei validade era lei justa. Com o tempo, percebeu-se que os códigos não cobriam toda a realidade, e para solucionar esse problema, delegou-se a discricionariedade para os juízes (STRECK, 2014b, p. 521):

Desse modo, o primeiro criará, de forma absolutamente discricionária - poderíamos falar em uma discricionariedade política, que funciona como condição de possibilidade -, o conteúdo da lei, ao passo que o juiz/intérprete racional terá uma delegação para, de forma limitada, preencher os vácuos deixados pela discricionariedade absoluta (política) do legislador. Cria-se, assim, uma espécie de “discricionariedade de segundo nível”, representada pela atividade interpretativa do juiz racional. Essa discricionariedade de segundo nível será justificada pelos chamados princípios gerais do direito, que, junto com a analogia e os costumes, representam as autorizações legislativas para a análise discricionária do juiz no caso concreto.

Ainda, com Lenio Streck, percebe-se que a Constituição retirou a discricionariedade política, eis que a Carta Magna limita o poder político a impor parâmetros que devem ser seguidos, ou seja, qualquer lei deve estar de acordo com a Constituição, sob pena de ser considerada inconstitucional (STRECK, 2014b).

### **4.3 Uma breve análise da Nova Crítica do Direito**

A Nova Crítica do Direito é uma teoria criada pelo Streck (2014b), na tentativa de encontrar a forma correta de interpretar a legislação posta, em conformidade com Constituição.

Esta teoria trata da busca pela verdade, superando o ceticismo e o relativismo, bem como deixando claro que não há uma cisão entre texto e norma, uma vez que esta depende daquela e vice-versa. Nas palavras de Streck (2014b, p. 357):

Há condições de fazer afirmações corretas, mormente se considerarmos o antirrelativismo e o anticeticismo da hermenêutica filosófica. Da mesma maneira, há condutas corretas e outras incorretas; mais do que isso, diante da especificidade do direito, em que cada texto jurídico deve estar conformado a um outro que lhe é superior (a Constituição), uma interpretação será constitucional (portanto, correta), e outra, inconstitucional (portanto, incorreta).

Ou seja, a resposta correta é aquela que estiver de acordo com a Constituição Federal, que é um contrato pelo qual as pessoas fizeram promessas para elas mesmas, conforme afirma Streck, citando Ost (STRECK, 2014b).

No entanto, a resposta correta deve ir além. E para entender esse além, deve-se compreender que se na metafísica clássica os sentidos estavam nas coisas, e na metafísica moderna, na mente, no século XX os sentidos passaram a estar na linguagem, a partir da ruptura com a filosofia da consciência produzida pela invasão da filosofia pela linguagem (STRECK, 2014b).

Ou seja, nessa quadra da história, a linguagem não está à nossa disposição, sendo condição de possibilidade, o que significa que se fala a partir dos pré-juízos, o que acaba com a metafísica, o que resulta em afirmar que as coisas só existem no seu significado, e não em si próprias, e esses significados são descobertos a partir de textos, e não por conceitos universais (STRECK, 2014b).

Em outras palavras, um texto por si só não tem significado, e não pode o intérprete deduzir seu significado, uma vez que a linguagem não é algo que está à nossa disposição, ou seja, não se pode usar ela como bem entender, eis que esta é condição de possibilidade - alguma coisa só tem significado pela linguagem (STRECK, 2014b). Nesse sentido, Buffon e Matos (2015, p. 11) fazem o seguinte alerta:

Com fortes traços positivistas, a teoria do direito continua refém de duas faces metafísicas: o objetivismo e o subjetivismo. A teoria objetivista considera que a lei traz consigo a norma, e que em razão disso a interpretação judicial é objetivamente controlada pelas regras, as quais levam a uma coreta determinação do significado do texto, como se a verdade estivesse nas coisas, um retorno à metafísica clássica, desprezando a diferença ontológica entre texto e norma. Esta teoria representa um esforço para que seja deixada de lado qualquer influência de valores pelo intérprete, ou seja, que a vontade do juiz não seja levada a cabo – numa evidente pretensão de neutralizada. Para isso, busca minimizar as brechas na lei e maximizar as exigências institucionais no intuito de que os juízes decidam conforme padrões legais gerais através da subsunção, pelo processo lógico-dedutivo.

Assim, além da interpretação estar em conformidade com a Constituição Federal, deve-se haver integridade na argumentação. Essa integridade equivale ao respeito à tradição, que deve ser entendida como uma consolidação de um modelo que sustenta as transformações das sociedades contemporâneas (STRECK, 2014b).

Dworkin e Camargo (p. 212, 1999) colocam a questão da integridade como uma terceira virtude percebida em uma comunidade política:

Mesmo que rejeitássemos a integridade e fundamentássemos nossa atividade política apenas na equidade, na justiça e no devido processo legal, veríamos que essas primeiras virtudes às vezes seguem caminhos opostos. Alguns filósofos negam a possibilidade de qualquer conflito fundamental entre justiça e equidade por acreditarem que, no fim das contas, uma dessas virtudes deriva da outra. Alguns afirmam que, separada da equidade, a justiça não em sentido, e que em política, como na roleta dos jogos de azar, tudo aquilo que provenha de procedimentos baseados na equidade é justo. Esse é o extremo da ideia denominada justiça como equidade. Outros pensam que, em política, a única maneira de pôr à prova a equidade é o teste do resultado, que nenhum procedimento é justo a menos que tenda a poduzir decisões políticas que sejam aprovadas num teste de justiça independente. Esse é o extremo oposto, o da equidade como justiça. A maioria dos filósofos políticos – e, creio, a maioria das pessoas – adota o ponto de vista intermediário de que a equidade e a justiça são, até certo ponto, independentes uma da outra, de tal modo que as instituições imparciais às vezes tomam decisões injustas, e as que não são imparciais às vezes tomam decisões justas (...) Se acreditarmos que a integridade é um terceiro e independente ideal, então podemos pensar que, às vezes, a equidade ou a justiça devem ser sacrificadas à integridade (...) Mas não podemos esperar defender a integridade de maneira normal, pois sabemos que às vezes a integridade entrará em conflito com aquilo que recomendam a equidade e a justiça. Se quisermos afirmar a integridade política como um ideal distinto e dotado de autonomia, precisamos aumentar a amplitude do argumento político da fraternidade (...) Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que, em alguma das duas formas assinaladas [legislativa e jurisdicional], a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior às outras

virtudes” (DWORKIN; CAMARGO, 1999, p. 212).

Para Streck (2014b, p. 357), “a integridade, na hermenêutica equivale ao respeito à tradição”. Nesse sentido, pertinente é a observação de Schuk (2013, p. 160):

Tradição não deve, portanto, ser confundida com costume(s), pois este(s) não se efetiva(m) por livre determinação, assim como sua validade não se assenta nesta, mas que, muito antes, a tradição é o fundamento da validade dos costumes. Essa perspectiva de admitirmos a tradição como fundamento é um dos pontos mais importantes da obra de Gadamer, tornando-se objeto central de suas preocupações, tanto implícitas quanto explicitamente. Com isso é possível demonstrar que, além de distingui-lo de Heidegger, possibilita-nos afirmar que as acusações de relativismo, frequentemente feitas à hermenêutica filosófica, não se sustentam (SCHUCK, 2013, p. 160).

A tradição tem uma produtividade nela mesmo, de modo que "nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que a autoridade do transmitido [...] tem poder sobre nossa ação e sobre nosso comportamento” (SCHUCK, 2013, p. 159).

Tradição essa, que, segundo Streck, “deve ser entendida como uma consolidação de um modelo de constitucionalismo que transforma ou sustenta as transformações das sociedades contemporâneas. Por isso a Constituição é a sua compreensão; tudo o que ocorreu na Alemanha, na Itália, nos Estados Unidos, e assim por diante, engendra a “tradição constitucional” (STRECK, 2014b, p. 357).

Assim, entende Streck (2014b, p. 361) que a integridade de que fala Dworkin pode ser chamada de integridade autêntica:

[...] as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos voltados tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão sobre se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. O direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração.

Dito de outra forma, a integridade proposta por Dworkin significa dizer que o direito deve ser interpretado em sua totalidade coerente, onde uma decisão deve ser fundamentada através dos mesmos princípios de decisões anteriores, mesmo que os juízes não concordem com tal aplicação (MOTTA, 2014).

Partindo dessas questões é que se pode falar na possibilidade de respostas adequadas à Constituição. Ora, o direito é constituído por textos legais, votados democraticamente, sendo que muitas vezes são compostos por palavras que têm mais de um significado, sendo impossível imaginar todos os casos em que esses textos serão aplicados, antes de ocorrer o fato concreto, razão pela qual o próprio direito deverá resolver esses problemas, por meio dos princípios informados na Constituição (BUFFON; MATOS, 2015).

Dessa forma, o texto de lei deve sim ser aplicado, desde que esteja em conformidade com os princípios informados na Constituição, sendo que essa conformidade só poderá ser percebida no caso em concreto. Ou seja, o texto será aplicado ao caso, desde que seja respeitado o princípio informado na Constituição, caso contrário, e somente nesses casos, não deverá ser aplicado, consoante será visto no próximo item.

#### **4.3.1 Quando não se deve aplicar a lei**

Conforme já afirmado, diversamente do positivismo, no Constitucionalismo Contemporâneo há um limite quanto à discricionariedade política (discricionariedade do legislador). Isso significa que a partir da Constituição, o poder das leis criadas pelo legislativo encontram um limite, sobre tudo em seu conteúdo, que é a própria Constituição, ou seja, para além do procedimento de criação da lei, esta deve estar adequada à Constituição Federal.

Dito isso, conclui-se que, através do controle de constitucionalidade difuso vigente no Brasil, o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo legal. Porém, não pode tomar essa atitude quando lhe convém, podendo, conforme defende Streck, deixar de aplicá-la, somente nas seguintes hipóteses (2014b):

- a) Quando a lei for inconstitucional;
- b) Quando for caso de aplicação de resolução de antinomias;
- c) Quando o sentido da lei for mudado, para que sua interpretação seja conforme a Constituição Federal. Importante ressaltar que, nesse caso “o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição” (STRECK, 2014b, p. 604);
- d) Quando for causa de nulidade parcial sem redução de texto, caso em “permanece a liberalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre

expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação [...] do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução do sentido” (STRECK, 2014b, p. 604);

- e) Em caso de inconstitucionalidade com redução de texto, onde alguma palavra poderá ser excluída, permanecendo constitucional o dispositivo; e
- f) Nos casos em que uma regra não será aplicada naquele caso concreto específico, em função do princípio instituídor.

Fora desses casos, deverá o intérprete aplicar o dispositivo democraticamente votado (STRECK, 2014b).

#### **4.3.2 A resposta correta é aquela realizada por princípios**

Nota-se, nessa quadra da história, que texto e norma são coisas diferentes, porém um depende do outro. A norma é dada na aplicação do texto ao caso concreto. Percebe-se, com os itens acima, que a relação sujeito objeto restou superada pela hermenêutica, uma vez que a linguagem é condição de possibilidade, e essa linguagem está dentro de uma tradição (STRECK, 2014b).

Igualmente, nota-se pelos itens anteriores que a discricionariedade existe desde o positivismo exegético, onde o direito era refém do poder legislativo, sendo que no positivismo normativista essa discricionariedade passou-se para o julgador.

Com o ganho de força normativa das Constituições, principalmente após a segunda guerra (STRECK, 2014b), o poder discricionário da política (do poder legislativo) encontrou obstáculos, ou seja, o conteúdo das leis criadas pelo legislador devem estar de acordo com a Carta Magna, sob pena de ser consideradas inconstitucionais (STRECK, 2014).

Também, nos itens anteriores, restou demonstrada as hipóteses que o julgador poderá deixar de aplicar a lei democraticamente votada, sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, teoria criada por Streck (2014b).

No entanto, como deve o intérprete chegar a essas conclusões, ou seja, como deve o

intérprete, então, interpretar a lei, aplicando-a no caso concreto, segundo a teoria de Streck?

A resposta para essa pergunta, sempre sustentada pela teoria do estudioso acima citado, deve-se necessariamente passar pela pergunta do que é o direito? Segundo Streck (2014b), o direito é representado pelos princípios, enquanto que a regra é um meio para a efetivação do direito, ou seja, dos princípios (STRECK, 2014b). Nas suas palavras:

Os princípios, desse modo, representam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo. As regras, por outro lado, representam uma técnica para a concretização desses direitos, ou seja, meios (condutas) para garantir um “estado de coisas” desejado. É por isso, portanto, que a compreensão da regra exige esse “princípio instituidor”, sob pena de uma interpretação alienada (STRECK, 2014b, p. 315).

Assim, conclui-se que a regra (o texto de lei) acaba com o mundo prático, uma vez que são regras abstratas (STRECK, 2014b). Como muito bem alertam Buffon e Mattos (2015, p. 110): “O direito trata de normas de caráter geral e com certa pretensão de universalidade, e ao mesmo tempo, trata de casos particulares, da concretude das relações humanas, que são perpassadas e, ao mesmo tempo, constituem normas”.

Dessa forma, toda sentença, ou decisão qualquer que seja, deve estar fundamentada através dos princípios, ou como nomeia Streck “princípio instituidor” (STRECK, 2014b), devendo, o intérprete, antes de qualquer coisa, verificar se a norma está adequada à Constituição:

Vê-se, pois, que qualquer resposta correta é necessariamente uma resposta adequada à Constituição. Uma norma – que é sempre o produto da interpretação de um texto (que, por sua vez, é sempre um evento) – somente é válida se estiver de acordo com a Constituição. Portanto, o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe a totalidade eficaz. Para tanto, tem à sua disposição – desde que inserido na tradição autêntica proporcionada pelo paradigma do Estado Democrático do Direito e tudo o que ele representa – um universo de possibilidades para compatibilizar a norma com a Constituição, a partir das diversas sentenças interpretativas, que vão desde a interpretação conforme até a nulidade parcial sem redução de texto, passando pelo apelo ao legislador; enfim, os diversos recursos hermenêuticos que essa mesma tradição nos legou.

Por essa razão, mesmo que o caso em concreto pareça de aplicação direta do texto de lei, deve-se o julgador observar o princípio instituidor que se tem por trás dessa regra, para ver se ele não aponta para uma direção oposta a sua simples aplicação.

Juntamente com os princípios, toda decisão deve se ater à integridade, que para Streck (2014b) se trata de uma garantia contra arbitrariedades, em razão de a integridade está intimamente ligada à democracia, motivo pelo qual exige dos juizes a construção de argumentos

de forma associada ao direito. “A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, por meio dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política” (STRECK, 2014b, p. 323).

Ainda, junto com a integridade, deve haver coerência nas decisões, o que significa que “em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica (STRECK, 2014b, p. 326). No entanto, a coerência poderá ser afastada, frente a integridade, ou seja, se constatado que no caso semelhante anterior houve má aplicação dos princípios, poderá/deverá usar-se princípios diferentes para o próximo caso (STRECK, 2014b).

Entretanto, tais princípios instituidores não podem ser criados de forma subjetiva pelo intérprete, para depois ser aplicado ao caso concreto, eis que “a formação principiológica é formada pelo mundo, e ao mesmo tempo, forma o mundo, na medida em que pode articular um significado novo que exsurge da interpretação do próprio mundo” (STRECK, 2014b, p. 552).

Por isso, “é imprescindível revolver o chão linguístico e estabelecer pré juízos legítimos frente à tradição instaurada pelo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito (BUFFON; MATOS, 2015, p. 116), eis que desde sempre o ser humano está inserido nessa tradição, e é essa tradição que “determina as possibilidades de sentido que projetamos no mundo” (STRECK, 2014b, p. 552).

A faticidade de nossa existência mostra que sempre estamos situados no meio. Literalmente, poderíamos dizer que a existência é sempre travessia. Travessia é caminho e esse caminho se torna percorrível a partir das marcas que são nele impressas pela tradição. Os princípios são, portanto, estas marcas que balizam a formação da história institucional do direito. Esta história institucional possibilita a formação legítima de algo como uma decisão judicial. Eis, portanto, o sentido que se projeta como horizonte quando falamos de princípios (STRECK, 2014b, p. 552).

Essa tradição instaurada pelo Estado Democrático do Direito, ao fim e ao cabo, é a história das constituições, em especial, após a segunda guerra mundial (STRECK, 2014b), ou seja, são os motivos que levaram a criação da Constituição.

Conclui-se, assim, que uma decisão judicial só será correta quando for devidamente fundamentada, demonstrando o princípio instituidor por detrás da regra, podendo-se afirmar que “não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática” (STRECK, 2014b).

Segundo Streck (2014b, p. 553), isso funciona da seguinte forma:

Quando nos ocupamos com questões jurídicas, possuímos, antecipadamente/pré-compreensivamente, um todo conjuntural que nos permite articular os diversos instrumentos que a tradição jurídica construiu. Há sempre um todo antecipado em cada ato particular que praticamos como advogados, procuradores, promotores, juízes etc. No contexto da tradição em que estamos inseridos, esse todo é representado pela Constituição. Mas não a Constituição enquanto um texto composto de diversas fatias: os artigos, os incisos, as alíneas etc., mas, sim, a Constituição entendida como um evento que introduz, prospectivamente, um novo modelo de sociedade. Este evento que é a Constituição está edificado sob certos pressupostos que chegam até nós pela história institucional de nossa comunidade. Tais pressupostos condicionam toda tarefa concretizadora da norma, porque é a partir deles que podemos dizer se o direito que se produz concretamente está legitimado de acordo com uma tradição história que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária (STRECK, 2014b, p. 553).

Destarte, o intérprete é obrigado a julgar/decidir de forma a não comprometer o todo conjuntural da comun-idade dos princípios constitucionais (STRECK, 2014b).

### 4.3.3 Conjunto mínimo de princípios propostos por Lenio Streck

Consoante exposto no item anterior, para Streck toda decisão deve se dar por princípios, uma vez que atrás de toda regra há um princípio instituidor. Assim, necessário analisar o conjunto mínimo de princípios proposto pelo jusfilósofo. Segundo Streck (2014b):

Tais princípios (padrões), sustentados na historicidade da compreensão e na sedimentação da principiologia estabelecida pela tradição do Estado Democrático de Direito, só podem manifestar-se quando colocados num âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreta, pois representam um contexto de significações histórico-compartilhadas por uma determinada comunidade política, uma vez que abarcam e apontam para além dos diversos padrões (princípios, sub-princípios, pontos de vista) forjados na tradição do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2014b, p. 601).

Faz um apanhado da citação dele e depois a ligação. Assim, passa-se à análise do conjunto mínimo de princípios:

- a) Preservar a autonomia do direito;

Este princípio tem o intuito, como seu próprio nome afirma, de preservar a autonomia do direito, dando poder ao judiciário de controlar as leis votadas pelo legislativo, não deixando, assim, o direito refém do poder legislativo (STERCK, 2014b).

Esse controle realizado pelo poder judiciário se dá através da análise da lei em conformidade com a Constituição, sendo o princípio que sustenta as seis hipóteses que o

juiz julgador poderá deixar de aplicar a lei, expostas no item anterior. Fora essas hipóteses, é dever do judiciário aplicar a lei (STRECK, 2014b).

b) Controle hermenêutico da interpretação constitucional;

Tal princípio tem a função de impor limites às decisões judiciais. Assim como o princípio da autonomia do direito impõe limites ao legislador, este princípio controla as decisões judiciais (STRECK, 2014b).

Embora não exista um método objetivo para aplicação da lei em um caso concreto, o intérprete não pode aplicá-la da forma que lhe convém. Nas palavras de Streck (2014b):

O fato de não existir um método que garanta a “correção” do processo interpretativo - denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típicos do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen [...]. Pois se o intérprete escolhe os sentidos, então a democracia depende do intérprete. Restar-nos-ia, então, torcer para que tenhamos bons intérpretes? Ou torcer para que o objetivismo ético esteja prenhe de “bons argumentos”? (STRECK, 2014b, p. 606).

Dessa forma, tem-se que este princípio tem como objetivo controlar as decisões judiciais, através da hermenêutica jurídica.

c) Efetivo respeito à integridade e à coerência do direito;

Tal pressupõe que a aplicação da lei deve ser feita integrando o todo jurídico, ou seja, todos os princípios instituidores do direito.

Com isso, afasta-se, de pronto, tanto o ponto de vista objetivista [...] como o ponto de vista subjetivista-pragmatista, para o qual – aproveitando a relação “texto-norma” – a norma pode fazer soçobrar o texto [...]. Ou seja, esse respeito à tradição, ínsito à integridade e à coerência, é substancialmente antirrelativista e supera subjetivismos e objetivismos (STRECK, 2014b, p. 608).

A coerência significa dizer que os mesmos princípios devem ser usados em casos semelhantes, sendo, entretanto, prejudicada a coerência quando necessário para se cumprir a integridade (STRECK, 2014b). Isso evita que decisões erradas se repitam, sob pretexto da coerência.

A integridade está ligada diretamente à democracia, exigindo que os juízes construa argumentos de forma integrada ao conjunto do direito (BUFFON; MATOS, 2015. p.132).

- d) Dever fundamental de justificar as decisões (ou de como a motivação não é igual à justificação);

Com esse princípio, tem-se que toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada, demonstrando qual princípio instituidor foi usado para chegar à decisão, o que é responsabilidade do julgador (STRECK, 2014b).

- e) Direito fundamental à uma resposta constitucionalmente adequada.

Referido princípio tem como objetivo garantir a todo cidadão que buscar seus direitos através do judiciário uma resposta adequada à Constituição, resposta essa que se dará pelos princípios instituidores, advindos da tradição (STRECK, 2014b).

Nesse sentido, asseveram Buffon e Matos (2015, p. 133):

A Constituição é condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ignorar as circunstâncias concretas de uma época, sendo que sua pretensão de vigência somente pode se realizar a medida que leve em consideração tais circunstâncias. Deve permanecer incompleta e inacabada, porque pretende reger vida histórica e, como tal, ser submetida a mudanças históricas.

Assim sendo, em toda decisão deve ser observados o conjunto de princípios mínimos acima expostos, bem como os princípios vigentes pela tradição, uma vez que atrás de toda regra necessariamente há um princípio instituidor, que muitas vezes pode ser levada a decisão para um lado totalmente diverso da regra (STRECK, 2014b). Dessa forma é que se pode falar em respostas adequadas à Constituição Federal.

A partir das considerações acima expostas, buscou-se descrever, de forma breve, a teoria criada pelo jusfilósofo Lenio Streck, qual seja, Crítica Hermeneutica do Direito ou Nova Crítica do Direito, superando o objetivismo e o subjetivismo, para a possibilidade de se chegar a uma resposta adequada à Constituição.

## 5 CONCLUSÃO

O trabalho monográfico examinou a questão da insegurança jurídica causada pela discricionariedade judicial, demonstrando como esse fenômeno afeta o direito de há muito, e sob diversas faces, desde o positivismo exegético, passando pelo positivismo normativista até chegar ao positivismo de Jules, e, igualmente, no chamado neoconstitucionalismo. Por fim, realizou-se uma breve análise da teoria da decisão judicial, criada pelo jurista Lenio Streck, chamada de Crítica Hermenêutica do Direito (ou Nova Crítica do Direito), como uma possível forma de afastar a discricionariedade das decisões judiciais e alcançar resposta adequadas à Constituição.

Assim, o capítulo inaugural desta monografia ocupou-se em analisar as primeiras teorias de interpretação do direito, iniciando pelo fenômeno de codificação, quando se percebeu que os códigos não conseguiam abranger toda a realidade, iniciando os primeiros estudos quanto à interpretação do direito.

Nesse contexto, surgiu a Escola da Exegese, passando a vigorar o positivismo exegético, o qual usava como forma de interpretação apenas a análise sintática dos códigos, ou seja, fazia-se, ao fim e ao cabo, uma interpretação literal das leis, achando alguma forma, o julgador, de enquadrar o caso concreto no texto da lei, sem haver uma separação entre texto e norma. O texto da lei detinha o seu próprio sentido.

No positivismo exegético, no decorrer desta pesquisa, percebeu-se que o direito ficava refém da política, sendo que qualquer lei criada pelo poder político deveria ser aplicada. Ou seja, a discricionariedade era na política, que poderia legislar sem nenhum limite e o Direito deveria aceitar.

Com o crescimento da Escola Livre do Direito, a qual tentava introduzir elementos de

outras disciplinas no Direito, surgiu, então, Hans Kelsen, o qual, através de sua obra Teoria Pura do Direito, tentou criar uma total autonomia do direito, como uma ciência, que passou a ser chamada de positivismo normativista.

O problema de sua teoria foi que a preocupação era quanto à criação das leis, o que fez com que o Direito não ficasse mais refém da política, eis que deveria respeitar uma norma fundamental. Porém, na aplicação do Direito, o próprio Kelsen chega a firmar que a sentença é um ato de vontade do julgador, transferindo, assim, a discricionariedade da política para o julgador.

Ainda no primeiro capítulo, restou demonstrado o problema do pós positivismo, que no Brasil foi intitulado como neoconstitucionalismo, teoria que teria surgido para superar o positivismo, porém, permanece com os mesmos problemas, quais sejam, no momento da aplicação, em algum momento, o julgador terá discricionariedade para julgar da forma que lhe parecer mais correta ou justa. Essa discricionariedade fica evidente quando se fala, a título de exemplo, em ponderações de princípios, onde o juiz irá escolher um princípio em defasagem de outro, sendo o critério pessoal do juiz, o único para essa escolha.

Ao final do primeiro capítulo, foram realizadas sucintas pontuações quanto da real influência do julgador em suas decisões, quando possível a discricionariedade do intérprete, partindo da psicanálise, demonstrando que sem alguma teoria da interpretação, o jurisdicionado ficará à mercê do que o julgador acha justo, correto etc., bem como de seus traumas.

No segundo capítulo, buscou-se identificar decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, onde ficasse evidente a discricionariedade judicial em casos práticos, bem como a insegurança jurídica trazida por essa discricionariedade, uma vez que de um momento para outro mudou-se entendimentos sedimentados dos Tribunais Superiores, como foi o caso do julgamento que possibilitou o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

Da mesma forma, foi o reconhecimento da união homoafetiva realizada pelo Supremo Tribunal, em expressa contrariedade com a própria Constituição, que define que a família será formada por um homem e uma mulher (art. 226 da CF).

Ou então, a interpretação extensiva que foi realizada no Superior Tribunal de Justiça, para tornar imprescritível crime de injúria racial, não estando no rol de crimes imprescritíveis

estabelecido pela Lei n. 7.716/89.

O ponto em comum desses julgados, bem como dos outros que estão expostos no segundo capítulo, é que todos eles foram realizados com vasta argumentação, sob um pretexto relativamente bom, ou ao menos interessante, mas sem respeitar a Constituição Federal. O que ocorreu, na verdade, foi que os Tribunais Superiores julgaram por valores pessoais, valores esses que talvez agrade a maior parte da população nacional, porém ignorando a Constituição Federal, retirando qualquer autonomia do Direito, bem como causando enorme insegurança jurídica.

Assim, no terceiro capítulo foi realizado, de forma sucinta, uma análise da Nova Crítica do Direito, teoria de Lenio Luiz Streck, como possibilidade para afastar a discricionariedade nas decisões judiciais.

Através, então, da Nova Crítica do Direito, verificou-se que a partir da hermenêutica filosófica pode-se afastar a discricionariedade, uma vez que para esta disciplina não há que se falar em subjetividade, eis que a própria subjetividade está viciada pela tradição.

Adiante, viu-se a relação entre a aplicação da letra da lei e o positivismo, para acabar com o pensamento de alguns juristas de que aplicar a letra da lei é uma atitude positivista, onde foi demonstrado que uma lei votada democraticamente, deve ser cumprida, a menos que se enquadre em alguma das seguintes hipóteses: a) quando a lei for inconstitucional; b) for caso de aplicação de resolução de antinomias; c) quando o sentido da lei for mudado para que a interpretação seja conforme a Constituição; d) caso de nulidade parcial sem resolução de texto; e) inconstitucionalidade com redução de texto; e, f) nos casos em que uma regra não será aplicada em um caso concreto em função do princípio instituidor.

Fora os casos citados, a lei deve ser aplicada, pois isso representa um avanço na democracia. Ora, se a lei foi votada democraticamente, e está de acordo com a Constituição, inclusive para o caso concreto, não se pode deixar de aplicá-la.

Percebeu-se, também, que através da Crítica Hermenêutica do Direito, toda decisão judicial deve ser proferida por princípios instituidores, princípios esses vigentes pela tradição instaurada pelo Estado Democrático do Direito, que, pode-se resumir, é a história das constituições, quais motivos levaram a sua criação, em especial, após a segunda Guerra.

Portanto, diante da análise do problema proposto para este trabalho – há segurança

jurídica para o jurisdicionado, enquanto os juízes continuarem a decidir conforme sua consciência? –, verificou-se que a hipótese inicialmente levantada para esse questionamento é verdadeira.

Foi possível perceber, no discorrer do estudo, que a discricionariedade judicial gera decisões arbitrárias, uma vez que de nada adianta uma Constituição que garante formalmente diversos direitos aos cidadãos, quando esses direitos podem ser afastados por uma argumentação lógica, porém, de acordo com os juízos de valor do julgador.

Ora, a Constituição deve ser seguida, eis que é um pacto da sociedade com ela mesma, não podendo ser afastada por juízes que chegaram ao cargo através de concurso público, sem representar o povo.

Assim, concluiu-se que a interpretação do Direito em conformidade com a Constituição é mais do que uma simples formalidade, sendo essencial para um Estado Democrático de Direito, onde se espera que haja uma certa previsibilidade, em que o cidadão saberá o que pode ou não pode fazer, sabendo das consequências de seus atos, sem ficar à mercê de qual juiz irá julgá-lo.

Elucidou-se, por isso, que a única forma eficaz de alcançar esses objetivos, de afastar a discricionariedade das decisões judiciais, é através de uma teoria da interpretação, a qual, pode ser representada pela Crítica Hermenêutica do Direito.

## BIBLIOGRAFIA

ABEL, Henrique. **A discricionariedade judicial e sua (in)compatibilidade com o Estado Democrático de Direito Positivismo, Pragmatismo e ceticismo no cenário do “pós positivismo**. 2011.127 f. Monografia (Especialização). UNISINOS. São Leopoldo, 2011. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/10163002-Universidade-do-vale-do-rio-dos-sinos-unisinos-unidade-academica-de-pesquisa-e-pos-graduacao-programa-de-pos-graduacao-em-direito-nivel-mestrado.html>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BACHA, Diogo; SILVA, Flávio Quinaud Pedron. Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292. **Empório do direito**. Disponível em: <<http://emporiოდireito.com.br/tag/julgamento-do-habeas-corpus-n-o-126-292/>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BONATO, Gilson (Org.). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm)>. Acesso em: 05 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ministro do STJ declara que não precisa obedecer a doutrina, tendo o Tribunal total independência. **Scribd**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/57229133/STJ-Nao-me-interessa-a-Doutrina#scribd>>. Acesso em:

28 mar. 2015.

BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. Administração Pública (tributária) e baixa constitucionalidade: ou de como um ato administrativo vale mais do que a Constituição para a administração pública (tributária). **Revista de Ciências Jurídicas**, ULBRA. Vol. 13. n. 01. Jan/jun. 2012. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/upload/a96ad97905daf8b859652dfc78c9317e.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Tributação no Brasil do século XXI: uma abordagem hermeneuticamente crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão do STJ considera injúria racial imprescritível correta. **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-24/decisao-stj-considera-injuria-racial-imprescritivel-correta>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

DWORKIN, Ronald; CAMARGO, Jefferson Luiz. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Jefferson de Carvalho; JUNIOR, Alberto Sampaio. Não cabe ao juiz legislar e comparar a injúria racial ao racismo. **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/nao-cabe-juiz-legislar-comparar-injuria-racial-racismo>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

HUPFFER, Haide Maria. **Educação Jurídica e Hermenêutica Filosófica**. 2006. 381 f. Dissertação (Mestrado). UNISINOS. São Leopoldo, 2006. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2469/Educacao%20juridica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Contra o neoconstitucionalismo. Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2016.

MARCÃO, Renato. Juiz deve atuar com cautela para não cercear defesa. **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-09/renato-marcao-juiz-atuar-cautela-nao-cercear-defesa>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. Tese (Doutorado) – UNISINOS, São Leopoldo, 2014.

NUCCI, Guilher. Quem nunca sofreu racismo, acha isso injúria? **CONJUR**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-27/guilherme-nucci-quem-nunca-sofreu-racismo-acha-isso-injuria?imprimir=1>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. Para um (im)possível diálogo entre o processo penal e a psicanálise. **Empório do direito**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/para-um-impossivel-dialogo-entre-processo-penal-e-psicanalise-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SCHUCK, Rogério José. **Apropriação da tradição: aproximações à hermenêutica de Gadamer.** San Bernardino: Edições acadêmicas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia. **CONJUR.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-10/entrevista-lenio-streck-jurista-advogado-procurador-aposentado>>. Acesso em: 02 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **E a professora disse: você é um positivista.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em: 02 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermeneutica: uma nova crítica do direito.** 2. ed. São Paulo: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **O que é isto: decidido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC?. **CONJUR.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc>>. Acesso em: 02 maio 2016.

\_\_\_\_\_. STJ faz interpretação extensiva em Direito penal contra o Réu. **CONJUR.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-22/senso-incomum-stj-faz-interpretacao-extensiva-direito-penal-reu#sdfootnote1anc>>. Acesso em: 02 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Sobre decisão do STF: uniões. **Blogspot.** Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.com.br/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>. Acesso em: 2 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo pode deixar de aplicar a lei sem fazer jurisdição constitucional? **CONJUR.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-25/observatorio-constitucional-stf-deixar-aplicar-lei-jurisdicao-constitucional>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

\_\_\_\_\_. Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional. **CONJUR.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política e teoria do Estado.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.