

**A arbitrariedade judicial como empecilho ao exercício da democracia: a
necessidade de uma teoria da decisão para o direito brasileiro**

DOI: 10.31994/rvs.v10i2.606

Rafael Alem Mello Ferreira¹

Vanessa Mariana de Castro²

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo estudar a discricionariedade judicial: seu conceito, origem e principais consequências. A isso soma-se a crítica à arbitrariedade enquanto ameaça ao direito democraticamente construído, ao mesmo tempo em que se procura oferecer uma solução para o solipsismo praticado pelos juízes, por meio da elaboração de uma teoria jurídica apropriada. O presente estudo aposta em análises jurisprudenciais e revisão bibliográfica em sua metodologia de pesquisa para concluir que o Direito precisa superar o positivismo clássico e assimilar as teorias que concebem a decisão como algo que deve ser construído intersubjetivamente. Assim, com fundamento na Crítica Hermenêutica do Direito e na Teoria Crítica, o que se busca demonstrar é a patente necessidade que o Direito brasileiro tem de uma teoria da decisão que não seja associada à vontade do julgador.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO. DEMOCRACIA. DISCRICIONARIEDADE. POSITIVISMO. TEORIA DA DECISÃO.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá - Instituições a que pertence: Faculdade de Direito do Sul de Minas e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - ORCID ID: 0000-0001-6623-0392

² Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Instituição a que pertence: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - ORCID ID: 0000-0002-5414-6705

Judicial arbitrariness as a hindrance to the exercise of democracy: the need for a decision theory for Brazilian Law

ABSTRACT

This paper aims to study judicial discretion: its concept, origin and main consequences. Added to this is the critique of arbitrariness as a threat to democratically constructed law, while at the same time seeking to provide a solution to the solipsism practiced by judges by devising an appropriate legal theory. The present study gambles on jurisprudential analysis and bibliographic review in its research methodology to conclude that the law needs to overcome the classical positivism and integrate the theories that conceive the decision as something that should be built inter-subjectively. Hence, based on the Hermeneutic Critique of Law and Critical Theory, what is sought to demonstrate is the patent need that Brazilian Law has for a theory of decision that is not associated with the will of the judge.

KEYWORDS: LAW. DEMOCRACY. DISCRETION. POSITIVISM. DECISION THEORY.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se originou de um projeto de pesquisa aprovado e financiado pelo FIP (Fundo de Incentivo à Pesquisa) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Sua pretensão é noticiar e criticar algo que, por mais inconcebível que pareça, ainda é comum no Direito brasileiro: o entendimento de que os juízes possam se valer de sua consciência, de sua moral ou de qualquer outra fonte que não o ordenamento jurídico para decidir. Decidir não é o melhor verbo que descreve tal

conduta. A palavra a ser utilizada é escolher, já que o magistrado não interpretará o caso concreto à luz da Constituição, das leis, das regras ou princípios do Direito, mas tão somente optará pela alternativa que melhor atender a seus desígnios, para depois buscar razões (jurídicas ou não jurídicas) que os justifiquem (STRECK, 2017b).

A discricionariedade judicial – que nada mais é do que “um poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz” (STRECK, 2017b) – é uma herança do positivismo jurídico, que prefere conceder uma margem de liberdade ao magistrado para que este decida os casos difíceis (ainda que tal deliberação transponha o limite da lei) do que criar uma teoria da decisão adequada. Ao encorajar essa postura solipsista, o positivismo está tacitamente admitindo uma possível extrapolação de função por parte do julgador, que é o aplicador da lei (e não criador dela), além de gerar insegurança jurídica.

Assim, valendo-se dos escritos de Jürgen Habermas, Ronald Dworkin e principalmente Lenio Streck, este artigo procurará demonstrar, em três itens, como a arbitrariedade judicial é um óbice à objetividade e segurança jurídicas, bem como à democracia. Objetivará, da mesma forma, esclarecer os motivos pelos quais deve a discricionariedade ser extirpada do campo do Direito, o que somente acontecerá com a incorporação de teorias que não chancem a construção subjetiva da decisão pelo juiz, mas ofereçam caminhos outros que não a extrapolação de função pelo magistrado.

No primeiro item serão abordadas as principais diferenças entre a racionalidade instrumental e a racionalidade comunicativa, assim como os motivos que levaram a segunda a se constituir como paradigma a ser seguido. Também terão lugar neste tópico o esquema sujeito-objeto (pano de fundo das teorias objetivista e subjetivista) e o giro linguístico.

O segundo item se debruçará sobre a discricionariedade judicial: sua origem, as razões pelas quais ela segue tão resistente no campo jurídico e as formas de suprimi-la, ocasião em que serão explorados os conceitos do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, componentes do duplo teorema hermenêutico.

O terceiro e último item terá como objeto a teoria da resposta correta criada por Ronald Dworkin, que oferece uma saída à discricionariedade judicial e à indeterminabilidade do Direito. À luz da Crítica Hermenêutica do Direito, serão analisadas as metáforas do juiz Hércules e do romance em cadeia, bem como o conceito da comunidade de princípios.

A conclusão a que se chega, ao final, é a de que o Direito brasileiro precisa de uma nova teoria da decisão judicial – alicerçada no princípio democrático e na Constituição – que não mais dependa da discricionariedade do juiz solipsista, derradeiro casulo de um sujeito moderno que precisa ser deixado para trás.

1 A COMPLEXA TENSÃO ENTRE A RACIONALIDADE INSTRUMENTAL E A RACIONALIDADE COMUNICATIVA

Na Modernidade, os discursos científico, filosófico e jurídico foram extremamente influenciados pelo paradigma vigente à época, paradigma este que era conduzido pela razão instrumental.

No campo das ciências, a razão instrumental se traduz pela busca do método que mais eficazmente alcançará o resultado pretendido. No âmbito social, contudo, ela pode ser facilmente atribuída à lógica mercantil que, ao priorizar pela máxima eficiência com o mínimo de expensas, concebe o mundo de maneira finalística (FREITAG, 2005). Tal compreensão coisifica a sociedade e seus indivíduos, que passam a ser vistos apenas como instrumentos aptos a gerar um resultado, e não como cidadãos dotados de voz e convicção próprias (NOBRE; TERRA, 2008), capazes de conduzir sua história ou a de seu país. Ao “domesticar a potencialidade do dissenso por meio de uma ação orientada para o êxito” (FERREIRA, R., 2018), a racionalidade instrumental impede a emancipação dos que por ela são controlados. Vigorante no meio social até os dias hodiernos, essa forma de pensamento concebe o método (compreendido como meio de pesquisa ou não) como a única forma de acesso à verdade pelo sujeito cognoscente (STRECK, 2017b).

Com efeito, esta tem sido uma constante através dos séculos: a busca do homem pelo fundamento da verdade. Em cada época e período histórico adotou-se uma visão de mundo, e a evolução da Filosofia nada mais é do que um sem número de teorias que procuram desvendar as formas como observamos e assimilamos a realidade. Duas delas merecem destaque.

A teoria objetivista, que remonta à metafísica clássica e à Grécia Antiga, concebe os objetos como os responsáveis pela atribuição de sentido. Para ela, as coisas são dotadas de essência, e por isso dão sentido às palavras. Qualquer palavra que dá nome a um objeto só faz sentido porque aquele objeto carrega em si uma essência que possui tal significado (STRECK, 2017b). O ser humano, desse modo, estaria submetido às coisas, da mesma forma que o juiz exegeta se submete à literalidade legal, apenas repetindo a norma posta que, por já possuir um “sentido-em-si” (STRECK, 2017b), prescindiria da interpretação do aplicador.

A teoria subjetivista, por sua vez, foi inaugurada por Descartes na Era Moderna, e nela o sentido é deslocado para a consciência do ser humano. Dotado de subjetividade, é o indivíduo que passa a atribuir sentido às coisas que o circundam, tornando-se “responsável por construir seu próprio objeto de conhecimento.” (STRECK, 2017b). Dono de si, o sujeito deixaria de estar subordinado às coisas, passando a “assujeitar-se” (STRECK, 2010) delas.

Essa transferência de sentido (do objeto para o sujeito) se deve ao paradigma da filosofia da consciência, visão de mundo operante na Modernidade que, ao transportar a significação para a consciência humana, transforma toda a realidade em objeto a ser manipulado pelo indivíduo pensante, cuja concepção individual de mundo se torna alicerce de todo o saber (STRECK, 2017b). Seria tal sujeito que, munido de sua “subjetividade assujeitadora” (STRECK, 2017b) e da razão instrumental, dominaria o mundo moderno.

É importante salientar que tal forma de pensamento atribui muito poder ao indivíduo, vez que ele dá o sentido que quer às coisas a sua volta, interpretando e definindo a realidade a partir de sua linguagem privada, tal como o juiz que decide

com base em sua própria consciência. Isso, segundo Streck (2017b), abriria as portas para o autoritarismo.

A resposta a esse impasse veio na contemporaneidade com o giro linguístico promovido por Heidegger e Wittgenstein (notadamente o segundo), que possibilitou a ruptura com o subjetivismo e o paradigma da filosofia da consciência. Com o giro, o sujeito deixa de ser a base do conhecimento e passa a se manifestar na linguagem e por causa da linguagem, vez que é ela que atribui o sentido, e não mais a consciência (STRECK, 2010). A relação, que antes era entre sujeito e objeto, passa a se dar entre sujeitos (STRECK, 2017b). E a linguagem, que antes era reduzida à concepção privada do indivíduo, passa a ser pública e produzida por todos, tornando-se condição de possibilidade para que o sujeito se relacione com o mundo (SIMIONI, 2007).

Nesse mesmo sentido é o trabalho do alemão Jürgen Habermas, filósofo e herdeiro da Escola de Frankfurt. Em suas obras, Habermas defende a necessidade do abandono do esquema sujeito-objeto e sua substituição pela ação comunicativa, que surge da “interação de pelo menos dois sujeitos capazes de linguagem”³ (HABERMAS, 1999) ocorrida no cotidiano, e que é mediada pela própria linguagem (PIZZI, 1994). Com sua teoria da ação comunicativa, ele buscou constituir uma reflexão crítica sobre a razão instrumental que promovesse a emancipação social dos indivíduos, ao mesmo tempo em que criasse “uma validade do sentido intersubjetivamente constituída” (CRUZ, 2006).

A razão comunicativa (ao contrário da instrumental) não busca um resultado específico, mas o consenso nascido de uma comunicação dada racionalmente, livre de coações, e cujo procedimento seria criado por seus próprios interlocutores (FERREIRA, 2015). Ela não visa, contudo, o consenso majoritário, e sim o próprio processo comunicativo que, se devidamente observado, promoveria os direitos fundamentais (CRUZ, 2014). Enquanto a razão instrumental enxerga a realidade de

³ Tradução livre. Trecho original: “Finalmente, el concepto de acción comunicativa se refiere a la interacción de a lo menos dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que (ya sea con medios verbales o con medios extraverbales) entablan una relación interpersonal.”

maneira finalística, primando pela eficácia, a razão comunicativa almeja a compreensão mútua nascida do diálogo (SIMIONI, 2007).

Dessa forma, a multiplicidade de atores é requisito imprescindível para que o entendimento intersubjetivo seja alcançado (FERREIRA, 2015), uma vez que, de acordo com Habermas, um dos aspectos que distingue a razão instrumental da razão comunicativa é o fato de que esta última não está “adscrita (sic) a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico” (HABERMAS, 2003a).

O agir comunicativo, portanto, não é uma

[...] faculdade abstrata inerente ao indivíduo isolado, mas um procedimento argumentativo pelo qual dois ou mais sujeitos se põem de acordo sobre questões relacionadas com a verdade, a justiça e a autenticidade. Tanto no diálogo cotidiano como no discurso, todas as verdades anteriormente consideradas válidas e inabaláveis podem ser questionadas; todas as normas e valores vigentes têm de ser justificados; todas as relações sociais são consideradas como resultado de uma negociação na qual se busca o consenso e se respeita a reciprocidade, fundados no melhor argumento. (FREITAG, 1994).

Tal construção, ao fomentar o debate contínuo, não permite a entrada do solipsismo e do individualismo característicos de uma racionalidade instrumental (FERREIRA, 2015).

Com sua teoria, Habermas busca oferecer uma alternativa à concepção técnico-científica tão presente no período moderno, reduzindo sua atuação ao campo das ciências empíricas (que priorizam o saber e agir técnicos), e não eliminando-a completamente (OFFREDI, 2007). A razão comunicativa, por sua vez, teria sua aplicação direcionada para as áreas em que ocorrem a deliberação e a formação de consensos racionais, e cujo principal objetivo é a promoção da dignidade e emancipação humanas.

2 DIREITO E DEMOCRACIA COMO FUNDAMENTO PARA O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Embora tenham sido superados no campo da Filosofia, o subjetivismo e o paradigma da filosofia da consciência ainda encontram respaldo no campo do Direito. Indiferentes ao giro linguístico operado no século XX, vários juízes, promotores, advogados e até mesmo doutrinadores adotam teses que defendem e justificam o solipsismo judicial, nas quais “a interpretação (aplicação) do direito fica nitidamente dependente de um sujeito cognoscente, o julgador” (STRECK, 2010).

O sujeito solipsista é aquele que basta a si mesmo, que é egoísta. (STRECK, 2010). Transportando o conceito para a área do Direito, é aquele cuja “consciência encapsulada [...] não sai de si no momento de decidir.” (STRECK, 2010). O indivíduo solipsista nada mais é do que o sujeito da relação sujeito-objeto, o “senhor dos sentidos” (STRECK, 2017b), aquele que atribui significados a partir de sua linguagem privada.

No campo jurídico, o solipsismo pode ser vislumbrado na discricionariedade judicial em sentido estrito, que assim é definida por Rodolfo Arango (2017):

Referida a la actividad del juez, la discrecionalidad en sentido lato remite a la valoración que el juez hace de los hechos y las normas de un caso en cuanto a su relevancia y sus alcances para decidirlo de conformidad con el orden jurídico vigente. *Stricto sensu*, la discrecionalidad se refiere a la libertad que tendría el juez para fallar cuando el ordenamiento no establece de manera clara y unívoca cómo debe decidirse un caso. En este último sentido es que la discrecionalidad se convierte en un tema contencioso y de importancia teórica y práctica: si los jueces son libres para establecer, a su leal saber y entender, cuál es la solución a un caso cuando la ley no es clara, completa o sin contradicciones, entonces resulta un espejismo, incluso hasta un enmascaramiento o engaño, sostener que las personas tienen derechos con independencia de la voluntad de los agentes oficiales que tienen el poder político de reconocerlos.⁴

⁴ Tradução livre: Referida à atividade do juiz, a discricionariedade em sentido lato remete à valoração que o juiz faz dos fatos e das normas de um caso com relação a sua relevância e alcance para decidi-lo em conformidade com o ordenamento jurídico vigente. *Stricto sensu*, a discricionariedade se refere à liberdade que o juiz teria para falhar quando o ordenamento

Após tais esclarecimentos, faz-se de extrema importância ressaltar que a permanência do paradigma da filosofia da consciência no Direito e a ampla carga subjetiva conferida ao intérprete possuem uma razão de ser: o positivismo jurídico. Ressalte-se, contudo, que a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), encabeçada por Lenio Streck, não associa a filosofia da consciência ao positivismo jurídico, embora afirme que um possui reflexos do outro, diante da discricionariedade concedida ao aplicador da lei (STRECK, 2017b).

2. 1 Positivismo e discricionariedade judicial

Originado no século XVIII – mesmo período em que as ciências naturais passaram a rejeitar a metafísica e a considerar como conhecimento válido aquele que é fundamentado na realidade e pode ser metodologicamente verificado (STRECK; ORTIZ, 2014) , o positivismo jurídico tem por base o Direito estabelecido (convencionado e, portanto, positivado) pelo homem (STRECK, 2017b). Para tal corrente, o Direito se resumiria a “um fato social posto pela razão humana” (STRECK, 2017b), cabendo à ciência do Direito apenas descrevê-lo.

O principal expoente positivista é o jurista austríaco Hans Kelsen, tanto que o positivismo é dividido em antes e depois dele. Embora sua extensa teoria não possa ser resumida a um único tópico, conclui-se que, para os fins do presente trabalho, a análise de sua obra deverá ser feita de forma mais restrita. Assim, nossa atenção se volta especificamente para a interpretação no momento decisório que, para Kelsen, funciona como algo secundário.⁵

não estabelece de maneira clara e unívoca como deve decidir um caso. Nesse último sentido é que a discricionariedade se converte em um tema contencioso e de importância teórica e prática: se os juízes são livres para estabelecer, a seu próprio saber e entender, qual é a solução de um caso quando a lei não é clara, completa ou sem contradições, torna-se uma ilusão, ou até mesmo um mascaramento ou engano, sustentar que as pessoas têm direitos independentes da vontade dos agentes oficiais que têm o poder político de reconhecê-los.

⁵ Isso pode ser percebido com a leitura de sua *Teoria Pura do Direito*, na qual a abordagem da interpretação é relegada ao seu oitavo e último capítulo.

É necessário, contudo, que se façam alguns comentários sobre a cisão que o positivismo kelseniano faz entre a ciência do Direito e o Direito propriamente dito, que é aplicado no caso concreto.

Ao procurar atingir a pureza metodológica, Kelsen restringiu seu campo de estudo à norma jurídica abstratamente considerada – “que não é sinônimo de lei” (STRECK; ORTIZ, 2014), por considerar que apenas ela seria passível de verificação. Para ele, a interpretação e a aplicação do Direito não possuem conotação científica, já que o magistrado, ao decidir, se baseia em sua própria vontade e em critérios morais e ideológicos, motivo pelo qual o momento decisório poderia ser classificado como um ato de política jurídica (STRECK, 2017b).

Assim, ao considerar “o Direito tal como ele é” (KELSEN, 1998), desprovido de quaisquer ideais, Kelsen reconhece a inexorabilidade da carga subjetiva na prática interpretativa do magistrado e a separa da teoria do Direito, com o fim de manter a pureza desta última. É exatamente na concepção kelseniana de interpretação enquanto ato de vontade do juiz que reside a discricionariedade judicial.

Em sua obra, o jurista concebe que o órgão jurídico, no momento de aplicar o direito aos fatos, tem diante de si uma moldura de inúmeras possibilidades de escolha. Ao aplicador cabe optar por uma dessas possibilidades, podendo ele, inclusive, criar uma norma que se situe além da moldura (KELSEN, 1998). Isso seria possível porque ao juiz é permitida uma “margem [...] de livre apreciação” (KELSEN, 1998) ao subsumir o fato à norma. Tal entendimento não se restringe a Kelsen, embora ele muito tenha influenciado o Direito de sua época (e o dos dias hodiernos) ao caracterizar a subjetividade do julgador como algo inevitável à decisão (STRECK; ORTIZ, 2014). Seja de forma explícita ou atenuada, a discricionariedade continua presente no positivismo jurídico, em todas as suas vertentes.

Um dos muitos problemas da discricionariedade judicial se encontra no fato de que ela não possui um sistema de correção. Não há um método que poderá averiguar se as decisões são apropriadas ou não, já “que é impossível verificar algo que está na esfera da subjetividade do intérprete” (STRECK, 2017b). Não há um

critério que estabeleça qual o melhor critério (STRECK, 2017a). Isso apenas dá mais poder ao sujeito solipsista, cujo subjetivismo poderá, de um salto, passar ao decisionismo (CRUZ, 2014). Assim, expressões como “livre convencimento motivado”, “poder discricionário”, “livre apreciação da prova” e tantas outras serão o fundamento de decisões que, ao fim e ao cabo, não serão nada além de arbitrárias e antidemocráticas, e que resultarão em insegurança jurídica.

Nesse ponto retornamos a Habermas, para quem “a irracionalidade metodológica e o decisionismo são capazes de transformar a atividade jurisdicional em Poder Constituinte Originário.” (CRUZ, 2014). Dessa forma, a conclusão a que se chega é que, ao ter poder para decidir fora da moldura, o magistrado se torna um legislador implícito (HABERMAS, 2003b), o que enfraquece, de forma conjunta, a separação dos poderes e a legislação parlamentar (HABERMAS, 2003b), além de “sobrecarregar a base de legitimação do poder judiciário.” (HABERMAS, 2003b).

Ao afastar a responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo no tocante à efetivação de direitos, o ativismo judicial ratifica, ainda que tacitamente, as falhas cometidas por eles. Em vez de permitir que os representantes do governo sejam repreendidos por seus erros, o Poder Judiciário os toma para si e procura consertá-los, assumindo a posição de responsável pela ordem (CRUZ, 2014).

Habermas (2003b) também critica a postura oportunista adotada pelo legislador parlamentar que, ao se abster de legislar sobre determinados assuntos, implicitamente transfere uma competência que é apenas sua para os tribunais, em nada contribuindo para a solução do problema.

Ainda de acordo com o pensador frankfurtiano, os direitos apenas serão considerados eficientes (do ponto de vista social) se os indivíduos por eles atingidos forem razoavelmente informados. Isso demandaria uma proteção jurídica compensatória que, mais do que representá-los no governo de maneira eficaz, fortalecesse o conhecimento do Direito por parte da população em geral, além de viabilizar meios de articulação e imposição desta frente ao poder público (HABERMAS, 2003b).

Deslocando essa perspectiva para a seara jurídica, fica claro que a decisão judicial precisa ser algo construído intersubjetivamente pelas partes, e não mais um ato isolado do julgador. Nesse sentido, inclusive, é o Código de Processo Civil brasileiro que, em seus artigos 7º, 9º e 10, determina ser dever do juiz zelar por um contraditório efetivo, garantindo às partes o direito de se manifestar e participar dos atos judiciais e, mais do que isso, de influir na decisão que será proferida (BRASIL, 2015).

Isso se deve ao fato de que, embora o Poder Judiciário e a academia possuam privilégios no momento de estruturar uma decisão, “não têm autoridade científica para impor uma compreensão da Constituição, a ser assimilada pelo público dos cidadãos.” (HABERMAS, 2003b). É necessário que o contraditório (enquanto ato jurídico) passe a ser visto como instrumento de contribuição do cidadão para um processo constituinte contínuo (HABERMAS, 2003b).

2.2 Formas de mitigar a discricionariedade judicial

O combate à discricionariedade judicial começa com a assimilação, pelo Direito, do giro linguístico e dos teoremas que dele advém.

Nesse ponto, é importante salientar a importância que tem a aplicação da filosofia *no* Direito e não apenas da filosofia *do* Direito. A filosofia do Direito estuda “o pensamento filosófico acerca de questões ético-jurídicas pensadas desde a Antigüidade (sic)” (TRINDADE, 2013), ou seja, se resume ao estudo da filosofia enquanto relacionada ao campo jurídico. A filosofia no Direito, por sua vez, pode ser caracterizada pela aplicação de conceitos e paradigmas filosóficos que não necessariamente possuam alguma relação com o jurídico, mas que nem por isso deixam de ser caros ao Direito. É preciso, portanto, que o jurista aplique ao Direito a filosofia propriamente dita, não como mero ornamento ou orientação, mas como forma de enriquecer e aprofundar os estudos e debates, reafirmando a ideia de que a filosofia é necessária ao estudo da ciência jurídica (TRINDADE, 2013).

Feitos tais apontamentos, passemos à análise das teorias derivadas do giro linguístico, que são o círculo hermenêutico e a diferença ontológica.

Fábio Luiz Bragança Ferreira (2018) traz a seguinte definição de círculo hermenêutico:

[...] ao perquirir o significado de um texto, a interpretação de uma parte exige a compreensão prévia do todo no qual a parte se insere, e a interpretação do todo demanda a compreensão prévia das suas partes. O círculo hermenêutico, portanto, consiste num elemento estrutural da compreensão que expressa a interdependência que existe entre texto e contexto, entre fato e norma, entre sujeito e objeto, entre passado e presente, etc.

Com o círculo, o intérprete não analisará o objeto de forma isolada, mas dentro de um contexto no qual o próprio sujeito está inserido (FERREIRA, F., 2018). Haverá, dessa forma, um sentido preestabelecido que guiará o intérprete. E tal sentido deverá estar previsto na lei, que constrangerá o indivíduo quando de sua interpretação, operando como um muro que barrará sua subjetividade (STRECK, 2017b).

A função do intérprete, de acordo com essa concepção, será a de aplicar a norma jurídica ao caso concreto, mas não de forma inadvertida e replicada. Um texto legal só pode ser compreendido por meio de sua aplicação, já que é nesse momento que ele é interpretado (STRECK, 2017c). A *applicatio*, então, será o espaço concedido ao intérprete para que este adequue o sentido já existente à situação fática que lhe for apresentada. Não haverá, portanto, o magistrado boca da lei, mas o juiz também não poderá atribuir uma significação destoante do contexto estabelecido. Não existe um “grau zero de sentido” (STRECK, 2017b), assim como não se pode compreender a norma jurídica fora de sua aplicação à realidade (STRECK, 2017b).

A diferença ontológica, por sua vez, se baseia na definição heideggeriana de ser e ente, e tem relação direta com a distinção entre texto e norma. Assim como ser e ente são incidíveis entre si, de forma que um complementa o outro, também o texto não pode ser compreendido se desvinculado de sua norma. Do mesmo modo

que o ente apenas o será em seu ser, o texto normativo apenas o será dentro da norma, cujo sentido já foi estabelecido anteriormente (FERREIRA, F., 2018).

Dessa forma, “a norma (sentido do texto) não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto ‘desnudo’.” (STRECK, 2017b). Ela é resultado de uma construção hermenêutica de sentido, que somente irá se manifestar por meio da *applicatio* (STRECK, 2017b). Não cabe ao juiz, portanto, fixar o sentido que bem entender a um texto jurídico, vez que tal texto estará sempre acompanhado de uma norma, originada da tradição jurídica em que o intérprete está inserido, e à qual ele precisa obedecer.

Outro importante instrumento que deve ser usado no combate à discricionariedade judicial é o constrangimento epistemológico do juiz por meio da doutrina. Na atual conjuntura brasileira, a academia, em vez de reprimir os tribunais e suas decisões discricionárias, reproduz a jurisprudência de forma irrefletida (STRECK, 2010). A doutrina precisa voltar a exercer sua função, uma vez que o constrangimento e questionamento por ela operados funcionam como mecanismo de controle de um Poder Judiciário que pode ser arbitrário, mas que também pode simplesmente se equivocar. Ao censurar as más decisões, a academia estará obrigando os magistrados a fundamentá-las adequadamente, ao mesmo tempo em que suprimirá, ainda que paulatinamente, o entendimento de que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que é (STRECK, 2017b).

3 A TESE DA RESPOSTA CORRETA COMO UM CAMINHO DEMOCRÁTICO PARA A DECISÃO JUDICIAL

A legitimidade é uma das condições para que a democracia seja alcançada no sistema jurídico. E, para que o Direito seja considerado legítimo, é necessário que ele deixe de estar submetido ao arbítrio do julgador e às relações de poder, tornando-se capaz de fornecer, por sua própria ciência, uma resposta adequada ao caso concreto. (FERREIRA, R., 2018).

Isso foi idealizado por Ronald Dworkin em sua teoria da decisão. Contrariando o entendimento de seu professor e mestre, Herbert Hart, Dworkin não enxerga a discricionariedade judicial – ou originalidade judicial, termo do qual ele se utiliza – como solução para as decisões localizadas na zona de penumbra ou para os casos difíceis. Enquanto Hart defende a criatividade dos tribunais para quando não houver uma resposta nas leis ou demais instituições, Dworkin nega tal possibilidade, afirmando que apenas ao legislador é permitido criar direito. Ele aduz, para tanto, dois motivos: o primeiro é o de que o legislador foi eleito para elaborar leis, ao passo que o juiz não foi; e o segundo é o de que o julgador, ao proferir decisões que criam novo direito, estará penalizando a parte vencida, vez que o aplicará de forma retroativa (PEDRON, 2009).

Ainda segundo Dworkin, as teorias que validam a discricionariedade não dão às partes o direito a uma decisão, vez que suas demandas estarão totalmente atadas à interpretação que será feita pelo julgador (STRECK, 2017b). Com sua tese da resposta correta, ele procurou criar alternativas à discricionariedade judicial e à indeterminação do Direito.

Embora tenha tido por base o sistema jurídico norte-americano, muito se pode aproveitar da teoria dworkiana, desde que feitas as devidas adaptações ao aplicá-la ao Direito brasileiro. Lenio Streck, em sua releitura, utiliza o termo “resposta adequada à Constituição” (STRECK, 2017b).

Para desenvolver sua tese, Dworkin se vale de duas metáforas: a do romancista em cadeia e a do juiz Hércules.

Ao comparar a atividade do magistrado com a de um romancista, Dworkin busca demonstrar que “o juiz está lançado numa história da qual não dispõe livremente.” (STRECK, 2017b). Ele precisa, por isso, se portar como o escritor de uma obra coletiva, na qual ele não é o primeiro e nem o último a redigir um capítulo. Atento ao que foi escrito por seus antecessores, ele é responsável por interpretar e criar ao mesmo tempo, conjugando todos os seus esforços no sentido de desenvolver um romance coeso e integrado (DWORKIN, 2001). E, quanto mais

capítulos são escritos, maior será a vinculação do escritor com a história que ele precisa continuar (STRECK, 2017a).

É dever do juiz, portanto, dar prosseguimento à história institucional que lhe é confiada, da melhor maneira que lhe for possível (STRECK, 2017b). Ao se deparar com um determinado caso, caberá a ele consultar o que foi decidido no passado sobre situações semelhantes à que tem diante de si, buscando encontrar, por seu próprio julgamento, os motivos e propósitos que impulsionaram as decisões anteriores, de modo que ele persista nessa linha de pensamento, sem partir em uma direção diferente e inesperada (DWORKIN, 2001).

Não se pode negar, contudo, que a tarefa que é exigida do julgador, no sentido de conhecer toda a história que lhe precede, é algo que está acima das capacidades de um ser humano comum. É nesse contexto que surge Hércules, magistrado “dotado de sabedoria e paciência sobre-humanas, capaz de resolver os casos difíceis por meio de uma análise completa da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso.” (PEDRON, 2009). Mas a metáfora de Hércules não se resume a descrever a atividade sobre-humana que precisa ser realizada pelo julgador ao reconstruir toda a história institucional do Direito. A responsabilidade política que o juiz tem ao proferir uma decisão recai sobre seus ombros, assim como as tarefas impostas oprimiam o herói grego (STRECK, 2017b).

Ciente de que os direitos das partes se encontram em suas mãos, Hércules busca não decidir erroneamente, sem se deixar levar pela opinião pública, ainda que se trate de um caso difícil (DWORKIN, 2002). Ele tampouco efetua uma escolha entre as convicções políticas da comunidade e as suas próprias. Quando estiver diante de um problema jurídico, ele decidirá com base na “moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem.” (DWORKIN, 2002). Dessa forma, ele estará extirpando a discricionariedade de seu modo de decidir, como pode ser visto na seguinte passagem:

Hércules não encontra, primeiro, os limites do direito, para só então mobilizar suas próprias convicções políticas de modo que complemente o que o direito exige. Utiliza seu próprio juízo para

determinar que direitos têm as partes que a ele se apresentam. Quando esse juízo é emitido, nada resta que se possa submeter a suas convicções ou à opinião pública. (DWORKIN, 2002).

Compelido a interpretar todo o conteúdo jurídico que circunda o caso concreto, o juiz não tem mais espaço para escolher, mas tão somente decidir com base no que analisou. E, ao decidir, deverá fazê-lo de forma fundamentada, para que as partes possam ter ciência do que foi decidido e como o foi (STRECK, 2017b). A consciência do julgador, seu livre convencimento ou a livre apreciação da prova não são mais condições de possibilidade da decisão. Imposta pela democracia, a tese da resposta correta exige que as soluções dadas passem pelo crivo constitucional (STRECK, 2017b).

Cabe salientar, porém, que a obtenção de respostas adequadas não se encontra “na vinculação (pura e simples) dos precedentes judiciais, mas, sim, na fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na *applicatio*.” (STRECK, 2017c). As súmulas e enunciados não podem ser entendidas como respostas definitivas, embora este seja o seu objetivo. Ao buscar fornecer respostas antes das perguntas e antecipar os sentidos, os precedentes tentam possuir uma essência que seja geral e aplicável a todas as demandas (STRECK, 2010). Contudo, o precedente também é texto, cujo sentido somente será atribuído com a análise do caso concreto (STRECK, 2017c).

A tese da resposta correta também oferece uma solução para outro problema do Direito, que é sua indeterminabilidade. E os princípios têm um importante papel nisso.

No Brasil, os princípios são erroneamente vistos como valores responsáveis por introduzir a moral no campo jurídico, além de alargadores de sentido (STRECK, 2017b). Tal perspectiva fragiliza a autonomia do Direito e atinge frontalmente a democracia, vez que a aplicação de normas democraticamente construídas pode ser afastada pelo julgador em detrimento de escolhas motivadas por critérios não jurídicos (FERREIRA, R., 2018).

Essa compreensão equivocada levou à produção desenfreada de pseudoprincípios, “enunciados criados *ad hoc*” (FERREIRA, R., 2018) cujos entendimentos fixados podem assumir caráter vinculante e se colocar acima das leis ou até mesmo da Constituição. Isentos de qualquer normatividade ou legitimidade – e considerados aptos a corrigir as imprecisões da linguagem, bem como solucionar os *hard cases* (FERREIRA, R., 2018), tais princípios funcionam como “um álibi retórico para a discricionariedade” (FERREIRA, R., 2018), podendo o juiz lançar mão deles para embasar decisões arbitrárias. E, justamente por serem de cunho pessoal e, portanto, variável, não são passíveis de serem controlados e/ou questionados (FERREIRA, R., 2018).

Streck denominou essa criação descontrolada de falsos princípios como pamprincipiologismo, sendo que o pamprincípio nada mais é do que aquele “princípio” que, isento de qualquer aspecto deontológico, possui capacidade para “derrotar o Direito posto, sem que o intérprete lance mão da jurisdição constitucional.” (STRECK, 2017b).

Exemplos não faltam. A jurisprudência brasileira já se valeu de vários *standards* carentes de sentido, podendo ser citados os assim denominados princípios da cooperação⁶, da afetividade jurídica⁷, da confiança no juiz do processo⁸, da colegialidade⁹, entre outros.

Contudo, nenhum desses enunciados pode ser considerado um princípio jurídico-constitucional, vez que um princípio jurídico não nasce da imaginação de seu aplicador, mas de uma “convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade.” (STRECK, 2017b). A esse convívio intersubjetivo Dworkin deu o nome de comunidade de princípios, e Streck a define da seguinte forma, enquanto noção de ordenamento jurídico pré-estabelecido:

⁶ RCD na Pet 12.733/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 11/06/2019.

⁷ AgRg no AREsp 71.290/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 23/08/2016.

⁸ HC 289.373/MG, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 05/06/2014.

⁹ Pet 8144 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 24/06/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31-07-2019 PUBLIC 01-08-2019.

Este ordenamento jurídico seria composto não apenas por regras, mas também por princípios. Isto, em decorrência do fato de que uma sociedade é formada por pessoas que além de obedecerem às regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios comuns como norteadores de suas práticas (...). Em contraposição a Hart, estes princípios vedariam um juízo discricionário. Desse modo, ainda que existisse um caso de absoluta anomia, no sentido de nenhuma regra a ser aplicada, existiriam princípios que indicariam o direito para um dos demandantes (STRECK, 2017a).

Um princípio jurídico deve, portanto, ser dotado de um sentido constitucional aceito pela comunidade como um todo, cujo sentido se antecipa ao intérprete, indicando-lhe a direção a ser seguida no momento de decidir. Um claro exemplo nesse sentido é o princípio da igualdade, que corresponde a uma obrigação de todos os entes da Administração Pública, além de uma garantia do cidadão, e cujo desrespeito importará graves consequências ao ordenamento jurídico e ao Estado Democrático de Direito como um todo. O mesmo não ocorre com o assim denominado “princípio” da colegialidade. Referido enunciado não possui raízes na Constituição, tendo nascido da construção jurisprudencial, principalmente nas instâncias especiais. Ele é frequentemente associado à ideia de uniformização da jurisprudência, ao pregar a ideia de que os colegiados dos tribunais devem proferir um entendimento uníssono, muito embora seus membros, individualmente considerados, possam ter percepções diferentes sobre a matéria discutida. Para Eugênio José Guilherme de Aragão (2018), tal entendimento colocaria em cheque a independência e a imparcialidade do juiz, ao mesmo tempo em que não garantiria ao jurisdicionado uma resposta justa, já que o entendimento do magistrado, ainda que consentâneo com a Constituição e demais legislações, poderia vir a ser engolido pelas percepções de seus colegas. A promoção da estabilização das relações jurídicas, dessa forma, ocorreria a um preço alto demais.

Do exposto acima, verifica-se que o desrespeito ao “princípio” da colegialidade não terá nenhuma repercussão no mundo jurídico, muito pelo contrário, sua inobservância poderá conduzir a uma decisão mais bem elaborada e que não ignore os entendimentos dissidentes dentro dos órgãos colegiados. Nesse

ponto se encontra o critério de diferenciação entre o princípio e o princípio propriamente dito: o fato de repercutir ou não no meio forense (STRECK, 2017b).

Responsáveis por inserir o mundo prático no campo do Direito, os princípios jurídicos têm como função fechar a interpretação – e conseqüentemente diminuir a discricionariedade – e não abri-la (STRECK, 2017a). O dever que o juiz tem de seguir com a tradição jurídica revelada nos princípios afasta a discricionariedade da interpretação judicial, ao mesmo tempo em que mitiga o entendimento de que o Direito precisa ter todas as respostas de forma antecipada.

É preciso que se assimile que a resposta adequada será aquela que se atentar às regras, princípios e ao duplo teorema hermenêutico (círculo hermenêutico e diferença ontológica), bem como respeitar a integridade e a autonomia do Direito. A resposta correta, portanto, somente será considerada adequada se atender aos requisitos hermenêuticos de verificabilidade (STRECK, 2017b). Ela não é, contudo, a melhor resposta ou a única resposta correta, mas “a” resposta adequada para aquele determinado caso (STRECK, 2017c), que nascerá da interpretação sistemática de toda a tradição jurídica, feita pelo juiz.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o que se pode inferir é que o Direito brasileiro se encontra em uma crise paradigmática que somente será superada com uma teoria da decisão adequada.

O meio jurídico tem que deixar de ser um dos últimos refúgios do sujeito moderno e da filosofia da consciência (STRECK, 2017b). A assimilação do giro linguístico e a conseqüente expulsão da razão instrumental do campo do Direito destronará o juiz solipsista (que decide isoladamente e com base em sua linguagem privada), para ceder seu lugar ao magistrado que prima pelo contraditório e pela construção intersubjetiva da decisão. A decisão judicial precisa ser vista como “o produto de um debate público, elaborado com razões públicas, e que vincula as

pessoas em nome da comunidade democrática.” (STRECK, 2017b). O juiz deve estar ciente da responsabilidade política e institucional que carrega enquanto participante e zelador desse diálogo, e não mais como único ente dotado de fala.

O autoritarismo herdado do sujeito moderno tem reflexos na postura ativista e na extrapolação de função/competência pelo juiz, que ainda são vistas, por muitos, como formas de se alcançar justiça. Questões de interesse nacional que deveriam ser deliberadas e definidas no Congresso são decididas unilateralmente por magistrados que, frise-se, não possuem legitimidade para legislar. É dever do Poder Judiciário dizer o direito, e não criá-lo. Sem essa limitação, não há democracia.

É necessário, também, que o Direito abandone o positivismo jurídico e o entendimento de que o juiz pode lançar mão de sua discricionariedade, valendo-se de fontes que não as jurídicas para decidir quando houver lacunas no ordenamento jurídico ou imprecisões oriundas da linguagem. A teoria da resposta adequada à Constituição fornece todos os meios para que o jurista encontre a solução para o caso concreto, ainda que numa situação de completa anomia. A história institucional do Direito, os princípios reconhecidos pela comunidade e o duplo teorema hermenêutico guiarão o intérprete em sua hercúlea tarefa de dizer o direito, ao mesmo tempo em que impedirão sua subjetividade. Assim, a discricionariedade será substituída por seu oposto, que é a objetividade no momento decisório (ARANGO, 2017).

Faz-se importante, ademais, que os tribunais passem a decidir de forma integrada, uniformizando sua jurisprudência – o que inclusive está determinado no art. 926 do Código de Processo Civil –, uma vez que “a coerência assegura a igualdade.” (STRECK, 2017c). Todos os jurisdicionados têm o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, livre de decisionismos e arbitrariedades, além de baseada no próprio ordenamento jurídico.

Eis o grande desafio da Teoria do Direito: construir uma teoria da decisão que não mais dependa da discricionariedade judicial, tarefa esta que somente poderá ser executada por meio da hermenêutica filosófica e da Crítica Hermenêutica do Direito.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. O princípio da colegialidade e a independência do magistrado. 15 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-15/aragao-principio-colegialidade-independencia-magistrado>. Acesso em: 14 ago. 2019.

ARANGO, Rodolfo. Discrecionalidad, objetividad y corrección de las decisiones judiciales. In: STRECK, Lenio Luiz. et al (Org. e Coord.). **A discricionariiedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 19-37.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 jan. 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. 2. ed. rev. e aum. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. **A possibilidade de superação da discricionariiedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/15**. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. **Jurisdição constitucional agressiva: o STF e a democracia deliberativa de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.



FERREIRA, Rafael Alem Mello. **O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial:** de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas. 2018. 272 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2018.

FREITAG, Barbara. **A teoria crítica:** ontem e hoje. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. I.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. II.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa I:** racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999. v. I.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e democracia:** um guia para a leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008.

OFFREDI, Julio Cesar Figueiredo. **Uma proposta de democracia segundo Habermas:** uma contribuição para concepção e análise do Direito. 2007. 96 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=10808@1. Acesso em: 24 fev. 2018. DOI: <https://doi.org/10.17771/PUCRio.acad.10808>.



PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única 'resposta correta' de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 45, p. 102-109, abr. 2009.

PIZZI, Jovino. **Ética do discurso**: a racionalidade ético-comunicativa. Porto Alegre: EdiPUCRS, 1994.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: A teoria discursiva do Direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz. et al (Org. e Coord.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2017a. Cap. II, p. 41-61.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz; ORTIZ, Daniel Matos. MITOS sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. **Revista UNIFESO**: Humanas e Sociais, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 120-140, 2014. Disponível em: <http://revistasunifeso.filoinfo.net/index.php/revistaunifesohumanasesociais/article/view/10/16>. Acesso em: 08 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto , decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, v. I.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2017c.

TRINDADE, André Karam. A filosofia no direito e as condições de possibilidade para se compreender os fenômenos jurídicos. **Revista Paradigma**. Ribeirão Preto, ano XVIII, n. 22, p. 258-268, jan./dez. 2013. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/246/315>. Acesso em: 28 ago. 2019.

Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior

V. 10
n. 2
Juiz de Fora
Jul/Dez 2019
ISSN: 2177 3726

VIANNA SAPIENS

Recebido em 08/09/2019

Publicado em 31/10/2019