

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ

GABRIEL MEIRA NÓBREGA DE LIMA

**CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITO:
ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, DISCRICIONARIEDADE
JUDICIAL E PARÂMETROS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO COM BASE EM
NORMAS ABERTAS**

Dissertação de Mestrado

João Pessoa

2018

GABRIEL MEIRA NÓBREGA DE LIMA

**CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITO:
ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO, DISCRICIONARIEDADE
JUDICIAL E PARÂMETROS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO COM BASE EM
NORMAS ABERTAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB), como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Econômico.

Linha de Pesquisa: Teoria da decisão judicial.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Lorena de Melo Freitas.

João Pessoa

2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

L732c Lima, Gabriel Meira Nóbrega de.

Criação judicial de direito: ascensão institucional do poder judiciário, discricionariedade judicial e parâmetros para uma teoria da decisão com base em normas abertas / Gabriel Meira Nóbrega de Lima. - João Pessoa, 2018.

140 f. : il.

Orientação: Lorena de Melo Freitas.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Direito. 2. Discricionariedade judicial. 3. Criação judicial - direito. 4. Teorias da decisão judicial. 5. Legitimidade. 6. Poder dos juízes. I. Freitas, Lorena de Melo. II. Título.

UFPB/BC

GABRIEL MEIRA NÓBREGA DE LIMA

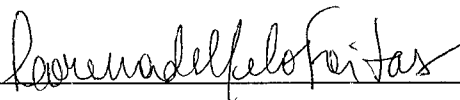
**CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITO:
ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO,
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E PARÂMETROS PARA UMA TEORIA
DA DECISÃO COM BASE EM NORMAS ABERTAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba (PPGCJ/UFPB), como requisito
parcial para obtenção de grau de Mestre
em Direito.

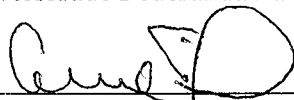
Área de concentração: Direito
Econômico.

Dissertação aprovada em: 23/03/2018

Banca examinadora:

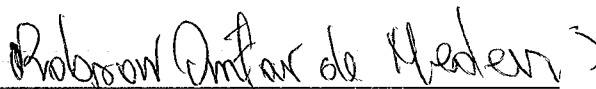


Prof. Dr.ª Lorena de Melo Freitas (Orientadora)
Universidade Federal da Paraíba



Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho (Examinador Interno)
Universidade Federal da Paraíba

Prof. Dr. Mamede Said Filho (Examinador Externo)
Universidade de Brasília



Prof. Dr. Robson Antônio de Medeiros (Examinador Interno)
Universidade Federal da Paraíba

Prof. Dr. Jonabio Barbosa dos Santos (Examinador Externo)
Universidade Federal de Campina Grande

*Dedico aos meus pais, que guiaram o meu caminho,
e a Deus que ilumina os meus passos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Federal da Paraíba e ao seu Centro de Ciências Jurídicas, nas pessoas de seus professores e alunos, pela possibilidade desde a graduação, de engrandecimento pessoal e profissional, e pela vivência de alguns dos melhores anos da minha vida.

Agradeço, em especial, à minha querida orientadora, Prof^a Dr^a Lorena de Melo Freitas, e aos professores Doutores Enoque Feitosa Sobreira Filho e Mamede Said, pelos importantes apontamentos, indicações bibliográficas, sugestões e frutíferas discussões em reuniões do grupo de pesquisa.

Agradeço e compartilho com meus pais a felicidade da conclusão de mais uma etapa de minha vida, que só se tornou possível em razão do suporte e incentivo ao desenvolvimento pessoal, profissional e acadêmico que tive a sorte de desfrutar em meu ambiente familiar. Se o amor dos pais é uma estrela-guia, os meus guiaram o meu caminho até aqui com dedicação e amor incansáveis. Agradeço ao meu pai, ainda, pela contribuição na realização de uma meticulosa revisão final do trabalho e nas discussões sobre o mesmo.

O presente estudo surgiu de inquietudes pessoais quanto ao Direito, notadamente em definir qual é o papel dos órgãos de aplicação do Direito em um sistema democrático, da relação fluida entre o que é interpretação e o que é criação da norma, e de perquirir até onde seria legítima uma atuação “ampliada” dos aplicadores jurídicos para a proteção da integridade do próprio Direito e da sociedade, no contexto de um sistema político-representativo que apresenta claros sinais de disfuncionalidade.

Desejo sinceramente, por fim, que esta pequena contribuição à Ciência do Direito possa servir ao leitor para solucionar algumas de suas inquietações, e também para criar-lhe novas, assim como me ocorreu ao produzi-la.

“O que segue a justiça e a bondade
achará a vida, a justiça e a honra”
(Provérbios 21:21)

RESUMO

Em um fenômeno que se reconhece como tendência mundial, verifica-se a intervenção, cada vez mais acentuada, do Poder Judiciário na formatação dos direcionamentos do Estado. No Brasil não é diferente. O Judiciário brasileiro, em especial seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, vem gradualmente aumentando sua importância no cenário institucional nacional, de um Poder apagado no período autoritário do regime militar, para uma posição de centralidade na vida institucional brasileira atual, após a redemocratização e quase três décadas da Constituição Federal de 1988. O presente estudo tem por objeto o atual papel do Judiciário brasileiro, que não se subsume apenas à noção do “legislador negativo”, atuando como coparticipante ativo na construção/criação do direito, perquirindo-se a legitimidade e possibilidade de racionalização dessa nova função, que não se adequa à clássica tripartição de Poderes idealizada pelo positivismo exegetico. Para tanto, foram analisados os fatores que possibilitaram a expansão de poder do Judiciário, bem como a existência ou não de uma discricionariedade judicial no direito, admitindo que há situações nas quais o ordenamento posto não fornece uma resposta precisa, o direito encontra-se “inacabado”, diluindo-se as fronteiras entre criação e interpretação da norma e tornando o intérprete um participante ativo no processo de construção da resposta jurídica. Sendo assim, reconhecendo que em certas situações não é aceitável que haja uma penalização da sociedade em razão do contexto de disfuncionalidade do sistema político, o presente trabalho visa propor critérios de legitimidade para evitar que o exercício da função representativa do Poder Judiciário promova abertura a decisões dotadas de arbítrio e preferências pessoais dos juízes, o decisionismo, com efeitos deletérios ao regime democrático e ao próprio Direito. Para tanto, realizou pesquisa bibliográfica acerca da temática “teorias da decisão judicial” em autores brasileiros e estrangeiros, confrontando-as com decisões selecionadas do Supremo Tribunal Federal na última década.

Palavras-chave: Discricionariedade judicial. Criação judicial de direito. Teorias da decisão judicial. Legitimidade. Poder dos juízes.

ABSTRACT

In a phenomenon that is recognized as a world trend, there is an increasingly pronounced intervention of the Judiciary in the formatting of State directives. In Brazil it is no different. The Brazilian Judiciary, especially its supreme court, the Federal Supreme Court, has gradually increased its importance in the national institutional setting, from a power erased in the authoritarian period of the military regime, to a position of centrality in the current Brazilian institutional life, after redemocratization, and almost three decades of the Federal Constitution of 1988. The present study has as its object the current role of the Brazilian Judiciary, which does not only subsume the notion of the "negative legislator", acting as active coparticipant in the construction / creation of the right, the legitimacy and possibility of rationalization of this new function, which is not adequate to the classic tripartition of Powers idealized by the exegetical positivism. In order to do so, we analyzed the factors that allowed the expansion of Judiciary power, as well as the existence or not of judicial discretion in law, admitting that there are situations in which the order does not provide a precise answer, the law is "unfinished", "narrowing the boundaries between the creation and interpretation of the standard and making the interpreter an active participant in the process of building the legal response. Therefore, recognizing that in certain situations it is not acceptable that there is a penalization of society due to the dysfunctional context of the political system, this paper aims to propose criteria of legitimacy to avoid that the exercise of the representative function of the Judiciary Power promotes openness to decisions endowed with arbiters and personal preferences of the judges, the decisionism, with deleterious effects to the democratic regime and to the Law itself. In order to do so, he carried out a bibliographical research on the thematic "judicial decision theories" in Brazilian and foreign authors, confronting them with decisions selected by the Federal Supreme Court in the last decade.

Keywords: Judicial discretion. Judicial creation of law. Theories of judicial decision. Legitimacy. Power of the judges.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

EC – Emenda à Constituição

HC – *habeas corpus*

MI – Mandado de Injunção

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ-RN – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	12
2. A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO: Fatores positivados e não positivados de expansão de poder.....	16
2.1 Da periferia para o centro do debate político nacional.....	16
2.2 Fatores institucionais/positivados de expansão de poder do Judiciário.....	19
2.2.1 Redemocratização e retorno das garantias institucionais e funcionais de juízes e tribunais.....	19
2.2.2 Redesenho do sistema judicial de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988 e ampliação dos canais de acesso.....	25
2.2.3 Constitucionalização abrangente, redemocratização e judicialização.....	34
2.3 Aspectos não positivados de expansão do Judiciário.....	35
2.3.1 O comportamento estratégico de atores políticos que veem no poder dos tribunais uma oportunidade de reverter decisões majoritárias nas quais foram derrotados.....	36
2.3.2 Crise de representatividade das instâncias políticas.....	37
2.3.3 Descentralização do sistema jurídico: delegação de poder normativo através da promulgação de princípios e cláusulas gerais	39
2.3.4 Mudança interna na concepção teórica do próprio Judiciário – adoção das teorias “pós-positivistas”	44
2.4 Da necessidade de compreensão integrada dos fatores formais e informais.....	54
 3. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A TESE DA RESPOSTA CORRETA....	56
3.1 Conceito de discricionariedade judicial.....	58
3.2 Evolução histórico-filosófica da discricionariedade no Direito.....	62
3.2.1 A discricionariedade no positivismo exegetico.....	62
3.2.2 A discricionariedade judicial no positivismo kelseniano.....	66
3.2.3 A decisão judicial no realismo jurídico de Benjamin Cardozo.....	73
3.2.4 A discricionariedade judicial no “pós positivismo”: a argumentação jurídica de Robert Alexy e o direito como integridade de Ronald Dworkin	77
3.2.4.1 A discricionariedade judicial em Robert Alexy.....	80
3.2.4.2 O Direito como integridade de Ronald Dworkin e seu contraponto em Hart...	87
3.3 As decisões "manipulativas" e a interpretação como atividade criativa.....	94

4. A FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO PODER JUDICIÁRIO E CRITÉRIOS PARA CONTROLE E LEGITIMIDADE NA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO.....	98
4.1 Complexidade social, judicialização e separação de Poderes.....	98
4.2 A parcela de função representativa do Poder Judiciário.....	102
4.3 Parâmetros de controle e legitimidade para a criação judicial de direito.....	113
 5.CONCLUSÃO.....	 128
 REFERÊNCIAS.....	 136

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute o papel do Poder Judiciário no Estado brasileiro, não apenas na sua função jurisdicional de “dizer o direito” aplicável aos casos em concreto, mas como participante ativo no processo de criação da norma jurídica. Em um fenômeno que se reconhece como tendência mundial, reconhece-se a intervenção, cada vez maior do Poder Judiciário na formatação dos direcionamentos estatais.

Conforme nos aponta Luís Roberto Barroso, no mundo contemporâneo, as principais discussões políticas, econômicas e sociais dos países ocidentais, que antes tinham seus parâmetros delimitados pelas instâncias políticas do Executivo e Legislativo, agora passam a ser discutidas no âmbito judicial. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.¹

No Brasil não é diferente. O Judiciário brasileiro, em especial seu órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal (STF), vem gradualmente aumentando sua importância no cenário institucional nacional, de um Poder apagado e acuado no período autoritário do regime militar, para uma posição de centralidade na vida institucional brasileira atual. O STF equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo², autorizou a interrupção da gestação de fetos anencefálicos³, definiu o rito do procedimento de *impeachment* da ex-Presidente da República Dilma Rousseff declarando inconstitucionais dispositivos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁴, determinou cautelarmente a suspensão do exercício das funções parlamentares do Presidente da Câmara dos Deputados⁵, reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional” com violação generalizando de direitos fundamentais dos presos, atribuindo ao próprio STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, podendo coordenar

¹BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 3, fev.-mai. 2010.

²BRASIL. STF. ADPF nº 132 e ADI nº 142. Plenário. Rel. Min. Carlos Ayres Britto

³BRASIL. STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/09/2004, Data de Publicação: DJ 01/10/2004.

⁴BRASIL STF - ADPF: 378 DF - DISTRITO FEDERAL 9037714-24.2015.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 15/12/2015, Data de Publicação: DJe-255 18/12/2015.

⁵BRASIL. STF. Plenário. AC 4070, Rel. Min. Teori Zavascki.

ações visando resolver o problema e monitorar os resultados alcançados, levando a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas⁶.

Nas demais instâncias judiciais, cotidianamente são prolatadas decisões obrigando o poder público ao cumprimento das mais variadas políticas públicas, como vagas em creches e escolas, concessão de medicamentos e leitos hospitalares, sem se falar no campo da justiça criminal, como a operação Lava-Jato.

Tudo isso demonstra uma expansão no poder do Judiciário sem precedentes na história brasileira. O Judiciário brasileiro, em especial o STF, não se limita a intervir na produção normativa apenas no aspecto negativo, isto é, fulminando normas jurídicas já vigentes por violarem a Constituição Federal, mas também assume, inegavelmente, uma “função positiva”, isto é, de criador da norma jurídica.

O exercício desta função “criativa” ou cocriadora da norma jurídica pelo Judiciário constitui o fator principal a originar a inquietude teórica para o início deste estudo. A corrente mecanicista da atividade de aplicação do Direito enxerga a atividade jurisdicional como meramente subsuntiva, cabendo ao intérprete simplesmente comparar fato e norma, “revelando” a solução jurídica previamente disposta no ordenamento. Não é o que se constata da prática jurisdicional hodierna, que reserva ao intérprete uma atribuição muito mais ampla, que abrange a integração de normas abertas como princípios e cláusulas gerais com compreensões subjetivas dos institutos jurídicos.

Dessa forma, os questionamentos que deram origem ao presente estudo relacionam-se a indagações acerca de qual é e qual deve ser o papel dos órgãos de aplicação do Direito em um sistema democrático, da atual relação fluida entre o que é interpretação e o que é criação da norma, e de perquirir até onde seria legítima uma atuação “ampliada” dos aplicadores jurídicos para a proteção da integridade do próprio Direito e da sociedade, no contexto de um sistema político-representativo que apresenta claros sinais de disfuncionalidade.

Sendo assim, o presente trabalho tem por objeto o atual papel do Judiciário brasileiro, que não se subsume apenas à noção do “legislador negativo”, atuando como coparticipante ativo na construção/criação do direito, tendo por objetivo analisar a legitimidade e possibilidade de racionalização dessa nova função, que, conforme será demonstrado, não se adequa à clássica tripartição de Poderes idealizada pelo positivismo exegético, bem como sugerir parâmetros e critérios objetivos para uma teoria da decisão com base em normas abertas, de forma que de

⁶ BRASIL. STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rei. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015.

um lado, o Judiciário não se torne uma instância hegemônica, e de outro, permita que a atividade jurisdicional possa impedir que a atual disfuncionalidade do sistema político-representativo possa macular direitos e fundamentos que são pilares do próprio Estado Democrático de Direito.

Para tanto, perquiriram-se i) os fatores do desenho institucional formal e informal que possibilitaram uma expansão do poder institucional do Judiciário; ii) a existência ou não de uma discricionariedade judicial no direito e da legitimidade da criação judicial de direito na obra de autores nacionais e estrangeiros, como Benjamin Cardozo, Hans Kelsen, Hart, Luís Roberto Barroso, Robert Alexy e Ronald Dworkin, na tentativa de busca por uma proposta de teoria da decisão judicial que confira legitimidade/razionalidade ao modo como é exercida a atividade jurisdicional hodiernamente.

O primeiro capítulo desta obra trata da ascensão institucional do Judiciário, tendo por objetivo a investigação do modo e a razão de um aumento comparativo no poder do Judiciário, em especial do STF, que passa de um poder omissivo na ditadura militar, até os dias atuais, em que se torna coparticipante no processo de criação do Direito no Estado brasileiro. Serão analisadas as alterações legislativas que permitiram tal fenômeno (aspectos positivados), bem como aspectos sociológicos como o comportamento de atores sociais e sua interação com o Judiciário e filosóficos como a absorção de teorias pós-positivistas que alteraram a forma como este poder se compreende e compreende o próprio ordenamento jurídico (aspectos não positivados).

No segundo capítulo será analisado o fenômeno da discricionariedade judicial. O capítulo tem por objetivo apresentar o debate acerca do denominado “poder hermenêutico dos juízes”, isto é, o poder que decorre das possibilidades que o juiz possui enquanto intérprete das normas. A discussão acerca da existência de uma discricionariedade judicial surge da questão de saber se os juízes apenas interpretam ou também criam o Direito, ou se em todo ato de interpretação estaria escondido um ato de criação. Para tanto, será analisado a existência/validade da discricionariedade judicial desde o positivismo oitocentista, passando pelo positivismo kelseniano e pelo realismo de Benjamin Cardozo, até os atuais “pós-positivistas”, demonstrando-se as tentativas de controle e limitação/legitimação da discricionariedade dos juízes por parte de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

No último capítulo, “A função representativa do Poder Judiciário e critérios para controle e legitimidade na criação judicial do Direito”, será demonstrado que a separação das funções estatais, cristalizada na clássica tripartição de Poderes, mostra-se insuficiente para compreender a dinâmica do Direito nos Estados contemporâneos. Com as novas teorias

constitucionais, as Cortes constitucionais são alçadas ao papel de “legislador negativo”, papel este que vem se transmutando mais recentemente em uma função “positiva”, na própria criação de direito. O Brasil não é exceção neste movimento mundial, mas aqui o mesmo pode ser visto com bastante clareza, tome-se por exemplos: a edição da súmula vinculante nº 13 do STF, que criou a regra da proibição do nepotismo até o 3º grau na administração pública de todos os entes federados com base tão somente no princípio da moralidade e impessoalidade; ou a mutação constitucional empreendida pelo Judiciário para reconhecer a proteção jurídica às uniões homoafetivas. Com base em princípios, normas de alto grau de abstração, o Judiciário vem criando regras específicas, “criação judicial de direito”, que algumas vezes contrariam a própria literalidade do texto legislativo.

Tomando como contexto a discussão, será proposta uma metodologia de racionalização da decisão judicial, de forma a apontar parâmetros para tornar a criação judicial de direito legítima, à luz da função representativa que o Poder Judiciário brasileiro exerce na democracia atual.

2. A ASCENSÃO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO: Fatores positivados e não positivados de expansão de poder

2.1 Da periferia para o centro do debate político nacional

O fenômeno cada vez mais presente do ativismo judicial, que se consubstancia na ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento das funções legislativa, administrativa e, até mesmo da função de governo, vem demonstrando uma nova repartição dos poderes e funções estatais, assumindo o Poder Judiciário uma parte expressivamente maior, isto é, uma expansão de poder dos juízes.

Oscar Vilhena Vieira⁷ cunhou a expressão “supremocracia”, para simbolizar que a função de árbitro dos conflitos institucionais no Estado brasileiro, que segundo o mesmo já esteve no Poder Moderador, na época do Império; no Exército, na República Velha e nos períodos autoritários; a partir da Constituição de 1988 vem se fixando no Poder Judiciário, em especial no Supremo Tribunal Federal.

O Judiciário, em especial o STF, não se limita a intervir na produção normativa apenas no aspecto negativo, isto é, fulminando normas jurídicas já vigentes por violarem a Constituição Federal, mas também assume, inegavelmente, uma “função positiva”, isto é, de criador da norma jurídica.

Nesse sentido, o presente trabalho não visa à discussão acerca do conceito de ativismo judicial ou mesmo de sua legitimidade democrática, já tão exaustivamente debatido na doutrina pátria. Este capítulo tem por escopo analisar justamente quais as causas, jurídicas e extrajurídicas, que permitiram a ascensão institucional do Poder Judiciário dentro do Estado brasileiro, dando substrato para o início do movimento ativista e lançando as bases a permitir a criação judicial de direito.

Conforme nos ensina Luís Roberto Barroso, no mundo contemporâneo, as principais discussões políticas, econômicas e sociais dos países ocidentais, que antes tinham seus parâmetros delimitados pelas instâncias políticas do Executivo e Legislativo, agora passam a ser discutidas no âmbito judicial. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de Bush v. Gore. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. Na Coreia, a Corte

⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 4, p. 441-464, jul-dez, 2008.

Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment⁸.

No Brasil não é diferente. O Judiciário brasileiro, em especial seu órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal, vem gradualmente aumentando sua importância no cenário institucional nacional, de um Poder apagado e acuado no período autoritário do regime militar, para uma posição de centralidade na vida institucional brasileira atual, após a redemocratização e quase três décadas da Constituição Federal de 1988.

Somente na presente década, o STF equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo⁹; autorizou a interrupção da gestação de fetos anencefálicos¹⁰; definiu o rito do procedimento de impeachment da ex-Presidente da República Dilma Rousseff declarando inconstitucionais dispositivos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹¹; determinou cautelarmente a suspensão do exercício das funções parlamentares do Presidente da Câmara dos Deputados¹²; reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional” com violação generalizando de direitos fundamentais dos presos, atribuindo ao próprio STF o papel de retirar os demais Poderes da inércia, podendo coordenar ações visando resolver o problema e monitorar os resultados alcançados, levando a Corte a assumir um papel atípico, sob a perspectiva do princípio da separação de poderes, que envolve uma intervenção mais ampla sobre o campo das políticas públicas¹³.

Mas não só o STF vem assumindo o papel “moderador” da vida institucional brasileira. Nas demais instâncias judiciais, cotidianamente são prolatadas decisões obrigando o poder público ao cumprimento das mais variadas políticas públicas, como abertura de vagas em creches e escolas, concessão de medicamentos e leitos hospitalares, sem se falar no campo da justiça criminal, como a operação Lava-Jato.

Tudo isso demonstra uma expansão no poder do Judiciário sem precedentes na história brasileira. Todavia, questiona-se: o que pode explicar a transformação do papel do Judiciário, em especial do STF – da periferia para o centro do debate político nacional – nessas três décadas?

⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 3, fev.-mai. 2010.

⁹STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13/10/2011 Data de Publicação: DJ 14/10/2011.

¹⁰BRASIL. STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/09/2004, Data de Publicação: DJ 01/10/2004

¹¹BRASIL STF - ADPF: 378 DF - .DISTRITO FEDERAL 9037714-24.2015.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 15/12/2015, Data de Publicação: DJe-255 18/12/2015.

¹² BRASIL. STF. Plenário. AC 4070, Rel. Min. Teori Zavascki.

¹³BRASIL. STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rei. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015.

Os aspectos formais, tratados na primeira parte deste capítulo, são aqueles que estão expressamente previstos no desenho institucional formal do ordenamento jurídico, isto é, estão positivados pela norma jurídica. Entre eles serão analisados no capítulo: a) a redemocratização e o retorno das garantias institucionais e funcionais do Poder Judiciário com a CF/88; b) o redesenho do sistema judicial de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988, ampliando tanto os poderes e a forma de exercício da jurisdição constitucional, como também os diferentes canais pelos quais esses poderes podem ser acessados pela sociedade; c) a **“constitucionalização abrangente”** já que o texto constitucional, por ser simultaneamente amplo e detalhado, facilita que debates políticos ou morais sejam considerados judicializáveis; d) a delegação de poder normativo/de decisão ao Poder Judiciário pelo próprio legislador através de textos jurídicos, inclusive a Constituição, eivados de normas abertas, como princípios e cláusulas gerais.

Por outro lado, existem aspectos que não constam do desenho formal das instituições nem se encontram positivados pela norma jurídica, mas que consistem em comportamentos dos atores sociais e institucionais, e que são fundamentais para a compreensão do atual papel do judiciário no Estado brasileiro, entre eles, serão apreciados: a) O comportamento estratégico de atores políticos que enxergam nos tribunais a oportunidade de reverter decisões majoritárias nas quais foram derrotados; b) A crise de representatividade com a consequente canalização, das instituições políticas para os tribunais em geral, de expectativas sociais frustradas – o Judiciário como “guardião das promessas”¹⁴; c) A adoção, por vezes acrítica e incompleta, de teorias pós-positivistas estrangeiras e o fascínio dos atores jurídicos nacionais com a redescoberta dos princípios.

Para toda consequência existem uma miríade de situações que podem ser indicadas como causa, em uma realidade contemporaneidade tão interligada. Sem embargo desta constatação, nas páginas seguintes pretendo discutir as razões de ordem institucional e mesmo não-institucionais que considero, precipuamente, terem favorecido a expansão dos poderes do Judiciário no Estado brasileiro.

¹⁴ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

2.2 Fatores institucionais/positivados de expansão de poder do Judiciário

2.2.1 Redemocratização e retorno das garantias institucionais e funcionais de juízes e tribunais

A redemocratização trouxe consigo o retorno das liberdades democráticas e das garantias institucionais dos Poder Judiciário e funcionais dos magistrados. Garantias e liberdades suprimidas no período do regime de exceção.

O regime militar perdurou de 1º de abril de 1964, com o golpe de estado que destituiu o Presidente João Goulart do poder, até 15 de março de 1985. As pouco mais de duas décadas do regime, foram marcadas por fases de maior ou menor repressão política, a incluir censura, prisões ilegais, tortura e mortes. Período no qual vigoraram as Constituições de 1946 e de 1967, assim como a Emenda Constitucional nº 1, de 1969¹⁵.

Não obstante tal fato, paralelamente à ordem constitucional foram editados os denominados “Atos Institucionais”, cujo símbolo maior foi o Ato Institucional nº 5, de 15.12.1968. Com base em tal ato, facultava-se ao Presidente da República decretar o recesso do Congresso Nacional, cassar mandatos parlamentares, suspender direitos políticos, aposentar compulsoriamente juízes e membros do Ministério Público, demitir servidores públicos, entre outras arbitrariedades, estando excluídas de apreciação judicial as ações do Presidente nele fundadas. Nesse cenário, verificou-se uma retração significativa da autonomia e dos poderes do Judiciário, como nos reporta em discurso o ilustre advogado Sobral Pinto:

Entra pelos olhos de quem quer ler com isenção que no Brasil destes dias só existe um Poder soberano: o Presidente da República. O Poder Legislativo, quer federal, quer estadual, quer municipal perdeu, de maneira clara, patente e absoluta, a sua soberania. O Presidente da República fecha o Congresso, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais quando bem entender, e passa ele a exercer as funções legislativas atribuídas a estes órgãos eletivos. **O Poder Judiciário desapareceu como poder, porque os seus membros, tanto federais quanto estaduais, podem ser demitidos ou aposentados pelo Presidente da República, por simples decreto de sua lavra.** A soberania deste Poder foi destruída pelo ATO INSTITUCIONAL N.º 5 que tirou a autonomia e a independência nas funções de seu cargo à vontade soberana do Presidente da República, que os aposentará, demitirá, removerá ou porá em disponibilidade sem prestar contas a ninguém deste seu ato. (...) **A Magistratura, provocada pelos lesados em seus direitos, não pode opor-se à vontade arbitrária dos órgãos do Poder Executivo. A correspondência**

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. pp. 24-51.

pode ser violada, os jornais, as emissoras de rádio e as câmaras de televisão podem ser censurados sem que a Magistratura tenha meios de evitar estes atentados. Os bens de políticos adversários podem ser confiscados, por simples suspeição, sendo vedado à Magistratura evitar tão brutal confisco. Os Juizes, os militares e os funcionários adversários do Governo podem ser demitidos, aposentados, reformados ou postos em disponibilidade, permanecendo a Magistratura alheia a todas estas lesões, de ordinário injustas. O Presidente da República, substituindo-se ao Congresso Nacional, às Assembléias Legislativas Estaduais, e às Câmaras Municipais promulga leis federais, estaduais e municipais, na qualidade de legislador universal do País, estando todos obrigados a acatar, cumprir e executar semelhantes leis."¹⁶

O regime militar proporcionou um Judiciário acuado, que não teve força para fazer valer o Direito diante das arbitrariedades cometidas. Entre os juízes que ousaram combatê-las houve prisões e aposentadorias compulsórias, inclusive de ministros do STF que se posicionaram de forma contrária ao regime, como os ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva. Por força do próprio Ato Institucional, essas aposentadorias compulsórias estavam excluídas de apreciação judicial. Ressalte-se que tudo isso ocorreu durante a vigência da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/69, que formalmente concediam garantias funcionais e institucionais ao Poder Judiciário. Episódios emblemáticos desta relação nos são aludidos:

O Supremo Tribunal Federal (STF) não ficou imune aos efeitos do golpe. Nos primeiros anos da ditadura, até a decretação do AI-5, em 1968, ainda era possível conceder habeas-corpus a presos políticos. Com o AI-5, suspenderam-se os habeas-corpus para os crimes políticos e para os crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, e a economia popular.

Houve, no entanto, movimentos de resistência de ministros do Supremo durante todo o regime militar. O jornalista e professor de História da Imprensa da Universidade de Brasília (UnB), Carlos Chagas, aponta dois episódios emblemáticos ocorridos na Suprema Corte: o “caso das chaves” e o da “lei da mordaza”.

Logo após ser empossado no cargo, o general Humberto de Alencar Castello Branco, o primeiro presidente do período militar (1964-1967), fez uma visita de cortesia ao STF. Em seu discurso, Castello Branco tentou enquadrar o Supremo no movimento de 64, pedindo que o Tribunal seguisse “as orientações da revolução, que é como eles chamam o golpe”, diz Carlos Chagas.

O jornalista conta que o à época presidente do STF, ministro Álvaro Ribeiro da Costa, respondeu de forma dura, dizendo que o Supremo era o ápice do Poder Judiciário e que não deveria ser enquadrado em nenhuma ideologia revolucionária, sobretudo em um golpe como aquele. Castello Branco retrucou, falando que quem mandava era o Executivo. Desafiado, Ribeiro da Costa deu um recado ao presidente: se cassassem algum ministro do Supremo,

¹⁶ CARTA FORENSE. **A censura da toga**. Disponível em:

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-censura-da-toga/828>>. Acesso em: 16. set. 2017.

ele fecharia o Tribunal e entregaria as chaves ao porteiro do Palácio do Planalto.

Para não cassar ministros do STF, Castello Branco aumentou o número de magistrados do Tribunal de 11 para 16, por meio do AI-2, de 27 de outubro de 1965. Nomeou cinco ministros: Adalício Nogueira, Prado Kelly, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro e Carlos Medeiros. Mais tarde, em fevereiro de 1967, nomeou o deputado federal Adauto Lucio Cardoso, da União Democrática Nacional (UDN), para ocupar a vaga deixada pela aposentadoria do ministro Ribeiro da Costa. Foi justamente Adauto Lucio o protagonista de outro célebre exemplo de resistência do STF, o caso da lei da mordada.

A lei da mordada, um decreto-lei que instituía a censura prévia de originais de qualquer livro que se quisesse publicar, foi aprovada pelo Congresso no governo do general Emílio Garrastazu Médici (1969-1974). A oposição entrou com um recurso no STF, dizendo que aquela norma era inconstitucional, por atentar contra a liberdade de expressão, mas o Supremo disse que não poderia se intrometer nos interesses da revolução.

Indignado com o posicionamento do Tribunal, o ministro Adauto Cardoso, que fora nomeado pelo militares, levantou-se, retirou a toga e disse que nunca mais voltaria ao Supremo, solicitando sua aposentadoria nessa sessão de março de 1971, logo após o julgamento do recurso. Na opinião de Carlos Chagas, esse foi um ato libertário.

O professor de Ciência Política Otaciano Nogueira, da UnB, também considera a atitude de Adauto Cardoso uma das melhores ilustrações de que havia inconformismo no Judiciário. Nogueira pondera que o Supremo tinha independência formalmente, mas que os Atos Institucionais acabaram com a segurança jurídica no país.¹⁷

Além da aposentadoria de juízes contrários à ideologia autoritária, o Ato Institucional nº 5 suspendeu a garantia constitucional do *habeas corpus* para os crimes políticos e para os crimes contra a segurança nacional, a ordem econômica e social, e a economia popular. O que na prática impedia a apreciação judicial da legalidade das prisões políticas realizadas pelo regime.

Com a redemocratização e a Constituição de 1988, as garantias funcionais da inamovibilidade e vitaliciedade efetivamente retornaram¹⁸. Demais disso, a Carta Cidadã

¹⁷**O Supremo Tribunal Federal e o Golpe de 64.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62507>>. Acesso em: 11 set. 2017.

¹⁸ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

inovou, sendo a primeira a incluir em seu texto a autonomia institucional ao Judiciário, garantindo a autonomia financeira e administrativa dos tribunais, bem como a iniciativa privativa de sua proposta orçamentária¹⁹, o que tende a fortalecer a independência institucional do Judiciário em relação a possíveis tentativas de retaliação orçamentária pelos outros Poderes.

Em uma demonstração de interação entre o desenho constitucional e a prática institucional, as garantias do Judiciário vêm sendo protegidas não só pelo texto da Constituição, mas pela própria jurisprudência do STF, que vem blindando a ação dos outros Poderes em face dos tribunais.

O primeiro exemplo é a decisão liminar exarada em sede da ADI 2238/DF que questionou dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2001). O STF rejeitou a maioria dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade, todavia, declarou a inconstitucionalidade do art. 9º §3º da referida lei²⁰, cujo conteúdo autorizava o Poder

¹⁹ Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

I - no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II - no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

§ 3º Se os órgãos referidos no § 2º não encaminharem as respectivas propostas orçamentárias dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 1º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 4º Se as propostas orçamentárias de que trata este artigo forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

²⁰ “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas.

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

§ 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. (Vide ADIN 2.238-5)”

BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

Executivo, caso verificasse ao final de um bimestre que a realização da receita não comportaria o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais e caso os demais Poderes e Ministério Público não fizessem diretamente a limitação de empenhos, realizar por ele mesmo a limitação. O STF considerou neste caso hipótese de interferência indevida do Poder Executivo nos demais Poderes e no Ministério Público, violadora da separação de Poderes inscrita no art. 2º da Constituição de 1988 (CF/88)²¹. Com isso, o tribunal manteve, através de uma interpretação constitucional, a autonomia financeira do Judiciário e do Ministério Público frente ao Poder Executivo.

O segundo exemplo traduziu-se na apresentação da proposta de emenda à Constituição nº 33/2011 (PEC nº 33/2011). A referida PEC propunha uma modificação nos arts. 97 e 103-A da CF para: 1) aumentar o quórum de declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos pelos tribunais de maioria absoluta para quatro quintos de seus membros ou membros do órgão especial; 2) a necessidade de aprovação do Congresso Nacional para aprovação de súmulas vinculantes; e 3) a possibilidade de o Congresso Nacional, em discordando de decisão do STF que reconheça a inconstitucionalidade de emendas à Constituição Federal, submeter a controvérsia à consulta popular ²². Assim, eventual

²¹ BRASIL. STF - ADI: 2238 DF, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-01 PP-00024 RTJ VOL-00207-03 PP-00950. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547193>>. Acesso em: 13 set. 2017.

²²BRASIL PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO No 33, DE 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=Tramitacao-PEC+33/2011>. Acesso em: 12 set. 2017.

“Artigo 1º. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público. ... (NR)".

Artigo 2º. O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação.

§2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 3º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

§5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita.

§6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo

promulgação da referida proposta teria por efeito ocasionar uma maior dificuldade de tribunais invalidarem atos normativos do poder público bem como a possibilidade de o Legislativo insurgir-se contra uma decisão do Supremo Tribunal Federal, diminuindo os poderes do próprio Poder Judiciário, e aumentando a ingerência do Poder Legislativo. Em razão de pronunciamentos críticos dos próprios ministros da Corte e de uma mobilização da imprensa e da sociedade, a proposta não teve seguimento, o que demonstra uma capacidade de mobilização atual do Poder Judiciário na autopreservação de sua autonomia, poderes e competências frente aos outros Poderes como não visto anteriormente na história institucional brasileira.

Sendo assim, o retorno das liberdades democráticas aliado às garantias institucionais e funcionais conferidas ao Judiciário e do Ministério Público, são considerados fatores decisivos no papel de centralidade que estas instituições ocupam no cenário atual, visto que as tornam menos suscetíveis a retaliações de outros atores institucionais, possibilitando sua ação de forma mais independente.

Com a Constituição de 1988 a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, os juízes voltam a possuir a vitaliciedade, isto é, a garantia de que só perderão o cargo por sentença judicial transitada em julgado e inamovibilidade, além de institucionalmente os tribunais passarem a ter a sua iniciativa orçamentária, o que é fundamental para impedir uma reprimenda financeira do Executivo aos tribunais. Isto tudo passa a constituir o Judiciário como um Poder com uma face muito mais independente do que o visto no período anterior, e com capacidade de impor suas decisões em face das outras instâncias.

ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.(NR)”

Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 102. ... § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o

§2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §

2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.(NR)”.

2.2.2 O redesenho do sistema judicial de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988 e ampliação dos canais de acesso

A Constituição de 1988 realizou uma ampliação, sem precedentes na história constitucional brasileira, dos canais de acesso pelos quais se provoca a atuação do STF e das ferramentas conferidas aos tribunais no exercício da jurisdição constitucional.

O controle de constitucionalidade surge no País com a Constituição de 1891, a primeira republicana, trazendo em seu corpo a nítida influência norte-americana, em razão do caráter incidental e de efeitos concretos do controle judicial. Confira-se a lição de Elival da Silva Ramos:

Tratava-se, com efeito, de um controle difuso, quanto ao aspecto orgânico ou competencial; incidental, concreto e subjetivo, quanto ao aspecto modal ou procedimental; gerador de decisões com efeito inter partes, decisões essas de natureza meramente declaratória, com aparência de retroatividade total, no plano da eficácia temporal, indicativas de nulidade ab initio e de pleno direito do ato impugnado.²³

A Constituição de 1934, por sua vez, inseriu no controle de constitucionalidade brasileiro a regra americana do *full bench*, ou cláusula de reserva de plenário²⁴, a possibilidade de o Senado Federal, por provocação do Procurador Geral da República, suspender a execução do ato declarado inconstitucional²⁵ e a vedação expressa de apreciação judicial de questões de natureza “política”²⁶

²³ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 187-188.

²⁴ “Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

²⁵ Art 91 - Compete ao Senado Federal:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

²⁶ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

A Constituição de 1937 por sua vez, autoritária e que ficou conhecida como “polaca”, trouxe a possibilidade de o Presidente da República submeter a decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato à reapreciação do Parlamento, caso verificasse as abstratas hipóteses de “bem estar do povo” ou a “defesa do interesse nacional de alta monta”²⁷.

Possibilidade excluída pela Constituição de 1946, resultado da reabertura democrática após o Estado Novo varguista. Demais disso a Carta de 1946 disciplinou hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, detalhando em seu corpo o uso deste instrumento do controle concreto de constitucionalidade pelo STF.

A grande alteração no sistema, que dá origem ao singular sistema misto de controle de constitucionalidade visto no Brasil se dá com o advento da emenda constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965. Com ela a alínea “k”, do inciso I, do art. 101 da CF/1946 passa a prever a possibilidade da representação de inconstitucionalidade de lei ou de ato de natureza normativa, federal ou estadual, a ser proposta unicamente pelo Procurador-Geral da República. Dessa forma, surge no sistema brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade, de viés realmente abstrato, diferentemente da representação interventiva anteriormente prevista. Neste ponto, deve-se ressaltar a diferença substancial entre a representação prevista na EC nº 16/1965, cuja decisão judicial gera efeitos que já nascem *erga omnes* e *ex tunc*, dispensando-se da intervenção do Senado Federal para torná-los gerais, da antiga representação interventiva, que não dispensava da participação do Poder Legislativo para o alcance geral dos efeitos.

A Constituição de 1967, promulgada durante o período autoritário não trouxe grandes alterações no sistema de controle de constitucionalidade, assim como a emenda constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, outorgada pelos ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica.

É importante ressaltar, todavia, que apesar da previsão constitucional de um modelo concentrado de controle de constitucionalidade, sua utilização não tinha grande capacidade de confrontar o sistema político. Isto porque o único legitimado para a propositura da

²⁷**Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

Art 96 Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

BRASIL Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

representação de inconstitucionalidade era o Procurador-Geral da República, e este, diferentemente do modelo previsto na CF/88, não precisava ser um membro de carreira do Ministério Público Federal, sendo livremente indicado e demissível *ad nutum* pelo Presidente da República²⁸. O próprio Ministério Público não possuía a autonomia conferida pela CF/88, atuando como o braço jurídico do Poder Executivo. Desta feita, a despeito do plano ideal e aproximando-se do mundo real, era o Presidente da República, que tinha poderes para livremente nomear e destituir do Chefe do Ministério Público da União, quem realmente detinha a atribuição de propor a representação de inconstitucionalidade. Dentro de um Congresso Nacional controlado pelo Poder Executivo, que não aprovaria atos normativos contrários à ideologia do regime, o controle abstrato de constitucionalidade trazido pela CF/88 representou, na grande maioria das vezes, um instituto natimorto.

Esse foi o cenário de controle de constitucionalidade que viveu no período que antecedeu a redemocratização.

A Constituição de 1988 foi responsável por revolucionar o controle abstrato de constitucionalidade, permitindo ao STF se pronunciar sobre a constitucionalidade de qualquer ato normativo, seja em grau de recurso (controle concreto), seja por via principal (controle abstrato). Neste sentido, a Constituição manteve e ampliou a combinação, existente no Brasil desde 1965, entre formas de controle de constitucionalidade típicas do sistema do americano e do sistema Europeu do pós-guerra. Em vez de escolher por um dos sistemas, o constituinte manteve e aprofundou o modelo híbrido da tradição brasileira recente.

Combinou-se o modelo difuso (sistema americano), potencializado com a instituição de ferramentas como o mandado de injunção singular ou coletivo, com a adoção de um modelo concentrado que prevê uma série de instrumentos processuais, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade - ADI (art. 102, I, “a” da CF/88); a ação declaratória de constitucionalidade – ADC (art. 102, I, “a” da CF/88); a arguição de descumprimento de

²⁸Confira-se o texto da EC nº 1/1969:

Art. 95. O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

BRASIL. **Emenda Constituição nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 12 set. 2017.

preceito fundamental – ADPF (art. 102, §1º da CF/88) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO (art. 103, §2º da CF/88).

O resultado dessa escolha é que esse modelo misto proporciona um grau extenso de abertura da jurisdição constitucional à sociedade. A apreciação judicial pode se dar tanto pelo controle abstrato, por via de ações diretas de inconstitucionalidade, que discutem leis em tese, quanto em recursos ou outras ações em que litígios concretos são levados ao STF e lhe permitem anunciar e afirmar suas interpretações da Constituição. Ademais, houve uma grande mudança: o rol de legitimados para a propositura de ações de inconstitucionalidade diretamente perante o STF sofreu grande expansão dentro da CF/88. Assim, dentro de uma Constituição extremamente abrangente e analítica, houve uma grande ampliação dos canais acesso direto ao STF²⁹, e não mais apenas o canal de um Procurador-Geral da República demissível *ad nutum* pelo Presidente da República.

Conforme Arguelhes e Ribeiro³⁰, nesse sentido, o art. 103 da Constituição de 1988 representa uma mudança revolucionária no papel do STF na vida nacional ao abrir inúmeras portas de entrada para demandas sociais e de minorias políticas na antes restrita agenda daquele tribunal. Essa ampliação de canais de acesso ao controle abstrato foi cumulada à manutenção das já tradicionais competências recursais. O resultado, na prática, é um tribunal com dezenas de portas de acesso diferentes que indivíduos ou instituições podem utilizar para levar uma determinada questão ao conhecimento dos ministros. O 1º relatório do projeto Supremo em Números identificou 52 espécies processuais distintas dentro do STF logo após 1988.

²⁹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

³⁰ ARGUELHES, Diego Werneck. Ribeiro, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista de Direito da GV**. Vol.12 no.2 São Paulo: May/Aug. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000200405>. Acesso em: 29 de mai 2017.

A Constituição de 1988 foi a responsável por criar no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

Em relação à ADI por omissão, o STF diante de sua procedência tem tido um posicionamento de autocontenção até o momento, interpretando o dispositivo à luz da literalidade constitucional, dispondo que declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, tão somente será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias³¹.

Por outro lado, o mandado de injunção é o remédio constitucional que tem recebido uma sensível alteração na compreensão dos efeitos de sua procedência pelo STF. A CF/88 apenas prevê que o mandado de injunção será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI, CF/88). Inicialmente, a corte constitucional brasileira conferia a este instrumento um caráter não concretista, cuja procedência simplesmente resultaria na comunicação ao Poder ou órgão responsável para que elaborasse a norma regulamentadora ausente, nos moldes da ADI por omissão³².

Nos mandados de injunção nº 712, 708 e 670, o STF restou por alterar o seu entendimento anterior, passando a conferir ao mandado de injunção caráter concretista, com

³¹"Desrespeito à Constituição. Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público. (...) Salário mínimo. Satisfação das necessidades vitais básicas. Garantia de preservação de seu poder aquisitivo. (...) Salário mínimo. Valor insuficiente. Situação de inconstitucionalidade por omissão parcial. (...) Inconstitucionalidade por omissão. Descabimento de medida cautelar. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 267/DF, Rel. Min. Celso de Mello), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. **A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao STF, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao STF, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente. Impossibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão (violação negativa da Constituição).**" BRASIL. STF. ADI 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-5-1996, Plenário, DJ de 30-5-2003.

³² "O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra."

BRASIL. STF - MI: 168 RS, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 21/03/1990, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 20-04-1990 PP-03047 EMENT VOL-01577-01 PP-00027

efeito *erga omnes*. No caso, diante da omissão do legislador em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, o tribunal resolveu, até a cessação da omissão inconstitucional, que se aplicaria analogicamente aos servidores públicos a Lei de Greve aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada³³. No MI 721, por sua vez, adotou a posição concretista individual, aplicando ao impetrante o direito de aposentadoria especial pelo exercício de trabalho insalubre a servidor público³⁴.

³³ BRASIL. STF - MI: 708 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471

"Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do STF. Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de sessenta dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989. Sinais de evolução da garantia fundamental do mandado de injunção na jurisprudência do STF. No julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 21-9-1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; v) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções 'normativas' para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV) Precedentes: MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14-11-1991; MI 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27-3-1992; MI 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, DJ de 26-6-1992; MI 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 24-5-2002; MI 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17-12-2002; e MI 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 20-6-2003. (...) **Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa** do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis." (MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.) No mesmo sentido: MI 670, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.

³⁴ BRASIL. STF - MI: 721 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 30/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142.

"Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do art. 5º da CF, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à

Com a lei nº 13.300/2016 o próprio Poder Legislativo parece ter apreciado o comportamento mais ativista do Judiciário, visto que a supracitada lei, que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, autoriza expressamente o juiz criar as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou das prerrogativas reclamadas³⁵, em uma clara delegação de função normativa ao Judiciário. E não só, a própria lei permite que seja conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando for “inerente ou indispensável” ao exercício do direito (art. 9º, § 1º, da lei nº 13.300/2016).

Para além de todos os instrumentos já aqui dispostos, a Constituição de 1988 previu também, em seu art. 102, parágrafo único, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), disciplinada pela lei nº 9.882/1999. A ADPF trata-se de uma ferramenta poderosa do controle de constitucionalidade em razão de sua natureza subsidiária em relação às demais. Assim, permite a conformação em face de preceito fundamental de qualquer lei ou ato normativo federal, estadual ou até mesmo municipal que não caiba nas demais ações diretas. Demais disso, a ADPF permite ainda a análise da recepção de normas pré-constitucionais, o que não se admite nas demais ações diretas do controle abstrato.

Assim, em razão do caráter subsidiário da ADPF em combinação com a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é possível afirmar que no panorama normativo atual,

nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção. Decisão. Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Art. 40, § 4º, da CF. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991.” (MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-8-2007, Plenário, DJ de 30-11-2007.) No mesmo sentido: MI 1.231-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-11-2011, Plenário, DJE de 1º-12-2011; MI 3.322, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-6-2011, DJE de 6-6-2011.

³⁵ Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.** Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em 3 de out. 2017.

virtualmente, qualquer ato normativo pode ser levado ao STF para apreciação em sede de controle concentrado.

Soma-se às supramencionadas engrenagens processuais a previsão do art. 11 da lei nº 9.882/1999 e art. 27 da lei nº 9.868/1999, denominada de modulação temporal³⁶. A modulação temporal permite que o tribunal manipule os efeitos da decisão de procedência nas ações diretas “em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. O instituto da modulação temporal representa uma flexibilização da teoria da nulidade absoluta da lei declarada inconstitucional, isto é, que a declaração de inconstitucionalidade teria necessariamente o efeito *ex tunc*, a lei seria nula *ab origine*.

A modulação temporal dos efeitos permite ao tribunal considerar válidos e manter atos inconstitucionais de acordo com a interpretação do que o tribunal considerar como “segurança jurídica” e “interesse social”. Inequivocamente, diante da abertura semântica destes conceitos indeterminados, pode-se afirmar que no plano real o legislador autorizou aos tribunais analisar os custos e benefícios advindos de suas decisões, uma espécie de consequencialismo judicial. O tribunal, cujo método de análise deve ser jurídico, poderá fazer um juízo político, econômico e social de “conveniência e oportunidade” da manutenção temporal da norma que compreendeu inconstitucional.

Nesse sentido, merece transcrição a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

[...] A decisão pode “restringir os seus efeitos... Isto significa, por exemplo que ela poderá considerar válidos atos inconstitucionais, ou dispensar o Estado de devolver o que percebeu em razão do tributo inconstitucionalmente estabelecido e cobrado. [...]

O terceiro, insofismável, mostra que o controle de constitucionalidade assumiu um caráter político e que nele se pretende que o Supremo Tribunal Federal atue como órgão político. [...]

Disto tudo decorre, em suma, a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal se torna (ou tende a se tornar) uma terceira Câmara do Poder Legislativo³⁷.

³⁶ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 03 de out. 2017.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 248-249.

Atualmente, a jurisprudência do STF vem, a partir de uma aplicação analógica do art. 27 da lei nº 9.868/1999, admitindo, inclusive, a modulação temporal no controle difuso de constitucionalidade³⁸. Em um claro diálogo de fontes entre os procedimentos de controle concentrado e difuso.

As súmulas vinculantes constituem outra demonstração dessa expansão do Judiciário. Estes enunciados criados apenas pelo STF vinculam não só o Poder Judiciário, mas a Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Seu *quorum* de revisão ou cancelamento é de dois terços dos membros do STF³⁹, superior até mesmo ao *quorum* de maioria absoluta para declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica emanada do Legislativo ou Executivo.

O efeito que se pode observar dessa ampliação do acesso e engrenagens processuais introduzidas pela Constituição de 1988 e leis regulamentadoras é o aumento significativo das oportunidades para que o tribunal possa exercer o poder. O Judiciário, em sua função precípua, é guiado pelos postulados normativos da inércia e da adstrição como forma de controle ao seu poder de dar a palavra final. Assim, ao contrário dos demais Poderes do Estado, o Judiciário só pode atuar se e quando provocado, e na medida do que foi pedido. A conclusão é lógica: quanto maior for o leque de atores que podem provocar a jurisdição do tribunal e meios processuais para tanto, mais favoráveis serão as condições para que essa instituição exerça o poder de que dispõe. Assim, a expressiva ampliação do acesso ao STF por meio das ações diretas faz com que os vários atores sociais possam acessá-lo. Como vivemos em uma ordem plural e dialética, a insatisfação de qualquer um desses atores pode levá-lo a questionar a norma promulgada diretamente perante o STF, fazendo com que este tribunal possa realizar a análise de constitucionalidade de uma forma amplíssima, em razão de uma Constituição deveras

³⁸ BRASIL. STF. RE 197.917/SP. Rel. Min. Mauricio Correa. Jul. 06/06/2002, Pleno; DJ de 07/05/2004.

³⁹ Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

BRASIL. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta** o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

abrangente. O “se e quando provocado” converte-se em uma situação de “sempre provocado”, o que nos faz questionar a efetividade real do postulado da inércia e parece transformar o Supremo em uma Assembleia Constituinte Permanente.

2.2.3 Constitucionalização abrangente, redemocratização e judicialização

Ao lado das questões anteriormente pontuadas, outro ponto fundamental é a feição nitidamente analítica/abrangente da Constituição de 1988 combinada com uma tendência de judicialização. O ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante o Judiciário.

A constitucionalização abrangente, expressão utilizada por Luís Roberto Barroso⁴⁰, consiste no movimento que trouxe para a Constituição de 1988 inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Trata-se de uma tendência iniciada com a redemocratização e as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988.

A CF/88 contém um texto analítico e ambicioso, que elenca uma série de direitos fundamentais, remédios constitucionais para garantia desses direitos, organização e garantias institucionais dos Poderes e funcionais de seus membros, repartição de competências tributárias e suas receitas, organização dos entes federados, servidores públicos e suas garantias, limites de remuneração e acumulação, finanças públicas, ordem econômica e financeira, até normas de seguridade social, esportes, cultura, ciência e tecnologia, da família, da criança, do idoso e dos índios.⁴¹

Confira-se a lição do professor Luís Roberto Barroso:

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política do país. Não é pouco. Mas não se trata da Constituição da nossa maturidade institucional. É

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 12, n. 96, p. 3-41, fev.-mai. 2010.

⁴¹ Um exemplo emblemático dessa abrangência constitucional tida como demasiadamente lata refere-se ao § 2º do art. 242 do ADCT da CF/88, que prevê que o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, seria mantido na órbita federal. Questiona-se a necessidade de se constitucionalizar uma norma com este conteúdo.

a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levou a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa⁴².

A extensão do texto de 1988 é compreensível, em razão da travessia do período ditatorial para a democracia, é natural o desejo de colocar na norma fundamental do Estado o maior número de direitos e garantias possíveis, como forma de evitar um novo autoritarismo estatal. Todavia, tal movimento de constitucionalização abrangente possui consequências diretas.

Constitucionalizar uma matéria significa retirá-la do campo da discricionariedade política para torná-la Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

Uma Constituição abrangente, então, retira parte da discricionariedade política do Legislativo e do Executivo, com eficácia negativa visto que a validade de leis e até mesmo de emendas constitucionais será aferida à luz da Constituição originária, limitando os caminhos políticos do legislador à visão constitucional, e com eficácia positiva, visto que a omissão inconstitucional do legislador e do administrador também poderá ser controlada pelo Judiciário. O resultado direto de constitucionalizar é retirar a escolha fundamental do campo da política e transferi-la para o campo do Direito posto, o que ocasiona uma expansão de poder dos órgãos jurídicos enquanto intérpretes e guardiões da Constituição e das leis.

2.3 Aspectos não positivados de expansão do Judiciário

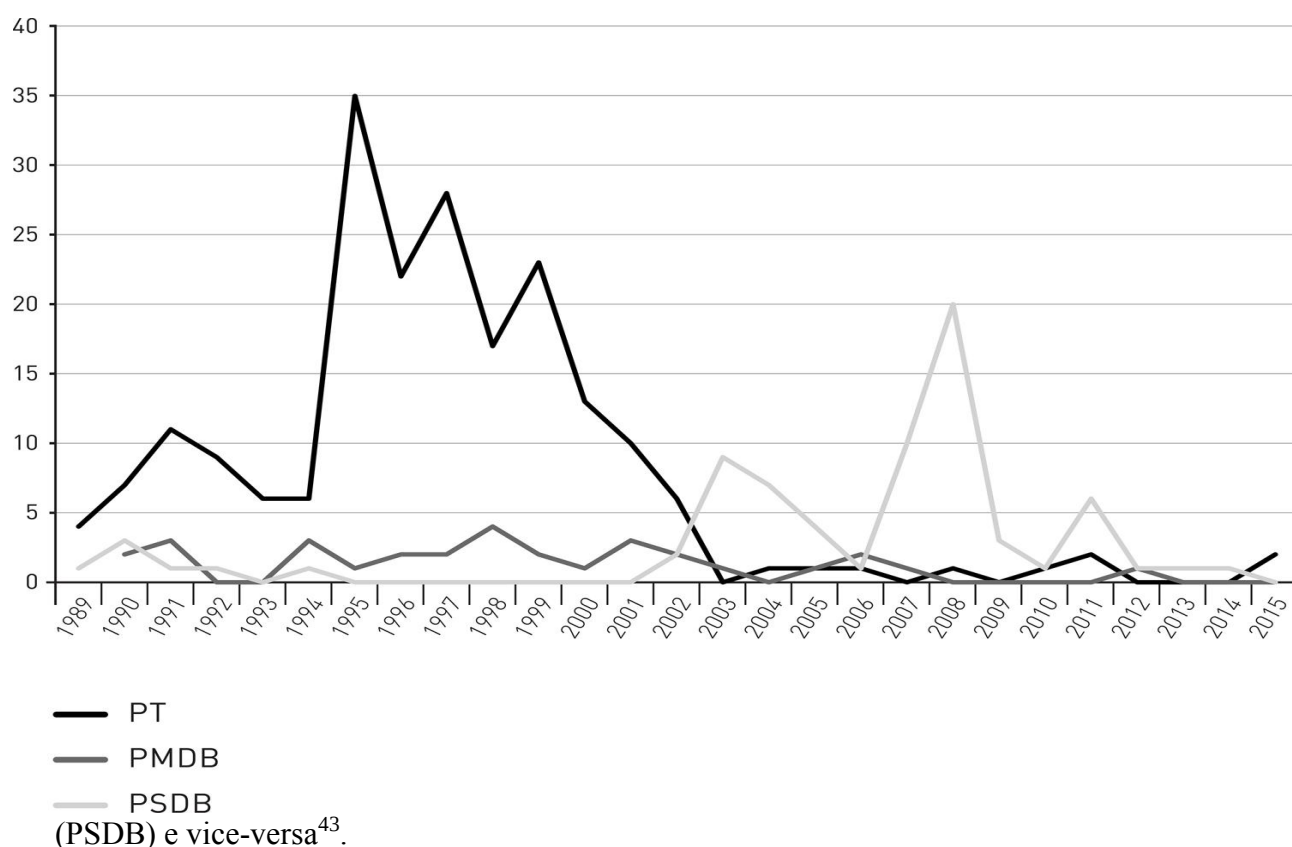
São aspectos que resultaram na expansão do Judiciário, mas que não decorrem diretamente do desenho institucional formal ou do ordenamento jurídico posto, mas sim de mudanças teóricas na concepção dos agentes estatais que ocasionaram este resultado.

⁴²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 399.

2.3.1 O comportamento estratégico de atores políticos que veem no poder dos tribunais uma oportunidade de reverter decisões majoritárias nas quais foram derrotados

O Judiciário pode atuar não apenas após a aprovação de uma política pelo Legislativo, por meio das ações de controle de constitucionalidade, como também antes, por meio de sinalizações em pronunciamentos públicos, reuniões formais com o Executivo ou Legislativo, ou ainda por meio da análise de mandados de segurança impetrados por parlamentares que, insatisfeitos, questionem a constitucionalidade do projeto de lei ou de alteração à Constituição, alegando o direito fundamental a participar de um processo legislativo hígido.

A observação dos recursos e das ações de partidos políticos no STF desde 1988 parece corroborar o uso estratégico da Corte como ponto de veto: o Partido dos Trabalhadores (PT) ingressa com mais ações no STF durante o governo do Partido da Social Democracia Brasileira



Fonte: Supremo em Números (<http://www.fgv.br/supremoemnumeros>).

⁴³ ARGUELHES, Diego Werneck. Ribeiro, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista de Direito da GV*. Vol.12 no.2 São Paulo: May/Aug. 2016.

Isto sinaliza o uso estratégico do Judiciário por atores políticos de oposição diante de uma derrota no processo legislativo, transformando o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça em um verdadeiro terceiro turno do processo legislativo diante de uma derrota.

Ademais, em inúmeras situações, o custo político da tomada de certas decisões pelo Legislativo é encarado como muito alto por membros do seu corpo, cujo objetivo principal em algumas situações é a manutenção do mandato nas eleições seguintes. Sendo assim, decidir acerca de temas polêmicos, que polarizam a sociedade, como casamento homoafetivo, aborto, redução da maioria penal, pode significar uma redução de votos no pleito seguinte, e, inclusive, a não reeleição.

Não aceitando correr o supracitado risco, o Parlamento se omite, canalizando o anseio social, que deve ser respondido, para o âmbito dos tribunais. Mais uma vez, o comportamento estratégico-eleitoral dos próprios agentes políticos fomenta o poder do Judiciário.

2.3.2 Crise de representatividade das instâncias políticas

A crise de representatividade da política atual é fenômeno mundial. A relação muitas vezes obscura entre partidos políticos e grupos empresariais é causa e consequência do custo milionário das campanhas políticas, o que resulta no alto custo de acesso a uma cadeira no Parlamento.

O resultado dessa nefasta relação entre política e dinheiro não poderia ser diferente: em sua grande maioria, só consegue ter acesso a uma vaga parlamentar quem tem dinheiro suficiente para arcar com o alto custo da campanha, ou quem é financiado por um grupo empresarial que possua tal possibilidade. Nas duas situações, o financiamento eleitoral cobra seu preço que, no mínimo, será o de afastar a possibilidade de representação dos menos favorecidos, podendo chegar na possibilidade de obter regramentos estatais mais benéficos e possibilidade de influência direta nos rumos do Estado, o que pode resultar em facilitação de interesses e corrupção. Percebe-se um descolamento da classe política e da sociedade civil, em uma relação marcada cada vez mais pela indiferença e ceticismo.

Fato é que a relação entre a classe política e grupos empresariais com interesse em favores estatais, sejam empreiteiras, sejam grupos interessados em financiamento a baixo custo por bancos públicos, subsídios ou benefícios fiscais, vem gerando um olhar da sociedade civil cada vez mais desconfiado em relação à classe política. O que é algo compreensível, mas que deve ser analisado com cuidado, afinal a política é gênero de primeira necessidade em uma

democracia, e o discurso de sua criminalização muitas vezes está ligado a tendências autoritárias, como muitas vezes nos ensinou a história.

Por outro lado, em comparação com as demais instâncias, vem se assistindo um aumento de prestígio das categorias jurídicas, como juízes, membros do Ministério Público e advogados públicos. Neste ponto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho compreende a expansão da atividade judicial como sintomática a este fenômeno:

Várias são as causas (ou talvez melhor se dissesse os fatores) desse fenômeno. [...]

Outra, de ordem sócio-política, reflete o desprestígio dos "políticos", em face do prestígio dos magistrados como uma "aristocracia togada", quer dizer, o contraste entre uma "plebe" despreparada e ávida e uma elite instruída, preocupada com o justo. Justo este confundido com o interesse geral.

Uma terceira, também de ordem sociopolítica, intimamente ligada à anterior, é a auto-percepção dos magistrados como elite, com responsabilidade de trabalhar para o bem comum.⁴⁴

O aumento desse prestígio, todavia, não pode ser enxergado de maneira positiva. Ele representa um efeito colateral, um sintoma da deficiência do nosso sistema democrático-eleitoral de produzir naturalmente lideranças políticas capazes de capitanear o Estado sem se descolar dos valores que devem conduzir a sociedade.

O fato é que o espaço simbólico da democracia vem emigrando silenciosamente da política para o Judiciário. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O contexto geral é de um Legislativo e um Executivo enfraquecidos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele mesmo não sabe dar: uma moral, um grande projeto.

Neste sentido é a lição de Antoine Garapon:

Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares.

[...]

⁴⁴FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário e suas implicações. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**. Ano 1, n. 2. P. 56. 2010

Quanto mais a democracia – sob sua dupla forma de organização política e social – se emancipa, mais ela procura na justiça uma espécie de salvaguarda, o que traduz a profunda unidade no fenômeno do aumento de poder da justiça.(...) O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito quanto para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiam à justiça a guarda de seus juramentos.

A justiça é guardiã do direito, quer dizer, dos pactos anteriores aos quais somos ligados. Ela garante a identidade da democracia, entendida como uma forma que não permanece a mesma através dos tempos, mas que “se mantém como uma promessa feita”. Quer se trate de crime contra a humanidade, do sujeito de direito ou da Constituição, o juiz exerce sua autoridade ao proteger a memória dessa promessa inicial por tudo e contra tudo, inclusive contra a vontade do titular da soberania nacional. A vontade individual expressa nos direitos subjetivos é tão frágil quanto a vontade coletiva encarnada no soberano: as duas podem se afundar na servidão voluntária. O juiz, seja constitucional ou judiciário, **nada mais é do que o avalista dessa promessa de liberdade feita por cada um**. A autoridade assegura a continuidade do sujeito de direito e, portanto, da democracia. Ela liga o presente ao passado.

A Justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. Em um cenário de descrédito da Política, o Judiciário vem a ocupar o espaço de último protetor do direito, o guardião das promessas⁴⁵.

A expansão do Judiciário é fomentada por um deslocamento das expectativas sociais com o Estado e da decepção com o poder público político.

2.3.3 Descentralização do sistema jurídico: delegação de poder normativo através da promulgação de princípios e cláusulas gerais

Além da possibilidade de acesso cada vez maior ao próprio STF e a inafastabilidade da jurisdição enquanto mandamento constitucional, que faz com que todo tipo de controvérsia possa ser apreciada por um juiz, e do supracitado fenômeno de uma constitucionalização abrangente, a dispor uma direção constitucional para (quase) todos os ramos do ordenamento jurídico, retirando a discricionariedade da política e trazendo para o âmbito do Direito, fato é que a Constituição Federal de 1988 e os diplomas normativos que a seguiram são frutíferos em princípios e cláusulas gerais, isto é, normas de alto grau de abstração/baixo grau de

⁴⁵GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. P. 49.

especificidade, o que, em um sistema de amplo acesso jurisdicional permite que a criação de direito seja feita em larga medida pelos tribunais.

Para compreensão deste fenômeno, recorre-se ao instrumental teórico da análise econômica do direito como ferramenta metodológica para compreender a escolha legislativa entre a promulgação de princípios e cláusulas abertas, ou de regras altamente específicas.

Neste ponto, Richard Posner e Isaac Ehrlich estudaram inicialmente a relação entre o grau de especificidade e a eficiência do comando normativo. No seu trabalho, a técnica legislativa de produção das normas jurídicas é compreendida à luz da eficiência, com enfoque consequencialista, isto é, discutindo em que condições a escolha por um comando normativo mais preciso ou geral é mais eficiente em termos de custo e benefício para a sociedade. Vejamos:

Devemos considerar nesta parte os benefícios e custos associados com opções diferentes ao longo do continuum entre a regra altamente específicas e tipos abertos altamente gerais e discutir a melhor escolha, isto é, a escolha que maximiza os benefícios em relação aos custos. Nossa análise será abstrata devido ao problema de medir os custos e benefícios relevantes e à ausência de uma contrapartida empírica facilmente identificável com o conceito de precisão da obrigação legal (é óbvio que simplesmente contar o número de regras em um área de direito não irá produzir uma medida confiável do mesmo).⁴⁶ (Tradução nossa).

Para os dois teóricos, a escolha legislativa de se a promulgar uma norma aberta⁴⁷ ou um conjunto de regras precisas é implicitamente uma escolha entre a regulamentação legislativa ou judicial. O tipo aberto cria uma demanda por especificação. Esta demanda é exercida sobre os tribunais através do processo judicial, que respondem criando regras que particularizam e especificam o tipo aberto promulgado. Assim, uma decisão legislativa de promulgar uma norma aberta (*standard*) ou uma regra específica (*rule*) exige uma avaliação da eficiência entre os

⁴⁶ POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, Vol 3. No. 1. 1974. P. 261.

Do original em inglês: “We shall consider in this part the benefits and costs associated with different choices along the continuum between the highly specific rule and the highly general standard and discuss the optimum choice—the choice that maximizes the excess of benefits over costs. Our analysis will be rather abstract owing to the problem of measuring the relevant costs and benefits and to the absence of a readily identifiable empirical counterpart to the concept of precision of legal obligation (it is obvious that simply counting the number of rules in an area of law will not yield a reliable measure of it).”

⁴⁷Enfatiza-se que o conceito de *standard*, termo utilizado pelos dois teóricos, dentro da realidade jurídica nacional deve ser compreendido como a técnica legislativa de erigir tipos normativos abertos, a abranger tanto as cláusulas gerais quanto os princípios.

custos e benefícios entre a especificação legislativa ou judicial (*judge-made rules*) da norma⁴⁸. Confira-se, in verbis, a definição, por Richard Posner, da dicotomia rule-standard:

1. Para facilitar a exposição nós trataremos a especificidade-generalidade, como se fosse uma dicotomia entre "regras" e "standards". O termo "standard" denota em nosso uso um critério geral de escolha social; a eficiência (e sua contrapartida na terminologia jurídica, a razoabilidade) é um exemplo. Um standard indica os tipos de circunstâncias que são relevantes para uma decisão jurídica e, portanto, possuindo uma abertura semântica. Ou seja, ele não é uma lista de todas as circunstâncias que podem ser relevantes, mas é na verdade o critério pelo qual circunstâncias específicas apresentadas em um caso são julgadas relevantes ou não.

Em um caso de colisão automóvel regido pelo standard da vedação à negligência, estas circunstâncias seriam a velocidade e o peso dos veículos, o seu design, a hora do dia, o desenho da rodovia, o clima, e quaisquer outros fatores que possam afetar a questão de como o montante de custos dos acidentes esperados e os custos de evitar o acidente poderiam ter sido minimizados.

Uma regra retira do tomador de decisão uma ou mais circunstâncias que seriam relevantes para a decisão de acordo com um standard. Suponha que se for provado que o carro de trás, em uma colisão traseira, estava dirigindo a 100 pés do carro a sua frente, o motorista do carro seguinte será responsável pelos custos do acidente.

Esta é mais uma regra do que um standard porque, fosse o caso de ser decidida no âmbito do tipo aberto da negligência, outras circunstâncias além da distância entre os dois carros teriam de ser avaliadas, tais como a capacidade do condutor do carro precedente de evitar uma parada brusca. O tipo de regra mais simples, então, toma a seguinte forma: se X, então Y, onde X é um único, simples fato, determinado (por exemplo, a velocidade do carro) e Y é uma definida e inequívoca consequência jurídica - um julgamento acerca da responsabilidade ou não responsabilidade - decorrente diretamente da prova de X (por exemplo, que o motorista violou código de trânsito). Deve ficar claro, portanto, que estamos usando o termo "regra" em um sentido um tanto especial; "regra geral" seria uma contradição em nosso uso.

A diferença entre uma regra e um standard é uma questão de grau, o grau de precisão. O próprio standard da eficiência poderia ser considerado como a escolha social de uma regra projetada para implementar um standard mais amplo (a maior felicidade do maior número de pessoas), enquanto uma regra que exigisse a ponderação de muitas circunstâncias (ao contrário de nossa regra hipotética, que exigiu a ponderação de apenas um, a distância) seria como um standard.⁴⁹

⁴⁸POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, Vol 3. No. 1. 1974. P. 261.

⁴⁹ *Ibidem*. P. 260.

Do original em inglês: “ 1. To facilitate exposition, we will sometimes treat the specificity-general- it continuum as if it were a dichotomy between "rules" and "standards." The term "standard" denotes in our usage a general criterion of social choice; efficiency (and its counterparts in legal terminology, such as reasonableness³) is an example. A standard indicates the kinds of circumstances that are relevant to a decision on legality and is thus open-ended. That is, it is not a list of all the circumstances that might be relevant but is rather the criterion by which particular circumstances presented in a case are judged to be relevant or not. In an automobile collision case governed by the negligence standard these circumstances would be the speed and weight of the vehicles, their

Da leitura dos supracitados autores, bem como adequando suas ideias em razão das peculiaridades do sistema jurídico brasileiro, podemos elencar como benefícios da promulgação de regras específicas:

- 1) Um conjunto detalhado e compreensível de regras resulta em um aumento na expectativa de ganho por realizar atividades socialmente desejáveis ao invés das indesejáveis. A clareza incentiva de maneira mais eficiente, visto que o preceito legislativo antecede o precedente judicial.
- 2) Abrangência da norma: a regra elaborada pelo legislador tem um âmbito mais vasto que a elaborada pelo judiciário ao interpretar os tipos abertos. Uma vez que as partes de um processo, ao definir as questões processuais, são geralmente indivíduos ou empresas individuais que não estão interessados na obtenção de uma regra geral, dessa forma, um tribunal tende a criar uma regra de limitada a situações muito semelhantes ao do caso em questão.
- 3) Previsibilidade: caso ocorra um litígio, se seu julgamento for determinado pela aplicação de uma regra ao invés de uma norma aberta, tornar-se-á mais fácil para as partes para prever o resultado.
- 4) Celeridade: em tese, a escolha legislativa em promulgar uma regra em vez de um tipo aberto afeta a velocidade e, portanto, indiretamente, os custos e benefícios da resolução de disputa judicial. Devido ao caráter sequencial de um julgamento, um aumento no número de questões a serem ajuizadas irá prolongar o julgamento. A decisão que se baseie em um princípio ou cláusula geral, portanto, terá um lapso temporal superior entre o incidente que deu origem a uma disputa legal e resolução judicial final da disputa, visto o trabalho jurisdicional de densificá-los.

design, the time of day, the layout of the highway, the weather, and any other factors that might affect the question how the sum of the expected accident costs and the accident-avoidance costs could have been minimized.

A rule withdraws from the decision maker's consideration one or more of the circumstances that would be relevant to decision according to a standard. Suppose that if it is proved that the following car in a rear-end collision was driving within 100 feet of the preceding car, the driver of the following car will be liable for the costs of the accident. This is a rule rather than a standard because, were the case to be decided under the general negligence standard, other circumstances besides the distance between the two cars would have to be considered, such as the ability of the driver of the preceding car to avoid stopping short. The simplest kind of rule, then, takes the form: if X, then Y, where X is a single, simple, determinate fact (e.g., the car's speed) and Y is a definite, unequivocal legal consequence--a judgment of liability or nonliability--that follows directly from proof of X (e.g., driver has violated traffic code). It should be clear, therefore, that we are using the term "rule" in a somewhat special sense; "general rule" would be a contradiction in our usage.

The difference between a rule and a standard is a matter of degree--the degree of precision. The efficiency standard itself could be regarded as a rule of social choice designed to implement a broader standard (the greatest happiness of the greatest number of people), while a rule that required the weighing of many circumstances (unlike our hypothetical rear-end rule, which required the weighing of only one, distance) would be like a standard."

Todavia, o mais importante é que a regulamentação através de regras (regulamentação legislativa), em tese, facilita o controle social dos tomadores de decisão (legisladores), em razão de os mesmos estarem submetidos à periodicidade do voto, o que não ocorre, em nosso ordenamento com os juízes, que gozam de vitaliciedade e cuja admissão se dá através de concurso público ou outros critérios de indicação que não o voto popular.

Por outro lado, também são apontados efeitos negativos relacionados à regulamentação exclusivamente *ex ante*, isto é, a normatização exclusiva pela via legislativa. Hans-Bernd Schäfer⁵⁰ aponta duas principais críticas à exclusividade da técnica legislativa das regras em um ordenamento, quais sejam, (1) a falta de flexibilidade e rápida obsolescência das decisões parlamentares e (2) a suscetibilidade à corrupção e a grupos de interesse presente no Legislativo.

Em relação à primeira crítica, regras específicas promulgadas pelo Legislativo não conseguem abarcar todas as situações e não são tão flexíveis. Consequentemente, regras precisas ficam desatualizadas devido a mudanças econômicas, técnicas e sociais, devendo conduzir a uma agitada atividade parlamentar para não se tornarem ineficientes e petrificadas com o decurso do tempo. Neste último caso, a simplicidade e segurança jurídica prevalecem ao longo do tempo, mas outros efeitos adversos de regras ultrapassadas são agravados.

Alguns campos estão sujeitos a mudanças frequentes como, por exemplo, normas de saúde e segurança, normas de auditoria ou regras que regulam indústrias e profissões. É improvável que o ativismo parlamentar possa criar um conjunto de regras que sejam fáceis de administrar e que possam ser frequentemente mudadas ao longo do tempo. Para estas áreas o centralismo parlamentar não é uma alternativa viável.

No tocante ao segundo ponto, qual seja, a maior suscetibilidade à corrupção e a grupos de interesse presente no Legislativo, é inegável que as normas expedidas pelo Legislativo nem sempre coincidem com o interesse público, visto que os grupos de pressão influentes podem induzir parlamentos a promulgar leis a seu favor. O mesmo seria verdadeiro para as agências reguladoras, cujas normas são muitas vezes tendenciosas em relação aos interesses dos grupos econômicos regulados. Assim, para o supramencionado autor, a legislação pode ser influenciada pela corrupção e pelos interesses da burocracia estatal.

O Judiciário, todavia, seria menos influenciável por grupos de interesse. Mesmo que partes do Judiciário sejam corruptas, é mais difícil de se influenciar as decisões do Poder

⁵⁰SCHÄFER, Hans-Bernd. Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?. **German Working Papers in Law and Economics**. 2001 (20), pp. 1-28.

Judiciário, em razão de sua estrutura de aprendizagem descentralizada, com inúmeros juízes, tribunais e órgãos de superposição, do que as emanadas pelo Parlamento.

Em sua obra, Schäfer defende que a criação da norma através dos tribunais (judge-made-law) poderia levar a soluções superiores em comparação com a norma criada pelo Legislativo, independente de todas as considerações sobre a divisão do trabalho entre o parlamento e do judiciário e do conhecimento diferente e especialização de juízes e membros do parlamento. A presente análise se dá de forma pragmática à luz da observação do funcionamento das democracias atuais, todavia, inegavelmente, não pode desprezar o papel fundamental exercido pelo Poder Legislativo enquanto representante ideal das vontades populares, que será realizado mais a frente.

Dessa forma, um sistema jurídico pode ser baseado em normas de alto grau de especificidade – regras (centralizado), ou baseado em normas de alto grau de abstração – princípios e cláusulas gerais (descentralizado).

Um sistema jurídico baseado em normas de baixo grau de especificidade (descentralizado), como cláusulas gerais e princípios, privilegia a densificação e construção normativa por parte dos órgãos jurisdicionais, enquanto um modelo de alto grau de especificidade normativa – formado majoritariamente por regras – concentra o poder de decisão no topo do sistema político. A opção por um sistema jurídico baseado em tipos abertos revela a preferência por um modelo *ex post*, que prioriza o juiz e não o legislador como produtor das normas jurídicas.

Percebe-se, então, que no tocante a este ponto, a expansão de poder do Judiciário dá-se diretamente por delegação do legislador, que, ao elaborar uma Constituição e leis densamente compostas de princípios e cláusulas abertas termina por abrir mão do poder de regulamentar a situação, promulgando princípios ou cláusulas gerais, para que o juiz, diante do caso concreto, densifique-os e concretize-os. O legislador, neste ponto, incentiva e estimula a discricionariedade judicial. A consequência inequívoca, é uma fronteira fluida entre o que é a tarefa de legislar e regulamentar e o que é a de julgar, aproximando política e direito, e permitindo-se diretamente a expansão da atividade judicial.

2.3.4 Mudança interna na concepção teórica do próprio Judiciário – adoção das teorias “pós-positivistas”

É possível afirmar, tendo por parâmetro a efetividade do texto constitucional, que o Brasil, em que pese as muitas cartas constitucionais que aqui vigoraram, teve, em relação aos

países da Europa continental, o que se pode denominar de constitucionalismo tardio. Uma história de frustração do povo em relação a direitos que lhe foram enunciados, mas nunca verdadeiramente lhe concedidos.

A falta de efetividade das Constituições brasileiras é resultado do não reconhecimento da força normativa aos seus textos - a negação em dar-lhe aplicabilidade direta e imediata. A falta de vontade política e judicial de aplicar a Constituição.

O Min. Luís Roberto Barroso bem nos apresenta tal fato:

A experiência política e constitucional do Brasil, da independência até 1988, é a melancólica história do desencontro de um país com sua gente e com seu destino. Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas.

A ilegitimidade ancestral materializou-se na dominação de uma elite de visão estreita, patrimonialista, que jamais teve um projeto de país para toda a gente. Viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público, produziu uma sociedade com deficit de educação, de saúde, de saneamento, de habitação, de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo.

[...]

Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.⁵¹

A promulgação da Constituição de 1988 foi acompanhada, nas décadas seguintes, de uma substantiva alteração da concepção teórica dos membros do Poder Judiciário, que passaram a se ver em um Poder que passou a ter a capacidade de efetivamente influir nos rumos do Estado.

A Carta de 1988 vem se demonstrando diferente das demais. Promulgada sob indiscutível critério democrático, é dotada de um lastro de legitimidade sem precedentes na história brasileira. Todavia, não obstante os inegáveis avanços políticos, jurídicos e institucionais trazidos pela Constituição de 1988, a doutrina começa a apontar excessos derivados, talvez, da incipiência e do deslumbramento causado com a redescoberta dos princípios pelo Poder Judiciário.

Ao longo da história do direito, os princípios jurídicos percorreram um longo caminho até se desgarrarem da noção de Direito Natural para alcançarem uma leitura que lhes atribuisse

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Interpretação Constitucional**. Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

normatividade, expressando um conteúdo deontico (estabelecendo obrigações, permissões ou proibições de condutas). O conceito de norma jurídica passa a ser formado por duas espécies distintas: as regras jurídicas e os princípios jurídicos.

Nesse sentido, Canotilho nos apresenta uma excelente síntese de diferenciação entre princípios e regras:

Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador ao juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.⁵²

Hans-Bernd Schaefer, importante teórico da Análise Econômica do Direito, em sua obra *Rule Based Legal Systems as Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?*, também elabora um critério de distinção entre tipos abertos e regras. Confira-se:

As regras são comandos legais que diferenciam o comportamento lícito do comportamento ilícito de forma simples e clara. Standards, todavia, são disposições legais gerais, imprecisas e vagas, que exigem a tomada de uma decisão judicial complexa. Um limite de velocidade cuja violação leva a uma multa de \$100 é uma regra, ao passo que uma norma para motoristas de carro para “dirigir com cuidado”, cuja violação leva a danos compensação é um standard. Neste último caso, a norma jurídica deixa em aberto qual é exatamente o nível de diligência e como a compensação de danos deve ser calculada.⁵³(Tradução nossa).

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1159-1162.

⁵³ SCHÄFER, Hans-Bernd. Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?. **German Working Papers in Law and Economics**. 2001 (20), pp. 1-28.

Do original em inglês: “Rules are those legal commands which differentiate legal from illegal behavior in a simple and clear way. Standards however are general legal criteria which are unclear and fuzzy and require complicated judiciary decision making. A speed limit whose violation leads to a fine of 100 \$ is a rule, whereas a norm for car

Dessa forma, considerando autores oriundos de uma tradição jurídica romano-germânica, assim como é costumeiramente apontada a brasileira, teóricos como Parisi, Schäfer e Bobbio passaram a defender que a generalidade seria um critério suficiente para uma distinção, sendo os princípios normas dotadas de um grau de abstração e generalidade mais alto do que as regras.

Robert Alexy aponta tal tese como a “tese fraca” de separação entre regras e princípios, uma vez que se apoiaria em distinção meramente quantitativa (grau de abstração de cada espécie normativa).

A “tese forte” da separação entre regras e princípios, também denominada tese qualitativa, toma o modo de aplicação de cada espécie de norma como critério distintivo suficiente da separação. Para esta tese o critério da generalidade não é suficiente para aferir a distinção posto que incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial. Para Alexy, a questão está em assentar a distinção por meio dos modos de aplicação de cada espécie normativa, bem como na forma de proceder em caso de conflito normativo.

Regras seriam diferentes dos princípios porque são aplicáveis na maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*). Destarte, a aplicação das regras envolve uma operação intelectual simples denominada de subsunção, não dando margem a maiores especulações teóricas. Regras são relatos objetivos e aplicáveis a um conjunto determinado de situações. A subsunção é o enquadramento dos fatos na previsão abstrata da norma, que produzirá o resultado jurídico.

Desta feita, a aplicação das regras se opera na modalidade tudo ou nada, isto é, ou regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor.

Os princípios, como visto, possuem maior grau de abstração, não especificando diretamente a conduta a ser seguida, posto que constituem uma decisão política relevante a indicar a direção e não o caminho. Todavia, um ordenamento jurídico democrático se caracteriza por uma ordem pluralista a adequar em seu corpo valores e fundamentos contrapostos, resultados das influências e do poder de grupos de pressão consolidados ou em luta por sua consolidação. Dessa forma, a colisão de princípios faz parte da lógica do sistema, em razão de sua dialeticidade. O intérprete deve reconhecer aos princípios uma dimensão de

drivers to „drive carefully“ whose violation leads to damage compensation is a standard. In the latter case the legal norm leaves open what exactly the level of due care is and how the damage compensation is to be calculated”.

peso e importância e à luz do caso concreto, devendo fundamentadamente, e preservando o máximo de cada um, aferir a vontade do texto. A aplicação dos princípios dar-se-á, em geral, pela técnica da ponderação.

A ponderação será a técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis (*hard cases*), onde a subsunção mostra-se insuficiente pois a situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia e especialidade que indicam soluções diferenciadas. O método se dá através do sopesamento e balanceamento de bens, interesses e valores. Método este que ganhou importância na rotina da atividade jurisdicional hodierna⁵⁴.

Por isso, Alexy⁵⁵ afirma existir uma dimensão de peso entre princípios nos casos de colisão, exigindo para sua aplicação um mecanismo de “proporcionalidade”. Assim, em face de uma colisão de princípios, o valor decisório será dado a um princípio que tenha no caso concreto maior peso relativo, sem que isso signifique invalidação ou descarte do princípio compreendido como de peso menor. O que garantiria a racionalidade da decisão, evitando que a aplicação do direito se torne mera preferência subjetiva do julgado, decisionismo.

Assim, para Alexy os princípios apresentam a natureza de mandamentos de otimização, e na sua colisão deve-se observar a técnica da ponderação. Confira-se:

[...] princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. (...) Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente.⁵⁶

A estrutura da proporcionalidade divide-se em três sub-regras que devem ser analisadas em sequência: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. A sequência deste procedimento teórico, uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica, seria capaz de conduzir a decisões judiciais dotadas sempre de racionalidade. A racionalidade alexyana possui, no entanto, inúmeros problemas irresolvidos,

⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: MIGUEL REALE: Estudos em homenagem aos seus noventa anos. Urbano Zilles (coord.). Porto Alegre: Edipuc-RS, 2000. P. 643-645.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 90.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. Ed. México: Fontamara, 1992. P. 12.

essencialmente no que diz respeito à flexibilidade conferida pelos princípios ocasionando uma amplíssima discricionariedade judicial.

A doutrina, ainda que de forma incipiente, vem criticando a forma como houve uma crença acrítica na adoção desta teoria, e na forma errônea como foi absorvida. Observe-se trecho da lavra de Fernandes que critica a internalização da sub-regra da adequação:

No Brasil, difundiu-se o conceito de adequação como aquilo que é apto a alcançar o resultado pretendido (ou seja, se a medida ou meio adotado é apto ao fim visado). Todavia trata-se de uma compreensão (apesar de majoritária na doutrina nacional) equivocada da sub-regra (ou máxima), derivada da tradução imprecisa do termo alemão *fördern* como alcançar, ao invés de fomentar, o que seria mais correto. Nessa leitura, “adequado, então, não é somente o meio cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Há uma grade diferença entre ambos conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o ‘objeto legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado’. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objeto pretendido.”⁵⁷

O autor supracitado aponta a incorreção acima demonstrada na compreensão da subregra da adequação nas obras de Daniel Sarmento e Gilmar Ferreira Mendes⁵⁸.

A sub-regra da necessidade é entendida como uma imposição que é posta ao Poder Público para que adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. Dessa forma, um ato que limita um direito fundamental só considerar-se-á necessário se para realização de seu objetivo pretendido não haja outra medida que limite em menor intensidade o direito.

Por fim, passa-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito, apenas após a verificação de que o ato é adequado e necessário. Trata-se a proporcionalidade em sentido estrito de um raciocínio de sopesamento que se dá entre a intensidade da restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância do outro direito fundamental que lhe é colidente.

Assim acolheu majoritariamente a doutrina nacional. Vejamos síntese desse pensamento no voto do Ministro Gilmar Mendes no HC nº 82.424/RS:

⁵⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev., amp. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 232.

⁵⁸ *Ibidem*. P. 232.

[...] São três máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (...) há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto) [...].⁵⁹

A racionalidade alexyana possui, no entanto, inúmeros problemas irresolvidos, essencialmente no que diz respeito à flexibilidade conferida pelos princípios ocasionando uma amplíssima discricionariedade judicial.

Fernandes⁶⁰ critica o modo como a doutrina nacional adotou a tese de Robert Alexy, desenvolvendo a “crença” de que o método da ponderação a partir do critério da proporcionalidade seria capaz de assegurar decisões dotadas de racionalidade, de modo a evitar o decisionismo, bem como a incerteza e insegurança.

Assim, a mudança para um sistema jurídico descentralizado no Brasil (isto é, formado majoritariamente por normas abertas), vista com fascínio pela doutrina nacional começa a apontar para a possibilidade de abertura a decisões resultado de puro arbítrio, e dotadas de preferências pessoais dos juízes.

Ainda que de modo embrionário, alguns pesquisadores começam a identificar uma tendência ao uso ideológico e oportunista das normas abertas no judiciário, de maneira tal que a aplicação das mesmas vem deixando de refletir a lógica interna do sistema jurídico e passando a ser guiada por valores meramente pessoais dos operadores do direito, contribuindo, destarte, para o aumento da insegurança jurídica.

O fascínio aqui analisado acerca da normatividade dos princípios, que restou acompanhado pela maior parte da doutrina pátria, resultou em uma recepção acrítica e incompleta de teorias estrangeiras como a técnica da ponderação, a proporcionalidade e a argumentação jurídica, como observa Tomaz de Oliveira⁶¹. E que está sendo responsável pela

⁵⁹STF – HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19/03/2004. P. 659. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 23 de setembro 2015.

⁶⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev., amp. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 234

⁶¹ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**. 2007. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo, 2007. P. 29-31. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/conceitodeprincipio.pdf>>. Acesso em: 05 de maio 2015.

transformação de nosso sistema jurídico em um ordenamento formado preferencialmente por tipos abertos.

No Brasil esses problemas se afiguram em tamanhos majorados, seja em razão de sua imaturidade institucional e incipiência democrática, ou mesmo por internalização acrítica, baseada em um senso comum equivocado, realizada do pós-positivismo.

O direito brasileiro vive hoje um cenário em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. Um ambiente de geleia geral que promove a deterioração da qualidade do debate jurídico, afastando o Direito ao trazer a arbitrariedade. Vejamos a opinião de Carlos Ari Vieira Sundfeld a respeito:

Hoje, fala-se o tempo todo em princípios no direito público brasileiro. Essa moda tem três razões principais. Indeterminações aparecem aos montes na (ainda recente e sempre mudando) Constituição de 1988 e nas novas leis e, como a fábrica de princípios lança produtos sem parar, o trabalho de absorvê-los é permanente e ruidoso. Em segundo lugar, as pessoas estão cada vez mais dispostas a levar os princípios a sério como fonte de Direito - e as dificuldades que isso propõe são enormes. Por fim, a operação de um sistema com tal índice de incerteza normativa gera muita confusão (saber se a confusão é positiva ou negativa: eis uma questão!). Não é de estranhar que os princípios estejam cada vez mais na berlinda.⁶²

O neoconstitucionalismo no Brasil trouxe uma verdadeira proliferação de princípios em textos normativos e decisões judiciais. Em interessante pesquisa, Sundfeld aponta razões sociológicas para essa proliferação, notadamente no tocante aos textos normativos. Usa como exemplo a Lei Cidade Limpa, da cidade de São Paulo. Confira-se:

Na cidade de São Paulo, ao se resolver acabar com a poluição visual publicitária, a Lei Cidade Limpa, após mencionar ideias difusas como o direito à “percepção e compreensão dos elementos referenciais da paisagem”, disse com simplicidade: “fica proibida a colocação de anúncios publicitários nos imóveis” (Lei municipal n. 14.223/2006). Compare-se isso com outro texto, em que a mesma Municipalidade costuma fundamentar a exigência de que grandes empreendimentos privados custeiem obras viárias para compensar seu impacto no trânsito: “Quando a implantação de um empreendimento particular determinar a necessidade de execução de obras ou serviços relacionados à operação do sistema viário, o interessado arcará integralmente com as despesas decorrentes” (Lei municipal n. 10.506/1988). À primeira vista, essas regras têm estruturas semelhante, pois ambas impõem a alguém um comportamento, caso configurada certa hipótese. Mas a aparência é enganosa. O fato descrito na primeira é bem mais preciso que o outro. Dizer se algo é ou não um anúncio publicitário é incomparavelmente menos

⁶² SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça?. In: **Direito e Interpretação: racionalidade e instituições**. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011. P. 293

polêmico do que avaliar se o novo edifício exige ou não intervenções viárias, e estabelecer sua dimensão. Em virtude do elevado número de interrogações sem resposta, o segundo preceito tem um grau de indeterminação bem maior que o primeiro.

[...]

Os direitos que chamamos de fundamentais são em geral previstos de modo muito incompleto, por meio de cláusulas gerais com alto grau de indeterminação, em formulações como “direito à vida”, “direito à liberdade”, “proibição de censura”, “inviolabilidade da intimidade” etc. O motivo histórico dessa indeterminação talvez não seja a dificuldade prática de o Constituinte fazer redações mais precisas. Afinal, para vários assuntos espinhosos, a linguagem da Constituição é exata, enquanto o significado do direito à vida nem o legislador consegue precisar totalmente. E qual a dificuldade? A falta de consenso político para textos mais exatos com certeza tem a ver com isso.

[...]

Quem tem influência e poder consolidados consegue obter do legislador regras precisas para realizar seus interesses. Já os poderes em formação se valem da indeterminação normativa como uma luta pela afirmação.⁶³

Essa passagem é bastante elucidativa para demonstrar como o uso de preceitos dotados de maior grau de indeterminação, com os princípios e as cláusulas gerais podem ser articulados no texto normativo para dificultar ou postergar a efetividade de um preceito. Como o próprio autor se questiona: como se avalia se o novo edifício exige ou não intervenção viária? No segundo caso, dos direitos fundamentais, como significar o direito à vida? As respostas podem ser construídas, no entanto, elas não estão no próprio texto, ficaram para depois. Consistem em um adiamento pragmático de decisões difíceis.

Assim, grupos com influência e poder consolidados obtêm normas precisas para assegurar seus interesses. Todavia, outros grupos com poderes em formação, conforme citado no texto, lutam muitas vezes para conseguir ao menos algo disposto em indeterminação legislativa, para perseguir muitas vezes judicialmente a concretização dessa norma.

Dessa forma, é ingenuidade encarar as indeterminações normativas, inclusive os princípios como imperfeições do sistema. Em algumas situações, são resultado, na verdade, da interação de grupos de poder no sistema legislativo. Os mais fortes conseguirão as regras precisas para manutenção de sua situação, os mais fracos conseguirão, haja vista a falta de apoio político e consenso, imprimir medidas mais abstratas e indeterminadas cuja efetividade dependerá de futura vontade política ou judicial. Em outras, constituem delegações legislativas diretas de construção da norma em face de situações i) moralmente controversas; ii) imprevisíveis, isto é, que o legislador sabe que não será possível prever todas as hipóteses..

⁶³SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça?. In: **Direito e Interpretação: racionalidade e instituições**. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011. P. 287-294.

De fato, temos que entender o poder que os princípios conferem a quem os interpreta, visto essas cláusulas, por seu conteúdo aberto e extremamente dependente da realidade subjacente. O princípio passa a demarcar uma moldura dentro da qual há múltiplas possibilidades interpretativas.

O deslumbramento inicial com a normatividade dos princípios no que diz respeito à sua ampla e múltipla abrangência devido à textura aberta e à potencialidade de atuação que oferece ao intérprete em razão de sua abertura semântica vem agora dar lugar a percepção o conteúdo da norma estará sujeito à concepção ideológica ou filosófica do intérprete, suas circunstâncias pessoais.

Assim, a adoção das teorias pós-positivistas no Brasil, em especial a racionalidade alexyana, vista com fascínio pela majoritária e acrítica doutrina nacional começa a apontar para a possibilidade de abertura a decisões resultado de puro arbítrio, e dotadas de preferências pessoais dos juízes.

Neste sentido, Fernandes⁶⁴ elenca, então, as seguintes críticas, em síntese, ao postulado da proporcionalidade: a) desnaturação do princípio da separação dos poderes; b) limitação da supremacia constitucional pela transformação dos Tribunais Constitucionais em verdadeiras Assembleias Constituintes (poder constituinte originário permanente); c) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição; d) politização do Judiciário, por meio de decisões utilitárias de custo/benefício sociais; e) abertura para decisões dotadas de puro arbítrio; f) abertura para decisões dotadas de preferências pessoais dos juízes (com a diluição da positividade-juridicidade da Constituição); g) irracionalidade metodológica.

De fato, tem-se que entender o poder que os princípios conferem a quem os interpreta, visto constituírem cláusulas com conteúdo aberto e extremamente dependente da realidade subjacente. O princípio passa a demarcar uma moldura dentro da qual há múltiplas possibilidades interpretativas.

O direito brasileiro vive hoje um cenário em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. Um ambiente de geleiá geral que promove a deterioração da qualidade do debate jurídico, afastando o Direito ao trazer a arbitrariedade, o que também contribui diretamente para uma expansão de poder dos juízes, que como último intérprete do Direito, consegue manipular o sentido do texto jurídico, extraindo uma norma jurídica que muitas vezes extrapola os limites semânticos do mesmo, e que resulta em uma dilatação de poder do Judiciário.

⁶⁴*Ibidem.*

O risco mais grave dessas técnicas hermenêuticas é à ampla discricionariedade judicial que conferem, sendo um convite ao exercício indiscriminado de ativismo judicial, deturpando o Direito. A arbitrariedade judicial que subverte a própria democracia.

Assim, percebe-se que o postulado normativo da proporcionalidade, metodologia de aplicação dos princípios, utilizado em um ordenamento jurídico cada vez mais formado por normas abertas, como cláusulas gerais e princípios, permite um agigantamento da função jurisdicional, tornando fluidas as fronteiras entre a interpretação judicial de uma norma e a própria criação judicial do direito, fator decisivo para compreender a ascensão de poder dos juízes no cenário institucional brasileiro atual.

2.4 Da necessidade de compreensão integrada dos fatores formais e informais

No presente capítulo, discutiram-se os fatores institucionais positivados e não positivados no ordenamento a favorecer a expansão de poder do Judiciário brasileiro. Todos eles devem ser compreendidos em conjunto, pois possuem influências recíprocas. A redemocratização e o retorno das garantias institucionais do Judiciário, e funcionais de seus membros, permitiu a tomada de decisões que viessem a ir de encontro com os interesses de instâncias políticas desinteressadas na efetivação de direitos, sem medo de futuras represálias institucionais. Por outro lado, uma Constituição extremamente analítica e desconfiada do legislador, a abranger quase todos os ramos do Direito, aliada a um sistema de controle de constitucionalidade que talvez seja o mais amplo do mundo em ferramentas instrumentais e modalidades de acesso, permitiu a ampla judicialização, isto é, o Judiciário pode ser chamado a dar a última palavra sobre praticamente qualquer assunto.

Os fatores acima se aliam a uma delegação normativa realizada pelo legislador, constituinte e ordinário, a promulgar textos normativos com a presença cada vez maior de cláusulas abertas e principiológicas, delegando o poder de criação da norma específica diretamente ao Judiciário, e ao comportamento estratégico dos atores políticos, transformando o Poder Judiciário em um terceiro turno do processo legislativo ou se omitindo em situações de alto custo político da tomada de decisão.

Somados a esses fatores, adicione-se a adoção pela doutrina nacional de uma nova teoria dos princípios, que permite um agigantamento da função jurisdicional, tornando fluidas as fronteiras entre a aplicação judicial de uma norma e a própria criação da mesma, conjugados a

uma percepção latente de uma disfuncionalidade e baixa representatividade das instâncias políticas tradicionais.

Nesse sentido, muito se falou no presente capítulo na adoção de teorias estrangeiras e na questão da discricionariedade judicial. A compreensão do fenômeno da discricionariedade judicial é fundamental para possibilitar estabelecer uma fronteira entre o que é um ato de interpretação e o que é um ato de criação judicial do direito, possuindo alta relevância para este trabalho que visa aferir critérios de legitimidade para este último fenômeno.

Sendo assim, o próximo capítulo tem por objeto o “poder hermenêutico” dos juízes.

3. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A TESE DA RESPOSTA CORRETA

O presente capítulo tem por objetivo apresentar o debate acerca do denominado “poder hermenêutico dos juízes”, isto é, o poder que decorre das possibilidades que o juiz tem enquanto intérprete das normas. A discussão acerca da existência de uma discricionariedade judicial surge da questão de saber se os juízes apenas interpretam ou também criam o Direito, ou mesmo se em toda interpretação estaria escondido um ato de criação.

A discricionariedade, todavia, é um conceito tradicional do direito administrativo, no qual está embutido o juízo de conveniência e oportunidade a ser feito pelo agente público. Na acepção da atuação do agente administrativo, discricionariedade significa liberdade de escolha entre diferentes possibilidades legítimas de atuação, uma opção entre “indiferentes jurídicos”⁶⁵. A margem de escolha que é dada para que o agente atue dentro dos limites da lei.

Não é exatamente esse o sentido de discricionariedade que está aqui a se tratar. No sentido tradicional que é adotado pelo direito administrativo, inexistiria discricionariedade judicial, haja vista que o juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Essa constitui uma das distinções mais cruciais entre o positivismo e o não positivismo⁶⁶.

Como será visto, para Kelsen, principal referência do positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas moldura, conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato político, isto é, plenamente discricionário. Para o teórico austríaco “[...] A interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito”⁶⁷.

A concepção não positivista⁶⁸, por sua vez, afasta-se desse ponto de vista, afirmando que o Direito é informado por uma pretensão de correção moral, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. P. 33.

⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 248: “Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.”

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. P. 33.

dignidade humana. A existência da discricionariedade judicial não implicaria em afirmar que juízes fazem escolhas livres, pois estes estariam pautados por esses valores, com lastro constitucional.

Dessa forma, o problema hermenêutico está intimamente ligado à questão da legitimidade da decisão judicial e seus instrumentos de controle, guardando muita proximidade com o problema do ativismo judicial e da separação de poderes. Até que ponto os juízes estariam autorizados a adotar uma postura ativista, muitas vezes extrapolando as possibilidades interpretativas evidentes do texto?

Neste capítulo ofereceremos um conceito para a discricionariedade judicial, bem como será analisado como o problema hermenêutico se apresenta no âmbito do debate da filosofia do direito desde o século XVIII, com as revoluções de inspiração iluminista até os dias atuais, situando-o entre o jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo.

A partir do enfoque histórico percebe-se que o problema da limitação do poder dos juízes e das possibilidades interpretativas está intimamente ligado ao problema da legitimação do poder dos juízes. O argumento principal contra a ampliação das possibilidades interpretativas é o de que os juízes não têm legitimidade para aplicar o Direito além do que foi estritamente estabelecido pelos representantes do povo.

A Escola da Exegese compreendia que o poder dos juízes em dizer o Direito deveria ser limitado porque os juízes não teriam legitimidade para criar o Direito, mas apenas para interpretá-lo nos limites impostos pelo legislador, verdadeiro representante do povo.

Fato é que o Direito sempre se viu entre um movimento pendular de maior ou menor restrição à atividade interpretativa dos juízes. E a questão principal a fundar essa maior ou menor restrição reside na perquirição da legitimidade da criação judicial de direito. O que nos leva a uma série de questionamentos fundamentais:

1. A discricionariedade judicial decorre da própria natureza do direito, ou de outro modo, é possível aos juízes aplicar o Direito sem desenvolver uma atividade criativa?
2. Ao criarem Direito, os juízes estão livres para criarem qualquer Direito que desejarem dentro de uma margem de discricionariedade, ou há limitação para a criação?
3. É possível limitar a atividade criativa do julgador?
4. Ao interpretar a lei é possível se alcançar um único resultado, isto é, uma única solução correta?

Evidentemente, o presente capítulo não busca apresentar uma solução definitiva para essas questões. Sua pretensão é apresentar as soluções que foram dadas por teóricos do Direito

de influência na doutrina hodierna, para, de forma crítica, analisar a questão da legitimidade na criação judicial do Direito.

3.1 Conceito de discricionariedade judicial

Em relação a inúmeras questões a solução dos problemas não se encontra pré-pronta no sistema jurídico. Ela precisará ser construída argumentativamente pelo juiz, a quem caberá formular juízos de valor e optar por uma das soluções comportadas pelo ordenamento. Não é incomum referir-se a essa maior participação subjetiva do juiz como discricionariedade judicial. A utilização da expressão pressupõe, no entanto, ter o seu significado previamente convencionado.

Discricionariedade judicial é um conceito que se desenvolve em um novo ambiente de interpretação jurídica, no qual se deu a superação da crença em um juiz que realizaria apenas subsunções mecânicas dos fatos às normas, lenda cultivada pelo pensamento jurídico clássico. Como nos ensina Barroso o fato inafastável é que a interpretação jurídica, nos dias atuais, reserva para o juiz papel muito mais proativo, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações. Para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Discricionariedade judicial, portanto, traduz o reconhecimento de que o juiz não é apenas a boca da lei, um mero exegeta que realiza operações formais. Existe dimensão subjetiva na sua atuação. Não a subjetividade da vontade política própria, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.⁶⁹

Aharon Barak, ex-presidente da Suprema Corte de Israel, em obra de referência⁷⁰, defende que na interpretação da Constituição e das leis, em certas circunstâncias, o juiz deve exercer discricionariedade na determinação da relação adequada entre os propósitos objetivos e subjetivos do texto. De fato, uma teoria da interpretação não poderia ser construída sem discricionariedade interpretativa como sua base. A interpretação sem discricionariedade judicial seria um

⁶⁹ *Ibidem*. P. 33.

⁷⁰ BARAK, Aharon. The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, V. 116, 2002.

mito. Qualquer teoria da interpretação deve basear-se em um inerente elemento interno de discricionariedade interpretativa.

Desta feita, a discricionariedade judicial existiria porque há textos legais que admitem mais de uma interpretação possível. Em tais circunstâncias, conferir-se-ia ao juiz “a prerrogativa soberana de escolha”⁷¹, delimitada pelas visões fundamentais da comunidade jurídica. Por sua vez, a conceituação desta visão da “comunidade jurídica” seria, por sua natureza, imprecisa. Existindo muitos casos limítrofes sem resolução clara. Todavia para o autor, mesmo assim, a discricionariedade judicial é sempre limitada, nunca absoluta, citando, neste ponto o realista jurídico americano Benjamin Cardozo.

Para Barak, as limitações impostas à discricionariedade interpretativa são processuais e substantivas. As limitações processuais garantem a justiça do exercício do poder da discricionariedade judicial. O juiz deve tratar as partes igualmente. Deve basear sua decisão nas evidências apresentadas ao tribunal, e deve fundamentar essa decisão. Acima de tudo, o juiz deve agir de forma imparcial, sem recurso a preconceitos ou pré-juízos pessoais. As limitações substantivam significam que o exercício do poder discricionário deve ser racional, consistente e coerente. O juiz deve agir razoavelmente, levando em consideração as restrições institucionais impostas pelas outras partes do sistema jurídico⁷². E complementa (tradução livre):

Qual será o juiz que tem conhecimento de todas essas responsabilidades e limitações fazem? Para além dos acima mencionados limites procedimentais e substantivos, não há regras para exercer discricção, exceto que o juiz deve escolher a solução que lhe parece a melhor acomodação dos fins concorrentes que ele ou ela considerou. Dentro deste escopo, **o pragmatismo opera**. Meu conselho é que, nesta fase da atividade interpretativa, **o juiz deve aspirar a alcançar justiça**. Isso significa justiça para as partes perante o tribunal e com respeito ao sistema jurídico. Justiça guia todo o processo interpretativo porque, de fato, a justiça é um dos principais valores do sistema jurídico. **Dentro dos limites da discricionariedade judicial, a justiça torna-se um valor "residual" que pode decidir os casos difíceis**. Claro, é natural que juizes diferentes possuam diferentes concepções de justiça, porque a justiça é uma

⁷¹Para compreensão da visão jurídica do autor analisado, cumpre frisar que nesta expressão, em seu texto, ele cita a obra do realista jurídico Oliver Wendell Holmes – Law in Science and Science in Law. In: **Collected legal papers**.

⁷² BARAK, Aharon. The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, V. 116, 2002. P. 81-82.

Do original em inglês:

The limitations imposed on interpretive discretion are procedural and substantive. The procedural limitations guarantee the fairness of the exercise of judicial discretion. The judge must treat the parties equally. He must base his decision on the evidence presented to the court, and he must give reasons for that decision. Above all, the judge must act impartially, without appeal to personal biases or prejudices. The substantive limitations mean that the exercise of discretion must be rational, consistent, and coherent. The judge must act reasonably, taking into account the institutional constraints imposed by other parts of the legal system.

conceito complexo. Apesar de toda a sua complexidade teórica, no entanto, cada de nós tem um sentimento intuitivo sobre a solução justa de uma disputa. Este sentimento deve nos guiar em todas as etapas do processo interpretativo. **Deve direcionar nossas decisões nos casos difíceis, quando a discricionariedade judicial se torna nossa ferramenta mais essencial.**⁷³ (Nossa tradução).

Desta feita, para fins deste trabalho, a expressão “discricionariedade judicial” poderá ser conceituada como o reconhecimento de que, para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Em certos momentos interpretativos, em face da plurissignificação ou de alto grau de abstração de um texto normativo, admitir-se-á na atuação do julgador uma dimensão subjetiva. Não a subjetividade da vontade política própria, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.⁷⁴

Todavia, desde logo deve-se frisar que, diferentemente da pesquisa de Aharon Barak, este trabalho pretende estabelecer critérios mais restritivos para a utilização da discricionariedade judicial.

Por outro lado, a questão da discricionariedade judicial é tema guarda uma relação direta com a tese da existência ou não de uma única resposta correta no Direito, mesmo nos casos difíceis, isto é, em questões complexas de direito e moralidade política. Trata-se de uma construção que se situa no âmbito de sua crítica geral ao positivismo jurídico e ao uso que dois dos seus maiores expoentes — Kelsen e Hart — deram à discricionariedade judicial.

A discussão em torno da existência de uma única resposta correta é decorrente da questão acerca da existência ou não da verdade em toda e qualquer situação e os métodos para revelá-la. Se existe uma única resposta correta — e não diferentes pretensões de resposta correta

⁷³*Ibidem*. P. 82.

Do original em inglês:

What will the judge who is aware of all these responsibilities and limitations do? Beyond the aforementioned procedural and substantive boundaries, there are no rules for exercising discretion, except that the judge must choose the solution that seems to him the best accommodation of the competing purposes he or she has considered. 239 Within this scope, pragmatism operates. My advice is that, at this stage of the interpretive activity, the judge should aspire to achieve justice. This means justice for the parties before the court and with regard to the whole legal system. Justice guides the entire interpretive process, for, indeed, justice is one of the core values of the legal system. Within the bounds of judicial discretion, justice becomes a "residual" value which can decide hard cases. Of course, it is only natural that different judges have different conceptions of justice, for justice is a complex concept. Despite all its theoretical complexity, however, each of us has an intuitive feeling about the just solution of a dispute. This feeling must guide us at all stages of the interpretive process. It must direct our decisions in hard cases, when judicial discretion becomes our most essential tool.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. pp. 24-51

—, é porque existiria, então, uma verdade ao alcance do intérprete. Mas quem tem o poder de validar a verdade proclamada pelo intérprete? Portanto, a questão deixa de ser acerca da efetiva existência de uma verdade ou de uma única resposta correta, e passa a ser a de quem tem autoridade para proclamá-la⁷⁵.

Acerca da interpretação e da controversa discussão acerca da existência de uma verdade objetiva, Barroso nos desenha um interessante exemplo:

Dois exemplos, um literário e outro real, exibem as dificuldades na matéria. O primeiro: dois amigos estão sentados em um bar no Alaska, tomando uma cerveja. Começam, como previsível, conversando sobre mulheres. Depois falam de esportes diversos. E, na medida em que a cerveja acumulava, passam a falar sobre religião. Um deles é ateu. O outro é um homem religioso. Passam a discutir sobre a existência de Deus.

O ateu fala: “Não é que eu nunca tenha tentado acreditar, não. Eu tentei. Ainda recentemente. Eu havia me perdido em uma tempestade de neve em um lugar ermo, comecei a congelar, percebi que ia morrer ali. Aí, me ajoelhei no chão e disse, bem alto: Deus, se você existe, me tire dessa situação, salve a minha vida”.

Diante de tal depoimento, o religioso disse: “Bom, mas você foi salvo, você está aqui, deveria ter passado a acreditar”. E o ateu responde: “Nada disso! Deus não deu nem sinal. A sorte que eu tive é que vinha passando um casal de esquimós. Eles me resgataram, aqueceram-me e me mostraram o caminho de volta. É a eles que eu devo a minha vida”. Note-se que não há, neste exemplo, qualquer dúvida quanto aos fatos, apenas sobre como interpretá-los.

O segundo exemplo envolve questão de largo alcance político e moral, relacionado à chamada justiça de transição. Há recorrente discussão acerca do tratamento a ser dado aos crimes que foram praticados por agentes do Estado durante o regime militar no Brasil, aí incluídos homicídios, tortura e sequestros. Como se sabe, a Lei de Anistia, de 1979, tornou impossível a responsabilização de todos quantos houvessem cometido crimes políticos ou conexos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada por 7 votos a 2, considerou válida essa lei, em julgamento realizado em 28 de abril de 2010. Posteriormente, em dezembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar um caso envolvendo desaparecidos na guerrilha do Araguaia, considerou que a lei brasileira de anistia era incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, por impedir a apuração de graves violações de direitos humanos, a responsabilização dos culpados e a reparação às vítimas. No debate público, há duas posições contrapostas em relação a essa matéria, que podem ser assim enunciadas:

a. a lei de anistia foi uma decisão política legítima, tomada pelos lados contrapostos para conduzirem uma transição pacífica para a democracia;

Nos dois exemplos, tanto no fictício como no real, pessoas esclarecidas e bem intencionadas podem tomar partido por um lado ou outro. Qual a resposta correta? Onde está a verdade? O fato inegável é que, mesmo quem se oponha ao relativismo moral e reconheça a existência de um núcleo essencial do bem, do correto e do justo, há de admitir que nem sempre a verdade se apresenta objetivamente clara, capaz de iluminar a todos indistintamente. Dependendo

⁷⁵ *Ibidem*.

de onde se encontre o intérprete, do seu ponto de observação, será noite ou será dia, haverá sol ou haverá sombra.⁷⁶ (Negritamos).

Sendo assim, em muitas questões, principalmente nas que envolvem normas ou valores de alto grau de abstração, é difícil afirmar a existência de uma única resposta correta, ou ao menos, de uma única resposta objetivamente correta. Todavia, em razão da vedação ao *non liquet*, um julgador jamais poderá chegar ao final do exame de uma questão e afirmar que não há uma solução própria para ela. Ele tem de oferecer uma resposta jurídica para o conflito.

Conforme será apresentado neste capítulo, a controvérsia acerca da existência de uma discricionariedade judicial ou de uma resposta correta no Direito retrata uma das polêmicas mais primeiras na teoria do Direito, tendo sido alcançadas, ao longo da história, diferentes conclusões.

3.2 Evolução histórico-filosófica da discricionariedade no Direito

A história da hermenêutica jurídica está ligada ao próprio esforço de configuração e repartição do poder do Estado como hoje enxergamos. A divisão das funções de Estado em três poderes independentes e harmônicos entre si retrata momentos históricos de maior limitação ao poder dos juízes e outros de movimento a possibilitar a livre aplicação do Direito, permitindo decisões judiciais de acordo com o “ideal de justiça”, mesmo que não haja uma definição acerca desse conceito pelos legisladores.

Para compreender o momento atual é necessário a compreensão do que veio antes dele. Nesse sentido, analisaremos a discricionariedade nos momentos histórico-filosóficos do positivismo e do “pós-positivismo” jurídicos.

3.2.1 A discricionariedade no positivismo exegético

Como forma de melhor compreender a posição atual do fenômeno da discricionariedade judicial, e sua relação com a criação judicial de direito, faz-se necessária a análise da evolução da relação da teoria jurídica com este fenômeno.

O ponto de partida escolhido para análise é o positivismo jurídico, em razão de sua posição inauguradora de uma teoria jurídica moderna. Apesar disso, o juspositivismo mostra-se como fenômeno multiforme, não se podendo falar em uma única modalidade de positivismo

⁷⁶ *Ibidem*.

jurídico. Sendo assim, como será demonstrado, a própria relação do positivismo jurídico com a discricionariedade é resignificada à luz de cada segmento desta corrente teórica.

Conforme leciona Nagibe de Melo Jorge Neto⁷⁷, as revoluções do século XVIII impuseram à política e ao poder estatal o reconhecimento dos direitos fundamentais da liberdade e da igualdade de todos perante a lei, inclusive no voto, na possibilidade de escolha dos representantes do povo e no poder, ainda que indireto, de fazer aprovar as leis que governariam a todos de modo igual. A lei positivada passou a ser entendida como garantia maior de direitos que o Direito natural.

Assim, se antes da consolidação do Estado moderno, o juiz tinha certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar, depois da Revolução Francesa, os juízes passaram a ser vistos como instâncias conservadoras do sistema político que tendiam, em suas decisões, a manter o *status quo*, o regramento do Antigo Regime, em detrimento das modificações operadas pelos legisladores, legítimos representantes do povo. Sendo assim, o movimento da codificação surge outrossim com o escopo de limitar o poder dos juízes. Confira-se:

Como ensina Bobbio, antes da consolidação do Estado moderno, o juiz “tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar. [...] O primeiro movimento de reação contra a livre interpretação do Direito pelos juízes foi a codificação das leis. A interpretação da lei pelos juízes, se não bem delimitada, poderia importar em manobra para impedir ou burlar o poder do povo, expresso na vontade das assembleias e parlamentos. Como explica Caenegem, ‘(h)istoricamente, a codificação foi uma arma contra o judiciário, ou a casta da *noblesse de robe*, que possuía os seus cargos e invocava nebulosos princípios gerais que não estavam escritos em lugar nenhum’.”⁷⁸

O Positivismo Exegético, que dominou o século XIX, teve como origem a referência às Ciências Naturais, buscando conferir ao Direito a mesma empiricidade e objetividade daquelas ciências. Sendo assim, tudo aquilo que não fosse redutível ao crivo da experimentação era tratado como metafísico/irracional. Assim, o Positivismo rejeitava o Direito Natural, baseado na ideia de uma ordem jurídica preexistente e superior.

Em seu recorte inicial, o positivismo jurídico (do latim *ius positivum*) já traz a noção de ter por objeto somente aquilo que está positivado. A Escola da Exegese, nascida do positivismo inicial/exegético, demonstra o apego tão somente à Lei e aos Códigos. A positivação possibilitaria um conhecimento objetivo, um direito certo. Assim, a Escola da Exegese baseia-

⁷⁷JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial**: Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 52.

⁷⁸*Ibidem*.

se na premissa de que o Direito é feito pelo parlamento, representante da vontade do povo, resumindo-se à lei. O poder dos juízes em dizer o Direito deveria ser limitado porque os juízes não têm legitimidade para criar o Direito, mas tão somente possuem competência para interpretá-lo nos estritos termos em que estabelecido pelos representantes do povo. Dessa forma, na esteira do código civil napoleônico, dispunha-se que os juízes devem se ater à interpretação literal das leis, sendo os magistrados nada mais que a “*bouche de la loi*”.

Conforme nos ensina Edilson Nobre Junior, essa tendência recaiu no Título III, Capítulo V, da Constituição da França de 3 de setembro de 1791, cujo art. 3º dispunha: “Os tribunais não podem, nem se imiscuir no exercício do Poder legislativo, ou suspender a execução das leis, nem empreender funções administrativas, ou convocar diante deles os administradores por razão das funções destes”⁷⁹. Nesse sentido, o Decreto que dispôs sobre a organização dos tribunais judiciais, de 16 a 24 de agosto de 1790, pelo qual toda vez que os juízes reputassem necessário interpretar uma lei por duvidar de seu sentido deveriam dirigir-se ao Poder Legislativo, juntamente com o Tribunal de Cassação, inicialmente órgão auxiliar do Parlamento, o qual foi instituído com a missão de corrigir os equívocos cometidos pelos tribunais na interpretação do texto da lei.

O papel do juiz, dada a aversão à sua figura pelos revolucionários, decorrente de sua forte vinculação à nobreza, restou reduzido à mera emissão da “voz da lei”. Uma das premissas do positivismo exegético era a de que os Códigos seriam os instrumentos jurídicos capazes de abarcar e normatizar toda a realidade e situações sociais, cabendo aos juízes tão somente o papel de declarar o direito, que estaria pronto sempre *ex ante*.

O Direito sempre teria as respostas antes do surgimento das questões, e a interpretação se limitaria à função de “reconhecer o Direito” aplicável ao caso. Para a Escola da Exegese a atividade jurisdicional é um ato mecânico que se realiza através de juízos silogísticos, a mera subsunção do fato à regra posta.

Dessa forma, à luz da Escola da Exegese, a discricionariedade judicial seria vista como um desvio, uma usurpação pelo juiz do papel cabível ao legislador. O padrão idealizado seria um juízo neutro, a subjetividade do intérprete estaria vedada por uma observância literal dos textos legais.

⁷⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de informação legislativa**. V. 43, n. 170, p. 111-141. Abril/jun. 2006.

Apesar do supramencionado, conforme Lênio Streck⁸⁰, é incorreto afirmar-se que no positivismo exegético não havia discricionariedade. A diferença é que a discricionariedade estaria completamente no legislador.

As premissas do positivismo exegético se mostraram de duvidosa validade e exigência de uma postura judicial meramente mecanicista revelou-se um mito, não sendo capaz de possibilitar uma resposta jurídica adequada à época de sua criação.

Conforme nos leciona Nagibe de Melo⁸¹, a Escola da Exegese dominou todo o século XIX, sofrendo críticas de movimentos importantes como a Livre Pesquisa Científica de François Gény; a Escola Histórica do Direito, de Savigny; a Jurisprudência dos Interesses, de Phillipp Heck, o Movimento para o Direito Livre, com Eugen Ehrlich. Em comum, todas as críticas apontavam para a insuficiência da Lei e dos códigos para abarcar todo o fenômeno jurídico e a realidade social.

O Direito é criado para regular uma gama surpreendente de manifestações humanas, que a cada dia ressurgem, se modificam ou se renovam, o que dificilmente poderia ser abarcado em códigos e leis criados pela razão humana. As críticas restaram por abalar o ideal racionalista do positivismo exegético. O positivismo, todavia, renasce de modo muito mais engenhoso e elaborado com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

⁸⁰ “Tenho afirmado que já em Hobbes podemos ver a discricionariedade como um traço positivista, pois o direito torna-se produto do soberano, sem que este estivesse ligado a qualquer ontologia e/ou valores. É Direito simplesmente porque enuncia a vontade do Leviatã. Se olharmos ainda mais atrás, veremos que os sofistas ao fazerem a desindexação entre palavras e coisas, possibilitaram uma episteme discricionária. Nesse contexto Protágoras dizia que o homem é a medida de todas as coisas.

Na Modernidade, período em que o Juspositivismo surgiu e se consolidou o sujeito dantes preso num mundo previamente dado e estruturado no Medievo, de uma ontologia essencialista, passa a dispor dos sentidos, a assumir uma centralidade em si mesmo no processo de conhecimento. Este sujeito (solipsista), na figura de Legislador, passa a, discricionariamente, positivar o Direito. A partir daí cumpre apenas uma obediência e aplicação quase que irrestritas uma vez que *dura Lex sed Lex*. Logo, entendemos que desde sua origem o Positivismo Jurídico tem como elemento característico a discricionariedade, ainda que em seus primórdios esta fosse vista como um problema na seara judicial”

STRECK, Lênio. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. In: **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Lênio Luiz Streck (org.). Salvador: Juspodivm, 2017. P. 45-46.

⁸¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial: Fundamentação, Legitimidade e Justiça**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 56.

3.2.2 A discricionariedade judicial no positivismo kelseniano

Em sua obra, o austríaco Hans Kelsen buscou uma teoria jurídica que pudesse salvaguardar a ciência do Direito de influências externas, como a política e a ideologia. O autor não nega o problema da justiça e da moral, o que faz simplesmente é deslocar esses problemas para fora da ciência do Direito. Em sua *Teoria Pura do Direito*, escrita em 1934, dispõe que, quanto à interpretação de um texto legal, seria possível apenas elencar as significações possíveis, mas não seria possível dizer qual significação seria a correta.

Diferentemente do positivismo exegético, o positivismo kelseniano reconhece e explora a questão da criação judicial de direito e da discricionariedade judicial, trabalhando os conceitos à luz da indeterminação/determinação direito em um contexto de hierarquia normativa. Confira-se:

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.

Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado. A indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada. A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar.

[...]

Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador - a determinar por qualquer forma que seja - ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. **O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro**

ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.⁸²
(Negritamos).

A aplicação do direito pressupõe uma necessidade de fixar o sentido das normas, de interpretação das mesmas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado.

Esse grau de indeterminação inicial do direito poderá ser maior ou menor, da forma em que a norma jurídica estiver positivada, como princípio, cláusula geral ou regra específica. Um grau de indeterminação maior, como o presente nos princípios e cláusulas gerais, possibilita uma “moldura mais larga”, dentro da qual existirão mais possibilidades de aplicação do Direito do que uma regra específica, na qual o grau de indeterminação é menor.

Conforme reconhece o próprio Kelsen, a indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar. Assim, ao criar normas altamente principiológicas o legislador está, conscientemente, delegando o poder de criação do direito aos aplicadores, sejam eles os administradores ou os órgãos jurisdicionais. Dentro dessa indeterminação, pela qual o Direito não oferece ao intérprete, de pronto, uma resposta acabada, é que Kelsen explica a sua tese de que o Direito a aplica se transforma em uma moldura normativa, dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação. Confira-se:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. **Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções** que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. **Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.**

A jurisprudência tradicional crê, no entanto, ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura para o ato jurídico a pôr, mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função - e tem tendência para ver

⁸²KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 247.

precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. **A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei.** Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” - desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma **objetivamente** válida. **Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.**⁸³

Assim, para a teoria pura do direito, a ideia de que a determinação do ato jurídico a ser aplicado poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, seria uma autoilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.

Para Kelsen, toda decisão que se mantenha “dentro da moldura” estabelecida será conforme ao Direito. Dessa forma, não seria possível **se falar em uma única resposta correta, mas possivelmente a várias soluções**. Não existiria um método interpretativo capaz de alcançar a “verdade”, de forma objetiva, e essa tentativa seria ilusória.

Dessa forma, a discricionariedade judicial se torna um fenômeno indissociável à interpretação. A crítica ao pensamento kelseniano é que ele se limitaria a descrever o fenômeno, demonstrando as múltiplas possibilidades dentro da moldura da indeterminação normativa e admitindo que não há resposta objetivamente correta, mas não prescrevendo qual seria a maneira de controlar a discricionariedade da decisão judicial, de forma a legitimá-la, e não fazê-la simplesmente ser a vontade de poder de quem a profere. Parece o autor compreender como ingênua tal pretensão⁸⁴.

⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 247-248.

⁸⁴ Neste sentido, confira-se trecho da obra:

Sendo assim, se por um lado o formalismo kelseniano aumenta o poder dos juízes, conferindo-lhes amplo espaço de atuação; por outro vira as costas da ciência do Direito ao problema da justiça.

A “moldura kelseniana” revela de forma nua e escancarada a realidade muitas vezes observada nos tribunais, devendo ser compreendida como uma compreensão descritiva e não prescritiva da decisão judicial. Em que pese o brilhantismo do criador, em nossa concepção, não satisfaz o papel da teoria jurídica, que deve ser não de apenas descrever o fenômeno jurídico, mas também de buscar otimizá-lo.

A compreensão da atuação discricionária do juiz, discricionariedade judicial, como um ato de poder, mesmo que se delimite a proferir as soluções possíveis dentro de uma mesma moldura interpretativa, possibilita a arbitrariedade judicial. É possível, que em uma situação A, extraia-se da norma uma solução favorável para X, todavia, quando Y pleiteie a mesma tutela

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, **a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.** Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.

Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. **A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito.** Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. E fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo - especialmente pelos tribunais de última instância.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes. 1998. P. 248-249.

diante da situação A, extraia-se da norma uma solução que lhe é desfavorável, ambas dentro da mesma moldura normativa, por que a discricionariedade judicial seria ato de poder.

Podemos exemplificar com decisões do próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em março de 2016, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, nomeou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva como seu ministro da Casa Civil. O ex-presidente era investigado pela Operação Lava Jato, em Curitiba, suspeito de ter recebido vantagens indevidas de empreiteiras envolvidas em esquema de corrupção na estatal brasileira de petróleo, a Petrobras.

O Partido Popular Socialista (PPS) e o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) impetraram mandado de segurança coletivo (respectivamente, nº 34.070 nº 34.071) em face do ato de nomeação, buscando a declaração de sua nulidade, sob o fundamento de que nomeação era ato administrativo viciado em razão de desvio de finalidade, visto que o único objetivo da nomeação seria conferir ao ex-presidente o cargo de Ministro de Estado para que gozasse do foro de prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, “c”, da CF/88)⁸⁵, deixando de estar sujeito à jurisdição da justiça federal de primeira instância.

Em decisão liminar, do ministro Gilmar Mendes, o STF suspendeu a eficácia da nomeação do ex-presidente, determinando a manutenção da competência da justiça em primeira instância, argumentando que: i) o mandado de segurança era cabível; ii) a nomeação era forma de garantir prerrogativa de função para não se sujeitar à competência da primeira instância⁸⁶.

Por outro lado, em 3 de fevereiro de 2017, menos de um ano depois da decisão, o novo presidente, Michel Temer, nomeou Wellington Moreira Franco como novo ministro de Estado da Secretaria Geral da Presidência. Àquela data, Moreira Franco já havia sido citado trinta e quatro vezes por um dos delatores da Odebrecht, por suposto envolvimento em contribuições ilegais para campanhas eleitorais.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e a Rede Sustentabilidade (Rede) impetraram mandado de segurança coletivo (respectivamente, nº 34.615 e nº 34.069) em face do ato de

⁸⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999).

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 3 out. 2017.

⁸⁶ (STF - MC MS: 34070 DF - DISTRITO FEDERAL 0051789-90.2016.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/03/2016, Data de Publicação: DJe-054 28/03/2016)

nomeação, buscando a declaração de sua nulidade, argumentando que a nomeação era ato administrativo viciado em razão de desvio de finalidade, visto que o único objetivo seria conferir o cargo de Ministro de Estado para que gozasse do foro de prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, “c”, da CF/88), deixando de estar sujeito à jurisdição da justiça federal de primeira instância. Pugnaram, assim, pela aplicação do mesmo entendimento da decisão anterior.

Em decisão liminar do ministro Celso de Mello, o STF indeferiu o pedido liminar, considerando que a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade, e que este não poderia ser presumido, eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF, art. 102, I, “c”) – não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal⁸⁷.

Assim, duas decisões oriundas do mesmo tribunal, cuja bases fáticas e jurídicas guardam alto grau de semelhança, apresentaram fundamentos e resultados completamente diversos. Em uma visão do direito apenas descritiva, em que se considera adequada a tomada de qualquer das decisões dentro de uma “moldura normativa” seria justificável a adoção de entendimentos tão diversos para casos semelhantes e que guardaram entre si curto lapso de tempo.

Dessa forma, percebe-se que, dentro de possibilidades interpretativas dentro da moldura de indeterminação de um mesmo ato normativo, em relação a uma situação similar, o STF conferiu soluções diversas. Se se compreende que a discricionariedade judicial da interpretação de uma norma aberta é mero ato de poder do juiz, então, deve-se compreender que as soluções

⁸⁷Indefiro o pedido de medida liminar, fazendo-o com apoio nas mesmas razões por mim expostas na denegação de pleito cautelar formulado nos autos do MS 34.609-MC/DF, de que também sou Relator. Assinalo, por necessário, que o Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a propósito da técnica da motivação per relationem ou por remissão, reconheceu-a compatível com o que dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição da República (AI 734.689-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ARE 657.355-AgR/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, HC 54.513/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RE 585.932-AgR/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.): Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação per relationem, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público, ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator)– constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes. (AI 825.520-AgR-ED/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) Publique-se. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (STF - MC MS: 34615 DF - DISTRITO FEDERAL 0000971-03.2017.1.00.0000, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 14/02/2017, Data de Publicação: DJe-031 16/02/2017)

dísparas conferidas pelo tribunal à mesma situação não merecem quaisquer críticas. O que não constitui a visão adotada por este trabalho.

Na forma de organização do Poder Judiciário adotada pela Constituição de 1988, a nosso ver acertada, os juízes gozam de vitaliciedade e não se submetem a qualquer tipo de aprovação popular para ingresso/manutenção em seus cargos, o que permite a independência judicial. Todavia, a forma como esse sistema foi elaborado não se coaduna com uma compreensão de discricionariedade judicial como ato de poder, visto que, nesse caso, estaria se conferindo a um agente estatal que não passa pelo crivo popular para ingressar ou se manter no cargo o poder de fazer tomar as fundamentais da sociedade, o que violaria a própria noção de democracia.

Além da crítica acima disposta, alguns autores ainda apontam que a visão positivista do direito, ao dissociar o Direito de uma concepção moral, teria facilitado a ascensão de regimes autoritários e horrores como o nazismo:

[...] As principais consequências forma o questionamento cada vez maior da legitimidade das decisões dos juízes e a constatação, com os horrores da II Guerra Mundial, de que o Direito é insuficiente se não é capaz de discutir a questão da justiça. A surpresa diante do raciocínio jurídico formalista é muito bem ilustrada por Hanna Arendt, quando descreve a atitude do oficial nazista ao cumprir o Direito escrito⁸⁸.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso:

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito⁸⁹.

Não concordamos com as opiniões dos autores supracitados, visto que não se pode inferir com segurança que o positivismo possibilitou o horror do nazismo. Kelsen, ao deslocar a questão da justiça para fora do Direito, apenas compreendia que em um sistema democrático o conceito de justiça, que não é uno e já teve diversas vestimentas durante a história, deveria ser decidido democraticamente pelo povo, desde que se observasse uma democracia real, que respeitasse direitos fundamentais⁹⁰.

⁸⁸ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial**: Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 58.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 1 de mai. 2015. P. 4.

⁹⁰ KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Todavia, discordar das críticas acima não nos faz concordar com o modelo kelseniano, principalmente diante de como o sistema judiciário no Brasil é organizado. Em um sistema democrático é necessário que haja legitimidade no uso da discricionariedade pelos juízes.

3.2.3 A decisão judicial no realismo jurídico de Benjamin Cardozo

O realismo jurídico norte-americano é teoria da decisão que se origina da corrente filosófica do pragmatismo jurídico. Conforme Lorena Freitas ⁹¹, o pragmatismo é fundamentalmente uma teoria do conhecimento que visa a dar uma resposta à pergunta “como se dá o conhecimento?”. Cardozo inspirou-se em uma pergunta semelhante, questionando como se dá o conhecimento jurídico nos tribunais, tomando conhecimento não do sentido de ciência estritamente, mas como aquisição do saber/conhecimento/experiência acerca do que é direito.

Neste sentido, cabe transcrição da lição da autora:

Por pragmatismo jurídico delimita-se a expressão da perspectiva compartilhada por Oliver Holmes, Roscoe Pound e Benjamin Cardozo, principalmente, de que a lei não seria um processo de deduções de decisões corretas dos princípios jurídicos estabelecidos, mas, antes, um contínuo processo ou adaptação experimental de tomada de decisão em determinados casos, numa tentativa de chegar a soluções que sejam corretas apenas no sentido de que realmente funcionaram no contexto social que agiram. Evidencia-se aí uma crítica implícita ao programa da Exegese e ao formalismo jurídico então predominante, que viam, fundamentalmente, o processo de formação da decisão como mera operação silogística na qual uma relação puramente reflexiva entre norma abstrata e caso concreto é quem produziria, dedutivamente, a decisão⁹².

Há autores do realismo jurídico que defendem que a vertente do realismo jurídico se confundiria com o decisionismo.

Para Lorena Freitas, essa corrente consiste em apenas uma faceta menor do movimento realista. Confira-se:

Enquanto o legalismo exegeta enfatiza o legislador e desprivilegia o julgador que seria apenas a boca da lei, é correto perceber que o realismo acentua o papel judicante. Todavia, é exagero assemelhar o realismo ao decisionismo, pois este último sim é quem concebe o direito como fruto exclusivo da arbitrariedade do julgador, ao passo que para o realismo o direito é fruto não da arbitrariedade, mas da **discricionariedade** do julgador.

⁹¹ FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo**: acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015. P. 18.

⁹² FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo**: acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015. P. 18.

Assim, o realismo concebe que direito é o que juiz diz que é direito, mas não faz de forma irracional e sim a partir da moldura normativa, - **esta é uma das teses específicas aqui defendida** – que no caso do realismo é enfatizado com o apego ao precedente (vale ressaltar que o realismo jurídico se referencia no sistema do *common law*).

É comum se confundir as teorias realistas com o decisionismo na medida em que a versão americana do movimento enfatizou o elemento psicológico, ou seja, a influência dos elementos subconscientes na construção da decisão.

O decisionismo vai se diferenciar do realismo, pois para este último não é qualquer decisão que vale, esta concepção caracteriza o primeiro e daí deriva sua irracionalidade.

[...]

Eis que, pois, a confusão entre realismo e decisionismo se desfaz quando vemos que o elemento psicologista no realismo é a forma de chamar a atenção para a natureza do processo judicial como sendo “uma infusão” na qual se agrega ao precedente (elemento normativo) outros elementos inarticulados, até inconscientes, valores que Benjamin Nathan Cardozo identifica como sendo a natureza do processo judicial, daí a razão do título de sua principal obra.

Talvez a melhor forma de considerar a relação entre decisionismo e realismo seja tomar aquele como uma “sub-escola” do realismo.⁹³

O realismo jurídico, assim como os demais movimentos jurídicos, possui diversas facetas que em muitas situações guardam entre si severas controvérsias. Para análise deste trabalho, a escolha recaiu sobre o realismo jurídico de Benjamin Cardozo, considerado mais moderado em relação a alguns excessos dos demais realistas.

Cardozo não aprova os excessos do realismo, mas aceita a ideia fundamental que está em conceber que o juiz contempla na tomada da decisão um vasto e pouco preciso rol de princípios, costumes e padrões morais⁹⁴.

Dessa forma, Cardozo foi um realista no sentido de que adaptava as circunstâncias normativas às instâncias da vida real, percebendo o Direito como servo das necessidades humanas e não dos desejos dos poderosos, defendendo um modelo interpretativo mais “flexível”. Mesmo assim, o Direito criado pelos juízes não seria livre. Neste sentido, transcreve-se síntese do pensamento de Cardozo:

A Constituição prevalece sobre uma lei escrita, mas uma lei escrita, se coerente com a Constituição prevalece sobre a lei dos juízes. Nesse sentido, o Direito criado pelos juízes é secundário e subordinado ao Direito criado pelos legisladores.

[...]

A causa última do Direito é o bem estar da sociedade. A norma que não atinge seu objetivo não pode justificar permanentemente sua existência.

[...]

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2007. P. 100.

Não quero dizer, é claro que os juízes tenham a incumbência de abandonar a seu bel prazer as normas existentes, em favor de outro conjunto de regras que possam considerar convenientes ou sábias. Digo que, quando são instados a dizer até que ponto é necessário ampliar ou restringir as normas, devem deixar que o bem estar da sociedade determine o caminho, a direção e a distância disto.⁹⁵

Cardozo dessacraliza o magistrado, ser que como qualquer outro, ao decidir imprime no ato decisórios suas idiossincrasias. Neste sentido, cabe transcrição o cerne do pensamento de Cardozo como embrião teórico da criação judicial de direito:

Resta por fim uma porcentagem – não muito grande, mas também nem tão pequena a ponto de ser desprezível – em que a decisão num ou noutro sentido será levada em conta no futuro e poderá avançar ou retardar, ora muito, ora pouco, o desenvolvimento do Direito. São esses casos em que o elemento criativo do processo judicial encontra sua oportunidade e potencialidade. Foi basicamente deles que me ocupei em tudo o que disse aqui.

Em certo sentido, é verdade que muitos desses casos podem ser decididos de uma maneira ou de outra. Com isso quero dizer que é possível encontrar razões plausíveis e totalmente convincentes para justificar uma ou outra decisão. Aqui entra em jogo aquele equilíbrio de julgamento, aquela verificação e seleção de considerações de analogia, lógica, utilidade e equidade que estive tentando descrever.

É aqui que o juiz assume a função de legislador.

Em meus primeiros anos como juiz, era tamanha minha perturbação de espírito que eu não conseguia perceber que não havia rastros ou vestígios no oceano em que me lançara. Eu buscava a certeza. Fiquei deprimido e decepcionado quando descobri que essa busca era fútil.

[...] **Passei a ver que o processo, em seus níveis mais elevados, não é descoberta, mas criação.**⁹⁶ (Negritamos).

Mas o assunto não se esgota com o reconhecimento de seu poder. Bem abaixo da consciência residem outras forças, os gostos e as aversões, as predileções e os preconceitos, o complexo de instintos, emoções, hábitos e convicções que compõem o homem, seja ele litigante ou juiz.

[...]

Gostamos de imaginar que os processos da justiça são friamente objetivos e impessoais. O Direito, concebido como uma entidade real que vive distante e solitária, articula, por meio das vozes de sacerdotes e ministros, as palavras que eles não têm escolha a não ser proferir. Esse é o ideal de verdade da filosofia objetiva para o qual tende todo o sistema da filosofia do Direito.

É um ideal que os grandes publicistas e juízes afirmam ser possível atingir. “Os juízes de uma nação”, diz Montesquieu, “são apenas bocas que pronunciam as palavras do Direito, seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor”.

Assim também Marshall “O poder judicial nunca é exercido com o propósito de fazer cumprir a vontade do juiz; é sempre com o propósito de fazer cumprir a vontade da lei” - soa sublime; é dito com clareza e elegância, mas nunca será mais do que parcialmente verdadeiro.

⁹⁵ CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 5-47.

⁹⁶ *Ibidem*. P. 123.

[...]

No extremo oposto estão as palavras do jurista francês Saleilles, em seu tratado *De la Personnalité Juridique*: “Primeiro, se almeja o resultado; depois, se encontra o princípio; é essa a gênese de toda interpretação jurídica.

[...] Mais próximas da verdade, e a meio caminho entre esses dois extremos, estão as palavras de Roosevelt: “Os principais legisladores de nosso país talvez sejam, e muitas vezes são, os juízes, pois é neles que assenta a autoridade final. (...) eles direcionam todo o processo de criação das leis.”⁹⁷

Cardozo, em que pese seja classificado por muitos como realista jurídico, adota uma posição moderada, que nos parece descrever com fidelidade o papel do juiz diante dos “casos difíceis”.

Se de um lado compreende que o Direito criado pelos juízes é secundário e subordinado ao Direito criado pelos legisladores e que o juiz encontra-se adstrito à norma positivada⁹⁸, não lhe competindo fazer ou desfazer as normas postas a seu bel prazer ou conveniência⁹⁹ e que o juiz não pode se substituir ao legislador, declarando a inconstitucionalidade de uma lei por considerá-la inadequada, excessiva ou baseado em suas convicções morais¹⁰⁰, por outro lado compreende que o papel do juiz não é meramente mecanicista como desejavam os positivistas exegéticos. Em alguns tipos de casos, que poderiam ser corretamente decididos de uma maneira ou de outra, e são nesses que o elemento criativo do processo judicial encontra sua oportunidade e potencialidade, a decisão judicial não seria descoberta, mas criação.

E demonstrando a proximidade do pensamento de Benjamin Cardozo com os ditos atuais “pós-positivistas”, o autor compreende que na utilização desse elemento criativo, isto é, na função de criador do Direito, o juiz deve fazê-lo em conformidade com a razão e a justiça, mas deve procurar não em função do que compreende por si próprio de razão e justiça, mas de

⁹⁷ *Ibidem*. P. 123-127.

⁹⁸ *Ibidem*. P. 5.

⁹⁹ *Ibidem*. P. 47.

¹⁰⁰ Os tribunais, então, são livres para demarcar os limites das imunidades individuais a fim de formular seus julgamentos de acordo com a razão e a justiça. Isso não significa que, ao julgar a validade das leis escritas, sejam livres para impor suas próprias ideias de razão e justiça em lugar daquelas dos homens e mulheres aos quais servem. [...]

Nessas questões, o que conta não é aquilo que acredito ser certo. É aquilo que posso razoavelmente acreditar que algum outro homem, de intelecto e consciência normais, poderia razoavelmente considerar como certo. Embora os tribunais devam exercer seu próprio julgamento, de forma alguma é verdade que é nula qualquer lei que aparecer aos olhos dos juízes, excessiva, inadequada a seu propósito aparente ou baseada em concepções de moralidade das quais eles discordam”

acordo com o que compreende que a moralidade costumeira dos homens e mulheres sensatos compreendem como justiça¹⁰¹. Sua lição merece transcrição:

Meu dever de juiz talvez seja materializar no Direito não as minhas aspirações, convicções e filosofias pessoais, mas as aspirações, convicções e filosofias dos homens e das mulheres do meu tempo.¹⁰²

Cardozo exarou esses entendimentos em palestras proferidas ainda na década de 1920. Para o autor desta dissertação, estas lições, mais do que nunca, continuam atuais. Servindo como ponto de partida para uma compreensão mais propositiva à teoria jurídica no tocante à criação do Direito e da necessidade de controle da discricionariedade judicial.

Dessa forma, Cardozo compreende que o juiz se encontra adstrito à norma positivada, não lhe sendo facultado fazer ou desfazer as normas postas de acordo com seu bel prazer ou conveniência. Ademais, o juiz não pode pretender substituir o legislador, declarando a inconstitucionalidade de uma lei por considerá-la inadequada, excessiva ou baseado em suas convicções morais, todavia, para o autor, é indiscutível que o papel do juiz não é meramente mecanicista como desejavam os positivistas exegéticos. Em alguns tipos de casos, que poderiam ser corretamente decididos de uma maneira ou de outra, a decisão judicial não seria descoberta, mas criação. É o que a doutrina contemporânea passou a denominar de “casos difíceis”, nos quais há uma participação do juiz na construção do significado normativo.

3.2.4 A discricionariedade judicial no “pós positivismo”: a argumentação jurídica de Robert Alexy e o direito como integridade de Ronald Dworkin

No Direito, a reação à frustração e desesperança causadas pelo positivismo não foi o retorno ao Direito natural, ao invés disso, deu-se uma espécie de síntese entre o jusnaturalismo e o positivismo. Essa síntese dá-se com a positivação dos valores e dos ideais de justiça nos textos jurídicos.

A delimitação do pós-positivismo, como uma vertente jurídica, revela-se ainda incerta. Parece que o desconforto face às incertezas do naturalismo e a excessiva limitação do

¹⁰¹ “Essa verdade, quando percebido com clareza, tende a unificar a função do juiz. Seu dever de declarar o direito em conformidade com a razão e a justiça é visto como uma etapa de seu dever de declará-lo em conformidade com o costume. É a moralidade costumeira de homens e mulheres sensatos que ele deve fazer vigorar com o seu decreto.”

Ibidem. P. 74.

¹⁰² *Ibidem.* P. 128.

positivismo empurraram muitos filósofos do Direito para um espaço teórico impreciso e difuso, que ainda aguarda definição. Por isso, há quem prefira utilizar a terminologia “não-positivismo”.

Para Nagibe de Melo¹⁰³, o ponto em comum das variações do pós-positivismo estaria no reconhecimento de que o Direito é amplamente indeterminado, sobretudo pelo caráter aberto e indeterminado dos princípios, direitos fundamentais, valores, bem como do papel central do reconhecimento do intérprete como criador do Direito. Dessa forma, para o autor, enquanto o jusnaturalismo tem como principal fonte do Direito a natureza, seja a natureza entendida na sua vertente histórica, teleológica ou puramente racional; e o positivismo tem a sua principal fonte de Direito na lei aprovada pelos parlamentos; o pós-positivismo tem a sua principal fonte de Direito nos princípios, espécie de norma de conteúdo axiológico e moral. Os princípios seriam a porta de entrada para discussões éticas e morais no Direito.

Para Barroso¹⁰⁴, o pós-positivismo constitui um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, “buscando ir além da legalidade estrita, mas não desprezando o direito posto”. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. **A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.** Na sua visão, a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras seria uma característica marcante desse novo paradigma.

Na visão de Paulo Bonavides, o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo são vistos como fases por que passa o reconhecimento de juridicidade dos princípios. No jusnaturalismo, os princípios ocupariam uma esfera abstrata de normatividade duvidosa; no positivismo, os princípios já se encontram no Direito escrito, mas apenas nas funções de

¹⁰³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial**: Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 59-61.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: http://www.luísrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf . Acesso em: 4 de maio 2015 P. 6. “[...] A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, **mas sem recorrer a categorias** metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia”.

integração do sistema jurídico. Já no pós-positivismo, a promulgação de Constituições atuais denotaria a hegemonia axiológica dos princípios, que estariam convertidos “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”¹⁰⁵.

Em uma tentativa de sistematização: o “pós-positivismo” vai além de admitir passivamente a indeterminação do Direito, ele busca estabelecer critérios de racionalidade na interpretação do Direito, seja em uma vertente hermenêutica seja em uma vertente argumentativa, com possibilidade de “correção” pelo intérprete.

O presente trabalho busca responder a questões de acordo com o referencial teórico que parece o mais adequado à prática judicial brasileira e às questões enfrentadas. Nesse sentido, o estudo do que é o pós-positivismo e de algumas de suas vertentes demonstra-se justificado em razão da ampla influência que este vem possuindo no Direito Brasileiro, principalmente a partir da década de 1990, compreendidas como não positivistas as correntes que admitem a positivação de valores e princípios, que constituem verdadeiras portas de entrada para conteúdos morais no debate jurídico.

Não se deve desconsiderar as críticas que afirmam que a concepção pós-positivista do Direito seria somente uma construção retórica cujo escopo é legitimar a adequação do sentido de Direito a uma concepção moral subjetiva do julgador. Talvez sim, afinal, todas as soluções hermenêuticas para a discricionariedade judicial aqui apresentadas podem na realidade ser simplesmente ignoradas pelos juízes em suas decisões.

Enquanto as teorias explicam o que é o Direito ou pretendem dizer como deve ser interpretado, as decisões judiciais, de algum modo, são o próprio Direito sendo interpretado e não se deixam limitar pelas teorias. Dessa forma, qualquer discussão sobre a natureza do fenômeno jurídico deve iniciar analisando como, efetivamente, se dá pelos legisladores e pelos juízes a construção do Direito.

Cumprе frisar: a teoria deve ter seus olhos voltados para a realidade, de forma a construir ferramentas que permitam o aperfeiçoamento da própria prática. Deve haver, então, uma relação de simbiose e mútua interferência entre a teoria e a prática, sendo necessário que a teoria ofereça uma descrição adequada do fenômeno da decisão judicial.

Assim, não faz sentido que uma certa teoria do Direito afirme que os juízes não exercem ou não podem exercer certa parcela de criação do Direito, mas que tão somente aos legisladores cumpre tal missão, e de que os juízes devem se ater ao sentido literal da lei, e que, ainda assim,

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

os juízes continuem a criar o Direito, alargando/alterando/reescrevendo interpretativamente a própria norma que se extrai do texto, e suas decisões continuem a ser válidas e cumpridas.

Daí a importância do estudo desse fenômeno difuso e impreciso, denominado por alguns de “pós-positivismo”. É inegável que o Judiciário brasileiro, em especial o seu órgão de vértice, em sua atuação jurisdicional, utiliza recorrentemente princípios e valores constitucionais altamente abstratos como fundamento de suas decisões. É inegável também que, em muitos desses casos, a solução supostamente extraída do princípio é tão “criativa” que se pode questionar se foi efetivamente “revelada” da norma constitucional ou se foi criada uma nova norma pela própria decisão. A densificação das normas abertas à luz de um conteúdo moral tem ocasionando um fenômeno que vem sendo identificado como ativismo judicial.

Dentro deste contexto e diante da orientação que este trabalho adota de perquirir a teoria sem perder de vista a realidade, revela-se necessária a apresentação das propostas de controle da discricionariedade judicial de Ronald Dworkin e Robert Alexy, dois autores considerados “pós-positivistas” cujas ideias hodiernamente gozam de expressiva influência na doutrina e tribunais nacionais.

3.2.4.1 A discricionariedade judicial em Robert Alexy

Conforme anteriormente exposto, Robert Alexy apresenta a “tese qualitativa” da distinção entre regras e princípios, que utiliza o modo de aplicação de cada espécie de norma como critério distintivo suficiente da separação. Para esta tese o critério da generalidade não é suficiente para aferir a distinção posto que incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial. Para Alexy, a questão está em assentar a distinção por meio dos modos de aplicação de cada espécie normativa, bem como na forma de proceder em caso de conflito normativo.

Regras seriam diferentes dos princípios porque são aplicáveis na maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*). Destarte, a aplicação das regras envolve uma operação intelectual simples denominada de subsunção, não dando margem a maiores especulações teóricas. Regras são relatos objetivos e aplicáveis a um conjunto determinado de situações. A subsunção é o enquadramento dos fatos na previsão abstrata da norma, que produzirá o resultado jurídico.

Desta feita, a aplicação das regras se opera na modalidade tudo ou nada, isto é, ou regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Uma regra somente deixará de incidir sobre a

hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor.

Os princípios, como visto, possuem maior grau de abstração, não especificando diretamente a conduta a ser seguida, posto que constituem uma decisão política relevante a indicar a direção e não o caminho. Todavia, um ordenamento jurídico democrático se caracteriza por uma ordem pluralista a adequar em seu corpo valores e fundamentos contrapostos, resultados das influências e do poder de grupos de pressão consolidados ou em luta por sua consolidação. Dessa forma, a colisão de princípios faz parte da lógica do sistema, em razão de sua dialeticidade. O intérprete deve reconhecer aos princípios uma dimensão de peso e importância e à luz do caso concreto, devendo fundamentadamente, e preservando o máximo de cada um, aferir a vontade do texto. A aplicação dos princípios dar-se-á, em geral, pela técnica da ponderação.

A ponderação será a técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis (*hard cases*), onde a subsunção mostra-se insuficiente pois a situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia e especialidade que indicam soluções diferenciadas. O método se dá através do sopesamento e balanceamento de bens, interesses e valores. Método este que ganhou importância na rotina da atividade jurisdicional hodierna¹⁰⁶.

Por isso, Alexy¹⁰⁷ firma existir uma dimensão de peso entre princípios nos casos de colisão, exigindo para sua aplicação um mecanismo de “proporcionalidade”. Assim, em face de uma colisão de princípios, o valor decisório será dado a um princípio que tenha no caso concreto maior peso relativo, sem que isso signifique invalidação ou descarte do princípio compreendido como de peso menor. O que garantiria a racionalidade da decisão, evitando que a aplicação do direito se torne mera preferência subjetiva do julgador, decisionismo.

Assim, para Alexy os princípios apresentam a natureza de mandamentos de otimização, e na sua colisão deve-se observar a técnica da ponderação. Vejamos:

[...] princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. (...) Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem

¹⁰⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: MIGUEL REALE: Estudos em homenagem aos seus noventa anos. Urbano Zilles (coord.). Porto Alegre: Edipuc-RS, 2000. P. 643-645.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 90.

menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente.¹⁰⁸

A estrutura da proporcionalidade divide-se em três sub-regras que devem ser analisadas em sequência: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. A sequência deste procedimento teórico, uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica, seria capaz de conduzir a decisões judiciais dotadas sempre de racionalidade.

Em sua Teoria da Argumentação Jurídica, Alexy se detém em racionalizar os argumentos do discurso prático geral que acabam aparecendo nas decisões judiciais. A textura aberta da norma para o autor é uma das formas de abertura do discurso jurídico para o discurso prático geral, a conectar argumentos jurídicos e morais.

Conforme leciona Lênio Streck¹⁰⁹, a teoria da argumentação jurídica pretende oferecer critérios racionais para justificar a argumentação moral que penetra no sistema jurídico. Dessa constatação Alexy identifica questões que dizem respeito à natureza do Direito, subdividindo-a em duas dimensões: real e ideal. Daí a sua tese da dupla natureza do Direito. A primeira dimensão é representada pelos elementos factuais que compõem o Direito. Para Alexy, seria a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, demonstrando os elementos coercitivos e empíricos do Direito. A segunda dimensão, por outro lado, retrata do caráter normativo do Direito, que opera por meio de uma pretensão de correção, isto é, a pretensão de que tanto as decisões como os sistemas judiciais necessitam de uma justificação moral para exercerem sua legitimidade.

Essa dupla dimensão do Direito se torna mais clara diante dos casos difíceis, em que há a colisão de princípios. O postulado da proporcionalidade oferecido por Alexy, que utiliza como ferramenta a técnica da ponderação para aferir o peso dos princípios, possibilita o preenchimento da decisão por argumentos do tipo prático geral, fazendo com que argumentos morais determinem a decisão. Assim, critica-se que, embora a usual classificação de Robert Alexy como “pós-positivista”, o seu modelo teórico ainda permite decisões amplamente discricionárias e o reconhecimento da decisão judicial como um ato de vontade.

Na medida em que a forma de aplicação dos princípios se dá através da ponderação, a solução dos casos difíceis passa a comportar a incorporação de elementos externos ao direito,

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. Ed. México: Fontamara, 1992, p. 12.

¹⁰⁹ STRECK, Lênio. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. In: **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Lênio Luiz Streck (org.). Salvador: Juspodivm, 2017, p. 47.

próprios do discurso prático geral. Assim, a colisão de princípios passa pelo procedimento da ponderação de princípios, que apresenta uma estrutura discricionária, o que é reconhecido pelo próprio Alexy, *in verbis*:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário.¹¹⁰

García Figueroa, neste sentido, vai apontar que uma das fragilidades da argumentação de Robert Alexy é a consagração da discricionariedade dos operadores jurídicos ante a crescente amplitude do âmbito das possibilidades discursivas. Uma discricionariedade judicial que remete ao próprio positivismo. O autor, então, aponta um positivismo latente no interior da teoria da argumentação alexyana¹¹¹.

Em outras palavras, a teoria de Robert Alexy não pretende estabelecer critérios para que a decisão chegue ao melhor resultado possível, está mais preocupada com a racionalidade do discurso e com a possibilidade de alcançar um resultado “correto”. Do ponto de vista de Alexy, “correto” não é a única solução correta, “correto” está mais ligado à ideia de racional. E racional é o resultado obtido por meio de uma argumentação que siga determinado procedimento.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy abre espaço para considerar da decisão judicial como ato de vontade, embora limitada em muitos pontos, por critérios racionais. Conforme Nagibe Melo é possível afirmar, fazendo-se um paralelo “que Alexy estabelece critérios racionais para o estabelecimento da moldura normativa no sentido kelseniano. A partir daí, é impossível seguir”¹¹².

Em sua teoria da argumentação jurídica, Alexy estabelece os seguintes critérios de racionalidade para a argumentação jurídica, que devem ser seguidos pelos juízes como modo de assegurar a racionalidade do sistema de justiça. São as regras de possibilidade do discurso prático:

- (1.1) Nenhuma falante pode contradizer-se.
- (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.
- (1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.

¹¹⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros: 2008. P. 611.

¹¹¹GARCÍA FIGUEROA, Alonso. **La tesis Del casos especial y El positivismo jurídico**. Doxa n. 22, 1999. P. 201-220.

¹¹²JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial: Fundamentação, Legitimidade e Justiça**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 59-61.

(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.¹¹³

As regras de razão:

- (2) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação.
- (2.1) Quem pode falar, pode tomar parte no discurso.
- (2.2) (a) Todos podem problematizar qualquer asserção.
- (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso.
- (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades¹¹⁴.

As regras de carga de argumentação:

- (3.1) Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo.
- (3.2) Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto de discussão, deve dar uma razão para isso.
- (3.3) Quem aduziu um argumento, está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos.
- (3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação¹¹⁵.

As regras de fundamentação:

- (5.1.1) Quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.
- (5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos.
- (5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.
- (5.2.1) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua gênese-histórico crítica. Uma regra moral não resiste a tal comprovação:
 - a) Se originariamente se pudesse justificar racionalmente, mas perdeu depois sua justificação, ou
 - b) Se originariamente não se pode justificar racionalmente e não se podem apresentar também novas razões suficientes.
- (5.2.2) As regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem resistir à comprovação de sua formação histórica individual. Uma regra

¹¹³ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica (tradução: Zilda Hutchinson Silva). 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. P. 191.

¹¹⁴ *Ibidem*. P. 194-195.

¹¹⁵ *Ibidem*. P. 197-198.

não resiste a tal comprovação se se estabeleceu com base apenas em condições de socialização não justificáveis¹¹⁶.

Há ainda uma regra de fundamentação relacionada à realizabilidade fática, a mesma regra deve ser observada nos discursos jurídicos.

(5.3) Devem ser respeitados os limites de realizabilidade faticamente dados¹¹⁷.

Dessa forma, a argumentação jurídica poderá discutir as próprias regras processuais, o uso da linguagem ou poderá passar a discurso empírico, como no caso de análise de prova.

Analisemos agora as regras relacionadas ao discurso jurídico propriamente dito, considerado em sentido amplo. Em relação ao discurso jurídico, Alexy propõe regras de justificação interna e externa. As regras de justificação interna estão amplamente amparadas pelo princípio da universalidade e pela regra da saturação.

(J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica deve-se apresentar pelo menos uma norma universal.

(J.2.2.) A decisão jurídica deve seguir-se logicamente ao menos de uma norma universal, junto a outras proposições.

(J.2.3) Sempre que houver dúvida se A é um T ou M, deve-se apresentar uma regra que decida a questão.

(J.2.4) São necessárias as etapas de desenvolvimento que permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível.

(J.2.5) Deve-se articular o maior número possível de etapas de desenvolvimento.¹¹⁸

Por fim, as regras relacionadas aos cânones de interpretação envolvem a fórmula máxima da ponderação, vista no início da exposição:

(J.6) Deve ser saturada toda forma de argumentação que houver entre os cânones da interpretação.

(J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.

(J.8) A determinação do peso de argumentos de diferentes formas deve ocorrer segundo regras de ponderação.

(J.9) Devem-se levar em considerações todos os argumentos possíveis e que possam ser incluídos por sua forma entre os cânones da interpretação¹¹⁹.

¹¹⁶*Ibidem*. P. 205.

¹¹⁷*Ibidem*. P. 206.

¹¹⁸*Ibidem*. P. 223-224.

¹¹⁹ *Ibidem*. P. 241-243.

O problema da tese é que o discurso jurídico não utiliza argumentos de modo estruturado e formal como proposto por Alexy. No discurso jurídico que acontece na prática dos juízos e tribunais, o discurso ocorre como acontece na argumentação do dia-dia, com a diferença que o discurso jurídico segue regras processuais, e, na maioria das vezes, utiliza-se de uma linguagem técnico-jurídica. Tirando isso, não se distancia significativamente da forma de argumentação das demais instâncias da vida cotidiana. Dessa forma, o meio mais apropriado para a análise e crítica dos argumentos seria a lógica informal.

Conforme Nagibe de Melo¹²⁰, as formas dos argumentos trazidas por Alexy devem ser consideradas, portanto, apenas como propostas de método de trabalho, instrumentos que facilitam o raciocínio jurídico, mas que de resto, não trazem maiores ganhos seja em termos de legitimidade, seja em termos de validade, mas apenas em termos de racionalidade e instrumento de crítica das decisões. O ganho de racionalidade é um ganho de grau, podendo-se dizer que o argumento terá maior ou menor força seguindo essa ou aquela forma, mas não se podendo dizer que será irracional pelo só fato de não seguir uma determinada forma.

Duas críticas principais podem ser feitas à teoria da argumentação jurídica. Em primeiro lugar, pode-se dizer que, mesmo com as regras da argumentação jurídica não é possível chegar a uma única decisão correta, como admite o próprio Alexy.

O segundo é a constatação fática de que na maioria (ou na quase totalidade) das vezes, os requisitos da teoria não são adequadamente atendidos nas decisões judiciais. A ponderação é utilizada como fórmula geral para encobrir o argumento, de modo a diminuir a legitimidade da decisão.

Apesar das críticas, é inegável que a teoria de Alexy busca oferecer critérios que racionalizem e limitem a discricionariedade judicial. O problema que se vê atualmente dá-se na utilização da mesma pelos tribunais. O problema é que o postulado da proporcionalidade, idealizado por Alexy para racionalizar a utilização da discricionariedade, vem sendo utilizado retoricamente em decisões judiciais como argumento de forma a meramente “chancelar teoricamente” o decisionismo.

¹²⁰ JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial**: Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. P. 59-61

3.2.4.2 O Direito como integridade de Ronald Dworkin e seu contraponto em Hart

Ronald Dworkin nos oferece não uma teoria da decisão judicial, mas fundamentos sobre os quais é possível criar-se uma teoria. O autor oferece uma concepção do Direito como integridade em oposição a outras duas concepções que denomina de convencionalismo e pragmatismo jurídico. Em apertada síntese, para o autor, o convencionalismo se fundaria na concepção de que a interpretação do Direito seria meramente um ato de descoberta a não envolver criação por parte do intérprete. Já o pragmatismo, base filosófica do realismo jurídico norte-americano, permitiria aos juízes “inventar” a lei a partir de decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer dever de coerência. As duas versões lhe pareciam incorretas, a primeira por rejeitar o papel criativo-constutivo do intérprete e a segunda por permitir uma criação livre de direito.

Nesse sentido, Dworkin proclama que: “(...) O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei.”¹²¹

Em contraposição à Kelsen, para quem a vagueza é inerente à linguagem jurídica e os juízes poderiam decidir discricionariamente, em efetiva criação do Direito, Dworkin apresenta objeções a esta construção. **Defende que as partes em um processo possuem o direito de que a solução jurídica esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido**¹²², que é efetivamente o fundamento para todos os casos, limitando a discricionariedade judicial e o poder criativo dos juízes.

A norma jurídica é gênero a possuir como espécies as regras e os princípios. Assim, a sociedade é formada por pessoas que além de obedecerem as regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios como mandamentos (comunidade de princípios). Os princípios para Dworkin, então, serviriam para limitar um juízo discricionário, visto que ainda que

¹²¹DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 274.

¹²²DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 292-293: “O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontrem em situação muito diversa daquela dos legisladores. Não se adapta à natureza de uma comunidade de princípio o fato de que um juiz tenha autoridade para responsabilizar por danos as pessoas que agem de modo que, como ele próprio admite, nenhum dever legal as proíbe de agir. Assim, quando os juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não têm a liberdade que há pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common law” com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado.”

existisse um caso de absoluta ausência de regra aplicável, existiriam princípios que indicariam o direito para um dos demandantes.

Conforme Streck¹²³ é nesse contexto que deve ser compreendida a tese da resposta correta. A questão não é a existência de uma única solução jurídica, mas que mesmo havendo, mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta. Dessa forma, o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que a indicaria a melhor solução a ser tomada.

Nesse contexto de respeito do juízo a uma “história institucional”, Dworkin apresenta uma aproximação metodológica entre o Direito e a Literatura ao dispor da figura do “romance em cadeia”, em que compara o trabalho do juiz com o de um romancista. Esse romance em cadeia é uma metáfora para o Direito/jurisprudência. O direito/jurisprudência deve ser escrito de forma coletiva, impondo a quem deve escrevê-lo um dever de coerência. Assim, quanto mais se desenvolvem os capítulos, maior será a vinculação narrativa/histórica do próximo autor que também é um intérprete. Como o romancista de um romance em cadeia, o juiz também encontra-se vinculado a uma cadeia de precedentes, e a sua observância é um dever de coerência.

In verbis:

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo. Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughlin ou Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”.

[...]

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.¹²⁴

¹²³ STRECK, Lênio. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. In: **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Lênio Luiz Streck (org.). Salvador: Juspodivm, 2017. P. 51.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 275-276.

A perspectiva de um “romance em cadeia” busca impedir que o autor/intérprete proceda de modo subjetivista – no sentido de que a história começa nele, e portanto, poderia fazer o que bem entendesse. O Direito é uma única história, iniciada antes dele e continuada como se escrita por um só, mas que em realidade seja uma obra de inúmeras mãos¹²⁵.

Por isso, há opiniões que afirmam que a proposta dworkiana supera tanto um convencionalismo positivista quanto um pragmatismo realista. Para alguns positivistas, como visto, em determinadas situações o intérprete poderia se tornar um autor sem passado. Já para os realistas jurídicos em seus segmentos mais radicais, que sustentam um desapego à tradição, cada decisão é nova, e os juízes em vez de intérpretes seriam apenas autores.

É inegável, todavia, que como as demais, identificam-se problemas na tese dworkiana, notadamente no que se refere à relação do uso da moral política própria do juiz na integridade. O próprio Dworkin tenta refutar as possíveis críticas, para tanto usa a metáfora do “juiz Hércules”, um juiz com tempo e paciência infinitos, além de conhecimento sobrehumano dos precedentes, para solucionar os problemas que lhe são apresentados:

Que críticas seus argumentos podem atrair? A primeira da lista que me proponho examinar acusa Hércules de ignorar o verdadeiro direito dos danos morais e de substituir suas próprias concepções ao verdadeiro conteúdo do direito.

[...]

A segunda objeção é mais sofisticada. Agora, o crítico diz: “É absurdo admitir que exista uma única interpretação correta de dois casos de danos morais. Uma vez que descobrimos duas interpretações desses casos, nenhuma das quais pode ser preferida à outra em bases ‘neutras’ de adequação, nenhum juiz seria forçado pelo princípio da integridade concernente à jurisdição a aceitar nenhuma delas. Hércules escolheu uma, e o fez por razões claramente políticas; sua escolha reflete apenas sua própria moral política. Nessas circunstâncias, sua única opção consiste em criar um direito novo em consonância com sua escolha. Não obstante, é fraudulento que ele afirme que descobriu, através de sua escolha política, qual é o conteúdo do direito. Está apenas oferecendo sua opinião sobre o que este deveria ser”.

[...]

A uma concepção de direito pedimos que nos ofereça uma descrição dos fundamentos do direito – das circunstâncias nas quais as afirmações sobre o que é o direito deveriam ser aceitas como verdadeiras ou bem fundadas – que nos mostre por que o direito autoriza a coerção. O direito como integridade responde que os fundamentos do direito estão na integridade, na melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas do passado, e que o direito é, portanto, sensível à justiça no sentido reconhecido por Hércules.

¹²⁵ *Ibidem*. P. 291: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, **e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.** Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume; a ambição de ser uma comunidade de princípios.”

O espírito da integridade, que situamos na fraternidade, seria violado se Hércules tomasse sua decisão de outro modo, que não fosse a escolha da interpretação que lhe parece a melhor do ponto de vista da moral política como um todo.¹²⁶

Dworkin não responde satisfatoriamente a questão, enquanto a acusação argumenta que Hércules escolheu uma das soluções com base em sua própria moral política, o autor defende que Hércules apenas decidiu com base na interpretação que lhe parece a melhor do ponto de vista da moral política como um todo. Ou seja, a defesa de Dworkin é de que, subjetivamente, aquela parece a Hércules a melhor interpretação, por isso não haveria uma violação à integridade.

O entendimento de Dworkin tem contraponto nas ideias expressadas por Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*. Para Hart, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre casos juridicamente não regulados em que relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo Direito. Nesses casos, em que o Direito se apresenta como parcialmente indeterminado ou incompleto, o juiz cria direito novo, preenchendo as lacunas através do exercício de um poder discricionário. Todavia, esses poderes seriam “intersticiais”, sujeitos a muitos constrangimentos substantivos, não podendo ser utilizado de maneira arbitrária¹²⁷.

Sendo assim, em dados momentos, compreendemos que o discurso de Ronald Dworkin não se divorcia do propugnado ainda na década de 1920 pelo próprio Benjamin Cardozo, considerado um realista moderado, que já defendia um “dever de coerência” no uso de princípios pelos juízes. Confira-se:

Não devo estragar a simetria da estrutura jurídica com a introdução de incoerências, irrelevâncias e exceções artificiais, a menos que haja alguma razão suficiente e esta geralmente será uma consideração relativa à história, ao costume, à política ou à justiça.

[...]

Se um conjunto de causas envolve a mesma questão, as partes esperam que se chegue à mesma decisão. Seria uma injustiça gritante decidir causas consecutivas com base em princípios opostos. Se uma causa foi decidida de modo desfavorável a mim ontem, quando eu era réu, devo esperar o mesmo julgamento, se sou eu o demandante. Uma decisão diferente despertaria em mim um sentimento de ressentimento e erro; seria uma violação material e moral dos meus direitos.

[...]

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 309-314.

¹²⁷ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. (Trad. de A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 335.

A adesão ao precedente deve então ser a regra, não a exceção, para que os litigantes tenham fé na administração imparcial da justiça nos tribunais.¹²⁸

A diferença é que Ronald Dworkin torna mais sofisticada a tentativa de limitação da discricionariedade judicial em busca da solução correta com o postulado da integridade. Para o autor¹²⁹, os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Assim, o dever de integridade abrange não somente o dever de observar os precedentes, mas, para além deste preceito, é necessário que o intérprete atue do melhor ponto de vista possível da moral política substantiva¹³⁰.

¹²⁸ CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. (Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita.) São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 20.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 305.

¹³⁰ Nesse sentido, confira-se trecho da obra de Dworkin:

“(...) Uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias.

(...)

Imaginemos, agora, uma situação ainda mais fortuita. Hércules acha que a responsabilidade ilimitada foi aplicada contra um certo número de profissões, mas deixou de sê-lo no caso de um número mais ou menos igual de outras, **que nenhum princípio pode explicar essa distinção**, que a retórica judicial é tão dividida quanto as decisões reais, e que essa divisão se estende a outros tipos de ações por prejuízos econômicos. Poderia expandir ainda mais o campo de sua pesquisa, e o quadro se modificaria se assim o fizesse. Mas imaginemos que ele se dê por satisfeito por não fazê-lo. Decidirá, então, que o problema da adequação não se desempenha nenhuma papel útil em suas deliberações, mesmo na segunda dimensão. Ele deve agora enfatizar os aspectos mais nitidamente essenciais dessa dimensão: deve decidir qual é a interpretação que mostra o histórico jurídico como **o melhor possível do ponto de vista da moral política substantiva**. Vai compor e comparar duas análises. A primeira pressupõe que a comunidade personificada adotou e está fazendo cumprir o princípio de previsibilidade como sua prova de responsabilidade moral por danos causados por negligência, que as diferentes decisões às quais ela chegou têm por objetivo dar efeito a esse princípio, ainda que muitas vezes tenha se desviado e tomado decisões que a previsibilidade condenaria. A segunda pressupõe, por sua vez, que a comunidade adotou e está fazendo cumprir o princípio de previsibilidade limitado por um teto máximo imposto à responsabilidade, ainda que se tenha desviado muitas vezes desse princípio. Tudo considerado, que análise mostra a comunidade sob uma luz, a partir do ponto de vista da moral política?

A resposta de Hércules vai depender de suas convicções sobre as duas virtudes que constituem a moral política que aqui consideramos: a justiça e a equidade. Vai depender, mais exatamente, não apenas de suas crenças sobre quais desses princípios é superior em matéria de justiça abstrata, mas também sobre qual deve ser seguido, em matéria de equidade política, por uma comunidade cujos membros têm as mesmas convicções morais de seus concidadãos. Em alguns casos, os dois tipos de juízo – o juízo da justiça e o da equidade – caminharão juntos. Se Hércules e o público compartilham o ponto de vista de que as pessoas têm direito a ser plenamente indenizadas sempre que forem prejudicadas pela negligência de outros, sem importar o quanto essa exigência possa mostrar-se difícil, ele então vai achar que a interpretação é simplesmente a melhor das duas em jogo. Às vezes, porém, os dois juízos tomarão rumos diferentes. Ele pode pensar que a interpretação é melhor por razões de justiça abstrata, mas saber que esse é um ponto de vista radical, não compartilhado por nenhum segmento substancial do público e desconhecido pela retórica política e moral da época. Poderia, então, decidir que a interpretação em que o Estado insiste no ponto de vista que ele considera correto, mas vai contra os desejos do povo como um todo, é a mais pobre em termos gerais. Em tais circunstâncias, estaria preferindo a equidade à justiça, e essa preferência refletiria um nível superior de suas próprias convicções políticas, a saber, suas convicções como um governo decente, comprometido tanto com a equidade quanto com a justiça, deveria decidir entre as duas nesse tipo de caso.

Perceba-se que Dworkin separa duas posições, uma posição antimajoritária à luz da CF, e a posição do juiz que se guia pela moral popular. Então isso é o direito? Talvez, deva-se, até aqui, considerar o que pontuou no tocante à integridade, mas aperfeiçoar o que disse em relação à modificação de posicionamento anterior. Os casos muito difíceis vão forçá-lo a desenvolver, lado a lado, sua concepção do direito e sua moral política, de modo que ambas se deem sustentação mútua. Dworkin defende que pode existir resposta correta no casos difíceis.¹³¹

Lênio Streck¹³² pontua a sua visão acerca da integridade e coerência de Ronald Dworkin, compreendendo que haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. Dessa forma, o dever de coerência assegura a igualdade, visto que diversos casos terão a igualdade de consideração por parte do Judiciário. Isso somente poderia ser alcançado por meio de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significaria, então, igualdade de apreciação do caso, de tratamento do caso, e de “jogo limpo”.

Coerência não é simplesmente se ater ao fato de que cada nova decisão deve seguir o que foi decidido anteriormente. Claro que é mais profunda, porque exige consistência em cada decisão com a moralidade política (não a comum!) instituidora do próprio projeto civilizacional (nos seus referenciais jurídicos) em que o julgamento se dá. A ideia nuclear da coerência e da integridade é *a concretização da igualdade*, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção de dignidade humana.

Por sua vez, a integridade é antitética ao voluntarismo e da discricionariedade. Desta feita, por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, ele não pode violar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau

Os juízes terão ideias diferentes sobre a equidade, sobre o papel que, em termos ideais, as opiniões de cada cidadão deveriam desempenhar nas decisões do Estado sobre quais princípios de justiça aplicar por meio de seu poder policial central. Terão opiniões diferentes, sobre a melhor solução dos conflitos entre esses dois ideais políticos. (...) Talvez em casos comuns de direito comercial ou privado, como o caso *McLoughlin*, uma interpretação apoiada pela moral popular seja considerada superior a outra que não o seja, desde que não se considere muito inferior em matéria de justiça abstrata. Ainda assim, muitos juízes vão considerar a força interpretativa da moral popular muito mais frágil em casos constitucionais, como o caso *Brown*, pois pensarão que o objetivo da Constituição é, em parte, proteger os indivíduos contra aquilo que a maioria considera correto.”

DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 318.

¹³² STRECK, Lenio. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em 9 out. de 2017.

zero de sentido”, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do personagem – não fosse condição para a construção do capítulo seguinte¹³³.

A integridade é virtude política a ser adotada por uma autêntica comunidade de princípios (para além de uma associação de indivíduos meramente circunstancial, ou pautada num modelo de regras), e se expressa pela coerência principiológica na lei, na Constituição e na jurisprudência. Aqui já de pronto transparece uma questão nova: a coerência e integridade são antitéticas ao pamprincipiologismo, pela simples razão de que a “invenção” de um “princípio” sempre é feita para quebrar a integridade e a cadeia de coerência do discurso.

Nos exemplifica Lênio Streck:

A *integridade* quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do Direito um “jogo limpo” (*fairness* — que também quer dizer tratar todos os casos equanimente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador *não pode dar o drible da vaca hermenêutico* na causa ou no recurso, do tipo “seguindo minha consciência, decido de outro modo”. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento (lembremos do artigo 10 do CPC) que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode quebrar a cadeia discursiva “porque quer” (ou porque sim).

Vamos a alguns exemplos concretos de nosso Direito:

[...]

b) O STF ter permitido a pesquisa com células-tronco foi uma imposição da integridade, em um sistema que autoriza o aborto decorrente de estupro e, ao mesmo tempo, a reprodução in vitro.

[...]

e) Quebrou a integridade a decisão do STF que, ao julgar o HC 126.292, deu uma sobre-super-interpretação à expressão “trânsito em julgado” prevista no artigo 5, inciso LVII, da Constituição, silenciando acerca da exigência prevista no artigo 283 do Código de Processo Penal.

[...]

Então, de um modo mais simples, decisão íntegra e coerente quer dizer respeito ao direito fundamental do cidadão frente ao poder público de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que é que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade. Na feliz construção principiológica de Guilherme Valle Brum, sempre que uma determinada decisão for proferida em sentido favorável ou contrário a determinado indivíduo, ela deverá necessariamente ser proferida da mesma maneira para os outros indivíduos que se encontrarem na mesma situação. Mais simples ainda: decidir com coerência e integridade é um dever e não uma opção ou escolha: o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (oughtto) tomar; determina que eles têm um dever (have a duty to) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões.¹³⁴

Compreendo que o trabalho de Ronald Dworkin avança a teoria jurídica no sentido de propor meios de legitimação para o processo de coparticipação na criação do direito por parte dos

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*.

intérpretes. Ao dispor os pressupostos de integridade e coerência na interpretação e enxergar a construção do Direito como um “romance em cadeia”, propondo a tese da resposta correta, limita a discricionariedade judicial e legitima a participação do intérprete na construção do Direito.

Todavia, em que pese considerar um avanço em relação ao estado da arte anterior acerca da criação interpretativa do direito, compreendemos que a tese dworkiana ainda carece de critérios objetivos para legitimação do fenômeno aqui discutido. Visto o dever de coerência e integridade serem sempre subjetivamente aferidos.

3.3 Decisões manipulativas aditivas e substitutivas e a interpretação como atividade criativa/criadora

O grande dilema jurídico contemporâneo consiste em construir condições para evitar que o Judiciário (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Afinal o Direito não é, nem poderia ser, tão somente aquilo que os tribunais dizem que ele é.

A questão da discricionariedade judicial, cuja questão central reside na decisão judicial nos denominados “casos difíceis”, é fulcral em um sistema democrático – no regime democrático, o povo é o real titular do poder, que o exerce, ainda que indiretamente, por seus representantes eleitos. Como explicar, então, o poder de não apenas interpretar, mas em certa medida de ser um cocriador da norma, mesmo sem exercer suas funções através da escolha popular?

São questões para as quais ofereceremos a nossa visão no capítulo seguinte.

Fato é que o paradigma kelseniano do decisionismo, da decisão judicial enquanto ato de vontade/poder, não foi adequadamente superado até hoje, e a discricionariedade judicial tem sido reapropriada em teorias argumentativas que pretendem dar uma solução à luz da racionalidade.

O positivismo exegetico ao tentar nulificar o papel criativo do intérprete, partindo da premissa de que os Códigos seriam instrumentos jurídicos aptos a abarcar e normatizar toda a realidade e situações sociais revelou-se insubsistente diante de uma gama surpreendente de manifestações políticas, econômicas, sociais e culturais, que a cada dia ressurgem, se modificam ou se renovam, o que dificilmente poderia ser abarcado em códigos e leis criados pela razão humana. Da mesma forma se revela ilusória a crença que a atividade interpretativa

poderia se resumir a um ato mecânico, através de juízos silogísticos, a mera subsunção do fato à regra posta.

Gostemos ou não, não se pode desconhecer da realidade atual e inevitável de uma certa criação judicial de direito, com a prolação de decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da exegese que se faz do texto da lei. São as denominadas “decisões manipulativas”.

A doutrina italiana que possui certa maturidade no trabalho deste tema, considera manipulativa a decisão mediante a qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação¹³⁵. Como observado por Inocêncio Coelho, as decisões manipulativas (manipuladoras ou normativas) podem ser caracterizadas como:

[...] sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, agindo como legislador positivo, modifica (= manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o propósito de adequá-lo à Constituição. Daí a existência das chamadas sentenças aditivas e substitutivas, como subespécies das decisões normativas ou manipuladoras.¹³⁶

De acordo com essa doutrina, a sentença aditiva é aquela em que o órgão julgador declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas sim pelo que omite, tendo por resultado o alargamento do texto da lei ou de seu âmbito de incidência¹³⁷. Um exemplo da justificação da sentença aditiva dar-se-ia pelo princípio da isonomia, nas situações em que a lei concede certo benefício ou tratamento a determinadas pessoas, mas discriminatoriamente exclui outras que se enquadrariam na mesma situação.

Trata-se daquilo que Canotilho denominou de declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo), visto que a decisão “alarga o âmbito normativo de um preceito, declarando inconstitucional a disposição na ‘parte em que não prevê’, contempla uma ‘exceção’ ou impõe uma ‘condição’ a certas situações que deveria prever”¹³⁸. Conforme Gilmar Mendes¹³⁹, como espécies de decisões de eficácia aditiva devem ser referidas as: i) decisões demolitórias com efeitos aditivos (quando é suprimida uma lei inconstitucional constritora de direitos), as aditivas de prestação (que têm impacto orçamentário) e as aditivas de princípio

¹³⁵ GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. México: Porrúa, 2000, p. 47-49.

¹³⁶ MENDES; COELHO; BRANCO. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.132.

¹³⁷ *Ibidem*. P. 1432.

¹³⁸ CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.1019.

¹³⁹ MENDES; BRANCO. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1221.

(onde são fixados princípios que o legislador deve observar ao prover a disciplina que se tem por indispensável ao exercício de determinado direito constitucional.

No direito brasileiro já existem inúmeros julgados a utilizar esta técnica, como por exemplo o MI 708/DF, cujo remédio constitucional questionou a mora na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos inscrito no art. 37, VII, da CF/88, e cuja decisão reconheceu (sentença aditiva) que fosse garantido o direito de greve ao servidor público civil, aplicando-se, no que couber, a Lei nº 7.783/1989, que dispõe do exercício do direito de greve na iniciativa privada.

Outro exemplo é o RMS 22.307, que tratou do reajuste para servidores civis não contemplados por lei que o concedeu aos militares. Neste, o STF entendeu que o reajuste de 28,86% concedido aos servidores militares, pelas Leis nº 8.662/1993 e 8.627/1993, deveria ser estendido também aos servidores civis do Poder Executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados pelos mesmos diplomas legais.

Por sua vez, as decisões manipulativas com efeitos substitutivos são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do Poder Legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional. Dessa forma, o órgão julgador não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o implica na produção heterônoma de ato legislativo ou de um direito judicial.

O estudo da doutrina italiana e portuguesa das decisões manipulativas é exemplificativo para demonstrar a realidade de uma criação judicial de direito na atual quadra histórica. O fato é que a afirmação de que o poder judicial nunca é exercido com o propósito de fazer cumprir a vontade do juiz, mas sempre com o propósito de fazer cumprir a vontade da lei é parcialmente verdadeiro. A interpretação é uma atividade criativa, em que parte das concepções daquele que a realiza, consciente ou inconscientemente, afetará o resultado.

A grande questão é o desenvolvimento de parâmetros para que essa atividade não constitua uma subversão ao regime democrático e a separação de poderes. Evitar o decisionismo, o “assim decido, porque assim desejo”, consiste, então, em uma necessidade da teoria jurídica contemporânea para legitimar a atividade jurisdicional como exercida.

A teoria da argumentação de alexyana – doutrina que tem alcançando grande influência em dissertações, teses e decisões judiciais no Brasil – não resolve o subjetivismo, nem efetivamente limita a discricionariedade. Para piorar, mesmo nas decisões judiciais que afirmam

utilizá-la não se percebe uma coerência na utilização, nem a observância dos critérios que o próprio criador prescreveu. Ou seja, a teoria da argumentação de Alexy vem sendo utilizada de forma meramente retórica para possibilitar a manipulação do Direito de acordo com a conveniência do decisor.

Por outro lado, compreendo que o trabalho de Ronald Dworkin avança a teoria jurídica no sentido de propor meios de legitimação para o processo de coparticipação na criação do direito por parte dos intérpretes. Ao dispor os pressupostos de integridade e coerência na interpretação e enxergar a construção do Direito como um “romance em cadeia”, propondo a tese da resposta correta, limita a discricionariedade judicial e legitima a participação do intérprete na construção do Direito.

Todavia, em que pese considerar um avanço em relação ao estado da arte anterior acerca da criação interpretativa do direito, compreendemos que a tese dworkiana ainda carece de critérios objetivos para legitimação do fenômeno aqui discutido. Visto o dever de coerência e integridade serem sempre subjetivamente aferidos.

Sendo assim, demonstradas no primeiro capítulo as razões que ocasionaram uma expansão sem precedentes no poder do Judiciário, que permitiram ao Judiciário brasileiro, em especial ao STF, não se limitar a intervir na produção normativa apenas no aspecto negativo, isto é, fulminando normas jurídicas já vigentes por violarem a Constituição Federal, mas a assumir, inegavelmente, uma “função positiva”, isto é, de criador da norma jurídica. Bem como cotejada, no segundo capítulo, a discussão acerca da existência de uma “discricionariedade judicial”, e os parâmetros trazidos por diversos teóricos para tentar estabelecer uma limitação/racionalização/legitimação da mesma.

O terceiro e último capítulo trará critérios e parâmetros, mas também limitações, para a participação do intérprete no processo de construção do Direito, considerando a necessidade de dotar este processo de legitimidade, bem como o papel representativo que as Cortes vêm assumindo na sociedade brasileira e mundial.

4. A FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO PODER JUDICIÁRIO E CRITÉRIOS PARA CONTROLE E LEGITIMIDADE NA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

4.1 Complexidade social, judicialização e separação de Poderes

Como bem nos adverte Luís Roberto Barroso¹⁴⁰, a sociedade contemporânea tem a marca da complexidade. Se de um lado, há a rede mundial de computadores, o aumento do comércio internacional e o maior acesso aos meios de transporte intercontinentais e a bens de consumo, facilitando as relações entre pessoas, empresas e países; de outro, persistem mazelas como o terrorismo, a miséria, o racismo, a xenofobia e violações graves aos direitos humanos. Uma civilização do desperdício, do imediatismo e da superficialidade das redes sociais convive com outra, de miséria, fome e violência. Um mundo fragmentado e heterogêneo, com dificuldade de compartilhar valores unificadores.

Em um contexto de circulação cada vez maior de pessoas, informações, bens, experiências e culturas, os Estados-nacionais que se pautam por um regime democrático e plural tem o dever de compreender e administrar a diversidade que caracteriza a sociedade contemporânea, marcada pela multiplicidade cultural, étnica e religiosa. Todavia, essa pluralidade e multiplicidade em muitas situações, e em um contexto de crise econômica, vem fomentando um sentimento de desconfiança mútua entre os diferentes. No âmbito interno de numerosos países, as controvérsias incluem o casamento de pessoas do mesmo sexo, a interrupção da gestação e o ensino religioso em escolas públicas.

No desenho atualmente vigente na maioria dos países ocidentais, de ascensão institucional do Poder Judiciário como o protetor dos direitos e intérprete final do Direito, essas novas questões e desafios surgem em uma sociedade cada vez mais judicializada, o que faz com que terminem sempre desaguando no Poder Judiciário, que deve oferecer uma resposta. O esforço feito pelos teóricos da segunda metade do século XX em tornar o Judiciário mais acessível logrou êxito, todavia também causou um efeito colateral: em razão da estrutura constitucional atual, a quase totalidade dos conflitos sociais passam a ser judicializados.

Trata-se de um panorama desafiador, no qual no cerne do Estado de Direito, que se afirma como democrático e pluralista, bem como comprometido com a causa dos direitos humanos, surgem situações particularmente polêmicas, em que não há uma única resposta inteiramente correta, pela simples razão de que não há um único critério de verdade válido para

140 BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. pp. 24-51.

responder a questão concretamente, e que o ponto de observação daquele que analisa faz a diferença crucial quanto ao resultado da análise. Nesse sentido, questões estas que diariamente se apresentam ao Poder Judiciário dos diversos países ocidentais e que são tratadas por vários autores, tais como:

- Pode uma lei vedar o uso da burca por alunas islâmicas em uma escola pública?
- O que acontece quando não se trata das alunas, mas das professoras de uma escola pública?
- Pode um país rejeitar refugiados que estão fugindo de guerras civis em seu país de origem, sob a alegação de questões econômico-financeiras?

Tome-se por exemplo a questão dos refugiados que fogem de conflitos armados em seus países de origem. Para responder essa questão, identificam-se duas posições antagônicas que se formam majoritariamente.

Uma primeira posição, de cunho “nacionalista”, cujos defensores pautam-se na soberania do País, e no princípio da autodeterminação dos povos, conclui que um povo pode soberanamente decidir quem pode ou não ingressar em seu território, haja vista aspectos de manutenção de sua própria cultura, ou mesmo econômicos, como não querer compartilhar ou “bancar” o bem estar social de outras pessoas; não aceitar a concorrência por empregos com estrangeiros, em um cenário de crise econômica, ou mesmo o argumento de que aceitar refugiados poderia majorar a criminalidade. Por exemplo, parte cada vez maior da população europeia enxerga que a “Europa está deixando de ser dos europeus”, para se tornar um continente islâmico, apontando para uma crise de identidade social nacional.

Uma segunda posição, por sua vez, compreende que os refugiados que tentam ingressar nestes países o fazem para fugir de uma situação de grave violação aos seus direitos humanos, a envolver fome, guerras civis, mutilações, estupros. Neste sentido, poderia um ser humano negar a outro a própria sobrevivência em nome de uma pretensa autodeterminação e soberania nacional? Tais preceitos permaneceriam válidos diante de uma grave crise humanitária que põe em xeque a própria solidariedade humana enquanto espécie? Para esta posição, a solidariedade e o princípio da dignidade humana, previstos em tratados internacionais e nas Constituições nacionais seria suficiente para garantir a entrada dos refugiados.

As situações aqui apresentadas, de forma simplificada e meramente ilustrativa, não são objeto de criação do presente autor, mas correspondem a questões apresentadas aos tribunais para solução. No caso acima tratado, temos princípios jurídicos em situação de contraposição: de um lado, a autodeterminação dos povos e a soberania do Estado e do outro, a solidariedade e dignidade da pessoa humana.

Outro exemplo de relevo tratado pelas questões retromencionadas, é a lei francesa que proibiu o uso de símbolos religiosos considerados ostensivos em sala de aula por alunos em escolas públicas¹⁴¹¹⁴². Assim, o texto legal aboliria tanto a estudante católica que quisesse vestir-se como freira em sala de aula, quanto a estudante muçulmana que optasse por vestir a burca. Todavia, como esse último fato é mais corriqueiro na prática, em relação ao mesmo iniciou-se a controvérsia.

De um lado, a comunidade muçulmana compreende que a referida lei representa um ato de xenofobia institucionalizado, uma verdadeira “tirania da maioria” que viola o seu direito fundamental à liberdade religiosa. Uma forma de incentivar a saída dos muçulmanos do país ou de forçar uma homogeneização cultural. Dessa forma, a comunidade árabe compreende que a medida legislativa fomenta o preconceito contra o próprio Islã.

Por outro lado, o Estado francês defende que não há violação à isonomia, visto que a vedação seria aplicável ao símbolo religioso ostensivo de qualquer religião, a afetar tanto a estudante católica que quisesse vestir-se como freira em sala de aula, quanto a estudante muçulmana que optasse por vestir a burca. Por outro lado, não haveria que se falar em violação à liberdade religiosa, visto que um ambiente mantido pelo Estado, as religiões não podem ser manifestadas de forma ostensiva, de modo a comprometer a própria noção de laicidade do Estado. A laicidade do Estado seria, inclusive, uma garantia do Estado democrático. Demais disso, argumenta-se que a questão da burca não seria uma questão religiosa, mas de liberdade e de dignidade das mulheres, visto que a burca seria um símbolo da subjugação feminina.

Perceba que nas duas situações tratadas haverá razões e princípios com assento constitucional para fundamentar qualquer uma das opiniões. Outrossim, em ambos casos não há uma resposta pré-pronta, pré-disposta pelo ordenamento jurídico, em que bastaria ao intérprete o mero papel de subsunção silogística. E mesmo quando haja um ato normativo estatal específico, é possível contrapô-lo a um dos princípios dispostos nas diversas Constituições promulgadas ou Tratados de Direito Internacional celebrados, marcados por uma ordem dialética de valores. Assim, em todos os casos apresentados haverá um conflito entre princípios, valores e direitos, de igual hierarquia, com argumentos válidos em ambos os lados.

¹⁴¹ CONSULTOR JURÍDICO. **Lei francesa que proíbe uso de burca não fere direitos, afirma corte europeia.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-jul-02/lei-francesa-proibe-uso-burca-nao-fere-direitos-humanos>>. Acesso em 09 jan. 2018.

¹⁴² PUBLICO. **França adota lei que proíbe “símbolos religiosos ostensivos” nas escolas públicas.** Disponível em: < <https://www.publico.pt/2004/02/10/sociedade/noticia/franca-adota-lei-que-proibe-simbolos-religiosos-ostensivos-nas-escolas-publicas-1185764>>. Acesso em 09 jan. 2018.

Diante dos supracitados casos, dizer-se que o juiz, à luz da técnica da ponderação, "revelará" a solução disposta pelo ordenamento jurídico consiste em um arranjo retórico que dissimula o que realmente ocorrerá: a criação interpretativa do direito.

Nos casos apresentados, diante da inexistência de resposta *ex ante* pelo legislador, e em face do elevadíssimo grau de abstração dos princípios e valores envolvidos do processo, o dever de sinceridade intelectual inclui dizer que a interpretação judicial se confundirá com a própria construção da norma. Quando não há uma resposta pronta do sistema, a mesma é construída argumentativamente pelo intérprete.

Nesse sentido, revela-se inequívoco a necessidade de uma série de valorações das diversas variáveis sociais, econômicas e culturais, em uma inegável transdisciplinaridade que guiará o intérprete na construção da norma aplicável ao caso concreto, norma esta que deverá obedecer não só os critérios de integridade e coerência que disciplinam a atuação jurisdicional, mas também deve guardar adequação e correção como o ordenamento jurídico positivo. Inegavelmente, será uma hipótese de decisão com abertura muito maior à subjetividade do juiz, visto que resultará da concepção ideológica que o intérprete possui do ordenamento, e que, em razão do déficit democrático do mesmo ("dificuldade contramajoritária") deve ser exercida com redobrado acurção e parcimônia. Nessa missão excepcional, o juiz deve compreender que não é nem o representante eleito do povo, nem muito menos dele próprio, mas o protetor da integridade, da concretude e da finalidade da norma posta.

A experiência prática contemporânea demonstra que a linha divisória da "separação" entre os Poderes do Estado encontra-se cada vez mais tênue e indefinida. A ideia de uma separação rígida entre as funções do Estado vem cedendo a uma concepção de colaboração e de mútuos freios e contrapesos. Essa experiência, todavia, não permite o atropelo de uma das funções estatais por outra.

Este novo papel do Judiciário, de decidir sobre questões fundamentais da sociedade como as acima elencadas, foi forjado, como se no curso deste trabalho, por um contexto de judicialização excessiva combinada com a constitucionalização abrangente, a adoção de uma nova teoria hermenêutica com base em princípios e uma ascensão institucional e de poder dos órgãos jurídicos no cenário estatal.

Todavia, conhecer como se origina esse papel de centralidade institucional não é suficiente. Em um Estado que se pretenda democrático, o poder além de não ser arbitrário, deve ter legitimidade. Sendo assim, neste último capítulo será discutido a legitimidade deste papel de centralidade dos órgãos jurídicos, à luz da propositura de uma "função representativa" do

Poder Judiciário. E como forma de conter arbitrariedades, serão elencados parâmetros para uma decisão judicial com base em normas abertas.

4.2 A parcela de função representativa do Poder Judiciário

A criação judicial de direito não é a regra, nem poderia ser. Trata-se de uma hipótese excepcional, a ser verificada apenas quando da omissão de resposta, ou da resposta constitucionalmente insuficiente/inadequada das instâncias políticas às demandas e conflitos sociais.

O certo é que a primazia da construção da “resposta” deve ser conferida às instâncias políticas, que representam, em um regime democrático, a vontade do povo, verdadeiro titular do poder, e do Direito, que é sua expressão. A atividade criadora do juiz legitima-se, então, a construir a resposta (norma) apenas quando esta não é dada pela instância política, ou corrigindo-lhe caso seja dada de forma insuficiente.

Dois exemplos são emblemáticos para demonstrar o fenômeno da “criação judicial do direito” e suas repercussões no Brasil, e sua ligação com uma função representativa a ser exercida pelo Judiciário.

O primeiro exemplo consubstancia-se na edição da súmula vinculante nº 13, publicada em 29/08/2008. Na forma do art. 103-A, da Constituição Federal, incumbe ao Supremo Tribunal Federal, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. São as denominadas súmulas vinculantes. Neste sentido, dispôs o STF através dessa súmula:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Deve-se ressaltar que não havia na Constituição ou na lei federal, a época da edição da súmula, qualquer linha ou dispositivo neste sentido. Inicialmente, o Conselho Nacional de

Justiça, em 18/10/2005, editou a Resolução nº 07/2005, instituindo a vedação do nepotismo no Poder Judiciário com base nos princípios da moralidade e da impessoalidade¹⁴³.

A despeito da inexistência de qualquer previsão escrita em lei ou na Constituição neste sentido, o STF, na ADC nº 12, concedeu a liminar, nos termos do voto do relator, para, com efeito vinculante e *erga omnes*, suspender, até exame de mérito desta ação, o julgamento dos processos que têm por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça; impedir que juízes e tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma resolução e suspender, com eficácia *ex tunc*, ou seja, desde a sua prolação, os efeitos das decisões já proferidas, no sentido de afastar ou impedir a sobredita aplicação.

Os ministros compreenderam, *in casu*, pela constitucionalidade da resolução ante o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Poder Judiciário. Neste caso não se verificou uma criação judicial de direito, mas meramente o reconhecimento da validade da criação por um órgão administrativo, qual seja o CNJ.

Todavia, o fenômeno que aqui se discute pode ser constatado no julgamento do recurso extraordinário nº 579.957-4/RN, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁴³ CONSIDERANDO que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, caput, da Constituição;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados; II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005**. Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências.

O caso tratado cuidou-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que, julgando apelação em ação declaratória de nulidade de ato administrativo, entendeu não existir qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na nomeação de irmão de vice-prefeito de município do Rio Grande do Norte para cargo comissionado em secretaria do mesmo município.

A decisão do TJ-RN considerou inaplicável a Resolução nº 07/2005 do CNJ ao Executivo e ao Legislativo, visto que a competência normativa do CNJ apenas teria incidência no âmbito do Poder Judiciário, assentando que a vedação à prática do nepotismo no âmbito dos demais poderes exigiria a edição de lei formal.

No acórdão deste recurso, precursor da súmula vinculante nº 13, o STF proferiu o seguinte entendimento ementado:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I – Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita.

II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.

III – Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

IV – Precedentes.

V – RE conhecido e parcialmente provido para anular nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante de cargo em comissão.

O ministro relator, cujo voto restou seguido por unanimidade pelo pleno do tribunal, considerou que a vedação ao nepotismo na Administração Pública seria norma a ser extraída diretamente dos princípios administrativos inscritos na Constituição Federal, em especial os da moralidade e a impessoalidade (art. 37, *caput*, CF/88). Neste sentido, cabe transcrição a argumentação do Ministro Ricardo Lewandowski:

Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no *caput* do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. Para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns “bolsões” de atraso institucional que ainda existem no País, basta contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional.

[...]

Desse modo, admitir que apenas ao Legislativo ou ao Executivo é dado exaurir, mediante ato formal, todo o conteúdo dos princípios

constitucionais em questão, seria mitigar os efeitos dos postulados da supremacia, unidade e harmonização da Constituição, subvertendo-se a hierarquia entre a Lei Maior e a ordem jurídica em geral, “como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador ou o administrador pudessem livremente dispor a respeito de seu conteúdo”.

[...]

Esses princípios, dentro os quais destaco o da moralidade e o da impessoalidade, exigem que o agente público pautar a sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atue.¹⁴⁴

Da análise do supracitado caso, duas proposições podem ser aferidas. A primeira é de que o STF, com base em normas de altíssimo grau de abstração e generalidade, quais sejam os princípios da moralidade e impessoalidade administrativa, extraiu norma de alto grau de especificidade: que são proibidas as nomeações para cargo de missão ou de confiança, ou ainda de função gratificada, de cônjuge, companheiro, ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, da autoridade nomeante. A segunda é que a decisão do STF representa um claro alinhamento com o desejo da sociedade em matéria de moralidade administrativa.

O que resta inequívoco, *in casu*, é a percepção de que efetivamente houve uma participação do Poder Judiciário no sentido de “completar” o texto escrito pelo constituinte. A honestidade intelectual inclui dizer que a atividade hermenêutico-jurisdicional exercida não se limitou a “revelar” a norma da Constituição; o STF foi minucioso ao dispor até qual seria o grau de afinidade/colateralidade em que incidiria a vedação ao nepotismo.

O segundo exemplo emblemático acerca do tema aqui discutido é o caso da equiparação das uniões homoafetivas às uniões heterossexuais.

A literalidade do texto constitucional estabelece em seu art. 226, §3º, que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. Assim, de acordo com uma interpretação literal do texto escrito da Constituição, apenas gozaria de proteção estatal a união estável entre homem e mulher.

O STF, à luz de cláusulas gerais como a proibição da discriminação das pessoas em razão do sexo; do pluralismo como valor sócio-político-cultural; da liberdade para dispor da própria sexualidade como direito fundamental, o STF reconheceu uma “mutação constitucional”

¹⁴⁴ BRASIL. STF. RE 579.951-RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2008, DJe de 24.10.2008.

na Carta Magna para “manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo de coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. Confira-se a redação do julgado:

EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. **A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE.** DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais

heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. **Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil.** Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. **Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.**

[...]

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

No caso a decisão do tribunal como se deu reconheceu expressamente o fenômeno da “mutação constitucional”, como dispõe o próprio Min. Ricardo Lewandowski em seu voto divergente que pugnou que a união estável só poderia ocorrer entre o homem e a mulher, mas que se poderia reconhecer a união homoafetiva como entidade de quarto gênero, mas a também ser protegida, *in verbis*:

Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, §4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto.

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist*

vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, por quanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretativo*.

A mutação constitucional pode ser conceituada como o processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos significados e conteúdos antes não contemplados¹⁴⁵. Sua justificativa estaria no caráter dinâmico da ordem jurídica que propicia o redimensionamento da realidade normativa, em que as constituições, sem emenda ou revisões, assumem significados novos.

Dessa forma a mutação constitucional significa uma alteração da norma que se extrai do texto da Constituição, sem que tenha havido prévia alteração do texto. Trata-se de um conceito que demonstra didaticamente a distinção entre a norma, que é o mandamento que se extrai da interpretação do texto e o próprio texto.

Da análise do segundo caso, aferem-se proposições diferentes das proposições do primeiro. No primeiro, o STF, com base em normas de altíssimo grau de abstração e generalidade, extraiu norma de alto grau de especificidade, criando uma proibição antes não explícita no texto constitucional. No segundo caso, o STF não se limitou a “completar” o trabalho do legislador constituinte, tendo efetivamente atualizado o significado do texto literal da Constituição em seu art. 226.

Demais disso, no segundo caso, diferentemente do primeiro, talvez a solução adotada pelo STF não fosse a posição majoritária da sociedade, mas sua atuação foi legitimada pela necessidade de proteção ao direito fundamental à igualdade.

Os dois casos aqui tratados representam, indubitavelmente, uma atuação do Poder Judiciário, em especial do seu órgão de cúpula, que ultrapassa a mera “revelação” da norma aplicável ao caso em seu sentido clássico, mas a própria criação de um direito a ser aplicado. Dessa forma, a criação judicial de direito é um fenômeno inegável na realidade hodierna dos tribunais brasileiros, e não meramente uma constatação nas Cortes estrangeiras.

Nos dois casos aqui tratados, a atuação do Supremo Tribunal Federal demonstra uma atuação “representativa” da Corte na densificação das normas constitucionais abertas. Ou seja, diante de duas situações de omissão das instâncias políticas, a primeira em construir a resposta que a sociedade clamava para combate ao nepotismo e patrimonialismo na Administração Pública e a segunda na mora legislativa em conferir igualdade de direitos aos homossexuais,

¹⁴⁵ BOULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 434.

surgiu a legitimidade do Poder Judiciário para conferir a resposta necessária para a manutenção da integridade do Direito.

É o que se falou no início deste capítulo, o certo é que a primazia da construção da “resposta” deve ser conferida às instâncias políticas, que representam, em um regime democrático, a vontade do povo, verdadeiro titular do poder, e do Direito, que é sua expressão. A atividade criadora do intérprete será legitimada tão somente quando esta não for dada pela instância política, ou na correção da que foi dada de forma insuficiente/incoerente.

O fato é que, em certos contextos específicos, o Judiciário consegue ser melhor intérprete do sentimento majoritário que parte das instâncias políticas. Para justificar essa afirmação, Barroso aduz que os juízes no Brasil são recrutados, na primeira instância, mediante concurso público. Isso significa que pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma Faculdade de Direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, podem ingressar na magistratura. Essa ordem de coisas produziu, ao longo dos anos, drástico efeito democratizador do Judiciário. Por outro lado, o acesso a uma vaga no Congresso envolve um custo financeiro elevado, que obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais. Esse fato produz inevitável aliança com alguns interesses particulares. Por essa razão, em **algumas** circunstâncias específicas, juízes, membros do Ministério Público e advogados são capazes de representar melhor — ou com mais independência — a vontade da sociedade.¹⁴⁶

Conforme leciona Jan Marcel Lacerda em obra de referência¹⁴⁷, na atualidade do pós-Guerra Fria e em meio à globalização, o conceito de democracia representativa tornou-se um imperativo no cenário internacional. A democracia liberal foi promovida universalmente como uma concepção global, formatando uma nova era da democracia global. Entretanto, a expansão global da democracia representativa trouxe o destaque ao crescimento quantitativo das democracias, mas em contraponto às formas qualitativas, ou seja, a solução representativa trazia consigo o abandono da participação popular, na construção da democracia e também uma sobrevalorização da representação.

O fato é que a maior parte das nações do mundo ocidental está imerso em um contexto de crise de representatividade da política que põe em xeque a própria democracia representativa.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. pp. 24-51

¹⁴⁷ LACERDA, Jan Marcel. **A influência da ONU, da OEA, dos seus corpos burocráticos e de suas interações administrativas na promoção e na defesa da democracia na América Latina**. 2017. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p.113.

O Brasil não se exclui desse cenário. A crise da representação política tem sido caracterizada como um fenômeno mundial, colocando em dúvida a legitimidade dos partidos políticos, enquanto agentes de representação de interesses, em corresponder efetivamente às demandas societárias. Num contexto marcado pela emergência de novas formas alternativas de participação política. As redes sociais e a *internet* são fatores importantíssimos para compreender este fenômeno.

Se por um lado, os avanços tecnológicos permitem uma transparência muito maior da utilização e da malversação das verbas públicas, as redes sociais permitem a difusão em escala global e quase automática das informações coletadas. Essa maior e mais rápida exposição de “desmandos” que antes não se tinha notícia com tanta facilidade aumenta o grau de desconfiança e de perda de credibilidade do cidadão em relação às instituições e seus representantes. Ademais, a possibilidade de manifestação através de redes sociais geram para alguns a sensação de que um “representante” político seria dispensável.

Por outro lado, o sucesso nas eleições depende, em boa parte, da realização de campanhas que tendem a envolver um custo econômico elevado. As chances de êxito dos candidatos nos pleitos eleitorais estão geralmente condicionadas à divulgação do seu nome e imagem entre o eleitorado, o que envolve gastos expressivos com a produção de material de propaganda, aquisição de espaço na mídia, contratação de cabos eleitorais, realização de eventos públicos e aluguel de imóveis e veículos, dentre outros. Esta dinâmica do processo eleitoral torna a política extremamente dependente do poder econômico, o que se apresenta problemático para o funcionamento da democracia.

As normas hoje em vigor abrem o sistema político à captura pelo poder econômico. Na esfera econômica, admite-se a desigualdade de riqueza e, conseqüentemente, de poder, desde que respeitadas as normas constitucionais e legais. Na esfera política, ao contrário, a desigualdade é rejeitada: nisso repousa o elemento mais elementar da democracia. Em um sistema democrático, vigora o princípio da igualdade política: todos devem ter iguais possibilidades de participar do processo político e de influenciar na formação da vontade coletiva. Quando a desigualdade econômica produz desigualdade política, estamos diante de um sistema patológico, incompatível com os princípios que integram o núcleo básico da democracia constitucional.¹⁴⁸

¹⁴⁸ CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; RIBEIRO JÚNIOR, Oswaldo. **Petição inicial da ADI 4650.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1432694>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

De acordo com o magistério de John Rawls, a promoção da democracia impõe que se divisem mecanismos que tornem “os legisladores e partidos políticos independentes das grandes concentrações de poder privado econômico e social, nas democracias capitalistas”.¹⁴⁹ Em outras palavras, o funcionamento da democracia pressupõe que se estabeleçam instrumentos que, na medida do possível, imponham uma prudente distância entre o poder político e o dinheiro, tendo em vista a tendência natural deste último de se infiltrar sobre os demais subsistemas sociais, dominando-os.

A consequência inolvidável é a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população. Ademais, a ampla exposição das disfunções do sistema político e das relações muitas vezes obscuras entre representantes políticos e setores empresariais privados passa a revelar uma deterioração da credibilidade do sistema político.

Os problemas e disfuncionalidades da democracia representativa, no atual contexto histórico, não podem ser ignorados. Assim, se antes se falava muito em déficit democrático dos tribunais para a tomada de certas decisões, hoje reconhece-se um déficit democrático na própria representação política.

Neste sentido, como exemplificado nos dois casos aqui tratados relativos - i) à súmula vinculante nº 13, que representou um clamor social para combate ao nepotismo e patrimonialismo na Administração Pública; e ii) ao reconhecimento das uniões afetivas homossexuais, uma afirmação do Estado Democrático de Direito ao princípio da isonomia; - em certos contextos específicos, juízes e tribunais se tornaram mais representativos de anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas que assumiram suas funções através de eleições.

Não se está aqui a defender que o Judiciário pode, a partir de conceitos morais próprios reescrever a seu livre arbítrio o direito posto. O Direito, como expressão do poder, que em nosso regime é titularizado pelo povo, não pode se tornar objeto de decisionismos, subjetivismos e idiossincrasias pessoais do julgador.

Todavia, em algumas ocasiões como as acima elencadas, nas quais o sistema político encontra-se paralisado em razão de interesses patrimonialistas/corporativistas como no caso do nepotismo; ou é incapaz de adotar a decisão política correta quanto a direitos em razão de temer o custo político de curto prazo, como no caso das uniões homoafetivas; não pode o Judiciário quedar-se omissos, condenando toda uma geração aos ônus de um sistema disfuncional.

¹⁴⁹ RAWLS, John. **Justice as Fairness: A Restatement**. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 150.

Nessas situações, em que surge um impasse insuperável no sistema político que ameaça o direito dos cidadãos e a própria credibilidade institucional, cabe ao Judiciário, na qualidade de instância que decide com base na racionalidade própria da argumentação jurídica e não na paixão que envolve a argumentação política, “destravar” o sistema para fazê-lo avançar, resguardando a própria integridade do Direito e os cidadãos.

Percebe-se, então, que em determinadas situações, o Poder Judiciário não age apenas contramajoritariamente, mas de uma forma representativa, isto é, aplicando e compreendendo os institutos jurídicos de forma não a servir propriamente a uma demanda de quem quer que seja, mas a efetivar o espírito público da sociedade daquela época. Essa atuação não livre, e o Judiciário deve se policiar para não que não confunda o interesse subjetivo dos seus membros com aquilo que representa o espírito público. Demais disso, o juiz não deve perder o norte que julga de acordo não com voluntarismos, mas com base na Constituição e nas leis.

Os casos aqui tratados revelam que um certo grau de atividade criativa se inclui na atividade interpretativa. Essa parcela de criação de Direito que ocorre no processo de aplicação da norma pode ser maior ou menor, a depender principalmente do grau de abstração/especificidade do texto objeto da atividade interpretativa. Se se tratar de texto com alto grau de especificidade, haverá um nível menor de criatividade do intérprete na tarefa de aplicação, salvo se necessária a compatibilização do texto expresso com um conjunto de outras normas; no entanto, se se tratar de diploma normativo com alto grau de abstração, o aplicador gozará de maior liberdade interpretativa para aplicação.

Deve-se compreender corretamente, a “liberdade interpretativa” aqui referida, a discricionariedade judicial, não pode ser confundida com a liberdade do intérprete para “escolher” a interpretação que de forma casuística queira aplicar ao caso. Essa “liberdade interpretativa” deve decorrer da sincera e honesta compreensão dos institutos jurídicos.

A liberdade interpretativa depende de um dever de sinceridade intelectual do intérprete. Em dados casos, a verdade, ou a resposta correta no direito, nunca será mais do que uma proposição “subjetivamente” correta.

Nesse sentido, devem ser pontuados critérios para que o Judiciário possa exercer corretamente a sua função representativa de aplicar os princípios e as cláusulas gerais, de forma a que não haja uma usurpação da função legislativa e representativa dos demais Poderes, que constituem efetivamente os Poderes políticos da República, mas que também não negue à sociedade os direitos e avanços sociais que muitas vezes constituem uma necessidade, mas que não são efetivados em razão de um sistema político em crise.

Em que pese deva ter em mente que a sua função criativa é tão somente secundária, visto ser incumbência constitucional dos poderes políticos (Legislativo e Executivo) a criação do Direito, fato é que a aplicação de normas de alto grau de abstração como princípios e cláusulas gerais em verdade aproxima as funções jurisdicional e legislativa do Estado. Sendo assim, a aplicação dessas normas requer do juiz, sobretudo o constitucional, uma visão mais ligada ao macrouniverso social, econômico, cultural, do que ao microcosmo da lide individual. Requer uma técnica que aproxime o trabalho do criar e de aplicar o Direito.

Uma técnica para as decisões judiciais que terão por base princípios e cláusulas gerais que, ao limitar a discricionariedade judicial, possa legitimar a atuação representativa do Judiciário, oferecendo parâmetros para evitar arbitrariedades, subjetivismos e decisionismos no papel do intérprete de coparticipante do processo de criação/aplicação da norma. Isto é, uma técnica de decisão para a criação interpretativa de direito.

4.3 Parâmetros para a criação judicial de direito

Conforme se pontuou anteriormente, não faz sentido que uma certa teoria do Direito afirme que os juízes não exercem ou não podem exercer certa parcela de criação do Direito, mas que tão somente aos legisladores cumpre tal missão, e que os juízes devem se ater ao sentido literal da lei, e que, ainda assim, os juízes continuem a criar o Direito, alargando/alterando/reescrevendo interpretativamente a própria norma que se extrai do texto, e suas decisões continuem a ser válidas e cumpridas.

A necessidade é de estabelecimento de um método ou de critérios para o exercício da “liberdade interpretativa” na aplicação dos textos jurídicos, de forma que haja legitimação no exercício da atividade hermenêutica de aplicação, notadamente no que se refere à aplicação de normas abertas como princípios e cláusulas gerais, e para que se possa aferir o que constitui arbitrariedade ou desvio nesse mister.

Inúmeros teóricos deram a sua contribuição neste sentido.

MacCormick ¹⁵⁰ construiu uma detalhada teoria sobre a argumentação jurídica, pretendendo não apenas demonstrar como avaliar se uma decisão está corretamente fundamentada, como também prescrever os passos para construir uma boa decisão. Entre esses passos, destaca-se a noção de coerência como expressão de uma racionalidade que deve

¹⁵⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

transparecer na decisão tanto de maneira interna (racionalidade entre os argumentos utilizados na decisão) quanto externa (conexão racional entre os argumentos utilizados, os fatos narrados e o ordenamento jurídico como um todo).

Por sua vez, Ronald Dworkin, nas diversas obras, inclusive nas abordadas por esse trabalho, é possível extrair-se, outrossim, critérios para uma técnica de decisão com base em princípios, defendendo a tese da existência de uma resposta correta e de acordo com o ordenamento previamente estabelecido, bem como da sua visão do Direito como integridade¹⁵¹.

Robert Alexy, em esforço semelhante, cunhou uma técnica de decisão para aplicação de princípios jurídicos, apresentando a “tese qualitativa” da distinção entre regras e princípios, que utiliza o modo de aplicação de cada espécie de norma como critério distintivo suficiente da separação. Enquanto a aplicação das regras envolve uma operação intelectual simples denominada de subsunção, a técnica para decisão com base em princípios implicaria um sopesamento, um dimensionamento do peso normativo de cada um diante do caso concreto à luz do mecanismo da proporcionalidade. A estrutura da proporcionalidade divide-se em três sub-regras que devem ser analisadas em sequência: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. A sequência deste procedimento teórico, uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica, seria capaz de conduzir a decisões judiciais dotadas sempre de racionalidade¹⁵².

A apresentação mais aprofundada das técnicas, bem como a indicação de algumas críticas a certos pressupostos das teorias desenvolvidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy foram demonstradas no capítulo anterior. Neste capítulo, pretende-se aproveitar as contribuições dos três autores supracitados para realizar apontamentos para um método de decisão com base em normas abertas.

MacCormick inicia a exposição de sua teoria esclarecendo que reputa ser a argumentação jurídica uma ramificação da argumentação prática, ou seja, uma aplicação da razão, por parte dos seres humanos, de modo a decidir qual a forma correta de se comportarem em situações em que haja possibilidade de escolha. Nessa linha, defende, em contraponto aos chamados cétricos, ser possível ao direito servir-se da lógica e do raciocínio dedutivo para justificar as decisões. Dessa forma, sustenta que, se é certo que a argumentação jurídica não é exclusivamente dedutiva (silogística), o raciocínio dedutivo não pode ser desconsiderado, tendo um papel relevante na argumentação jurídica, na medida em que a dedução lógica responde por

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁵² ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. Ed. México: Fontamara, 1992.

uma parte do âmbito formal de correção de uma decisão que estabelece limites – formais – dentro dos quais o juiz tem o dever de decidir.

No entanto, há situações em que não há uma regra clara da qual se deduza o mandamento normativo ou mesmo um precedente específico vinculativo. Aqui se passa a estar no âmbito dos chamados *hard cases*, nos quais as soluções precisam ser construídas visto o sistema não oferecer uma resposta “pré-pronta”. A proposta de MacCormick é oferecer um “roteiro” por meio do qual possamos escolher quais propostas interpretativas seriam mais adequadas. Nesse teste de adequação, deve verificar-se: **i)** o requisito de universalidade; **ii)** um juízo de consequência; **iii)** o critério de coerência e consistência.

O **requisito da universalidade** indica que a decisão deve conter uma premissa geral, de modo que possa ser reproduzida, no caso de ocorrer uma situação idêntica em outro momento. Assim, sempre que se constatar a presença dos fatos A, B e C, teremos a resposta “D”¹⁵³. Tal requisito evita o casuísmo na densificação das normas abertas, isto é, que se aplique um princípio ou uma cláusula geral para beneficiar ou prejudicar determinado indivíduo e nunca mais se aplique a norma da mesma maneira. De forma exemplificativa, podemos visualizar este requisito de universalidade na seara penal como a vedação de se “aplicar a lei de acordo com o réu”, isto é, de ser mais rigoroso na aplicação da lei penal em razão do grau de simpatia ou não com o acusado; por sua vez, no âmbito da judicialização da saúde, este requisito pode ser visualizado na concessão de determinado tratamento médico a determinado requerente apenas se possível a concessão a todos os outros, o que entra dentro de um juízo de “reserva do possível”.

A ideia de universalidade como capacidade de um argumento ser igualmente aplicado a todos, é tema nuclear na teoria de MacCormick. Percorrendo sua obra, vê-se que essa ideia, na medida em que está ligada ao ideal de igualdade, se espalha sobre os demais conceitos desenvolvidos – especialmente o de coerência. Nesse ponto, uma interessante distinção trazida por MacCormick – como uma resposta aos seus críticos – é a que se dá entre universalidade e generalização. Para o autor, é importante ter em conta que, em termos dicotômicos, universal opõe-se a particular e geral contrasta com específico. Daí decorre que geral e específico admitem gradações – pois são propriedades quantitativas –, enquanto universal e particular não as admitem, uma vez que se tratam de propriedades lógicas.¹⁵⁴

¹⁵³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 183.

¹⁵⁴ MARTINS, Argemiro. ROESLER, Cláudia. JESUS, Ricardo. **A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick**: caracterização, limitações, possibilidade. P. 9. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3281/2064>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

Por sua vez, o **juízo de consequência** consubstancia-se na ideia de que, para que os juízes formularem uma “boa decisão”, devem avaliar as consequências dessa norma criada no mundo. Nesse ponto, distinções importantes se fazem necessárias. Trata-se aqui de avaliar as consequências normativas que a nova regra impõe. Deve-se refletir sobre as consequências da possível internalização da nova norma criada em comparação com as regras rivais que se apresentam como possibilidades decisórias de um caso concreto. Não se trata de um consequencialismo fático, mas de uma previsão de que conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular.¹⁵⁵

Assim, o juízo de consequência de MacCormick não é o mesmo adotado pelos utilitaristas, isto é, não se restringe às implicações para as partes do caso, mas também às consequências da norma em que se baseia a decisão, ou seja, constitui um utilitarismo que não se limita ao valor da utilidade, mas também a outros valores, tais como justiça e conveniência pública.¹⁵⁶

No entendimento aqui adotado, compreendo que em certa medida deva existir o juízo de consequência do julgador no momento de decidir com base em normas de alto grau de abstração. Como exposto anteriormente, um sistema jurídico baseado em normas de baixo grau de especificidade, como cláusulas gerais e princípios, privilegia a densificação e construção normativa por parte dos órgãos irão aplicar a norma, sejam jurisdicionais ou administrativos, enquanto um modelo de alto grau de especificidade normativa – formado majoritariamente por regras – concentra o poder de decisão no topo do sistema político.

Dessa forma, quando o sistema político cria uma norma altamente específica, como uma regra, cabe ao intérprete apenas a aplicá-la, salvo caso a compreenda inconstitucional ou ilegal. Todavia, quando se baseia um sistema jurídico em normas altamente abstratas, o esforço de construção e densificação da norma será realizado quando da aplicação. Sendo assim, o trabalho do intérprete será muito mais próximo do trabalho do legislador, há uma aproximação entre o que é aplicação e o que é criação de Direito. Sendo assim, é indubitável que o aplicador deve realizar um juízo econômico, social, entre outros, das consequências da norma no mundo fenomênico.

E o fato é que o próprio legislador brasileiro compreende que um certo juízo de consequência a ser realizado pelo aplicador é necessário. Tanto é que o Código de Processo Civil de 2015 prevê uma série de instrumentos a possibilitar a realização de um juízo de

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 183.

consequência pelos tribunais, a exemplo das figuras do *amicus curiae*, que admite a participação de terceiros com representatividade adequada para fornecer memoriais e estudos a melhor subsidiar a decisão, e das audiências públicas¹⁵⁷.

Finalmente é necessário que a decisão seja dotada de coerência e consistência/coesão. A coerência exige que as normas do direito vigente envolvam valores válidos para a sociedade, enquanto a coesão é um termo mais estrito: exige que nenhuma das normas esteja em contradição com as outras normas do sistema. Uma primeira distinção importante diz respeito à diferença entre consistência e coerência. Essa é uma distinção muito própria da teoria que estamos analisando e que, provavelmente, não tem tanta importância para outros autores que trabalhem com a ideia de coerência. O autor interpreta a consistência como sendo satisfeita pela não contradição. Dessa forma, olhando para um grupo de proposições, o conjunto delas é consistente quando não se observa contradição de umas com as outras. É coerente quando o grupo de proposições, tomadas em seu conjunto, faz sentido como um todo.

Demais disso, o autor acrescenta uma importante característica que distingue a consistência e a coerência em termos lógicos: a ligação entre a ideia de coerência e caráter valorativo do ordenamento jurídico. Dessa forma, enquanto a consistência é a ausência de contradição lógica entre duas ou mais regras, a coerência é a “compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um princípio comum.”¹⁵⁸

A teoria de MacCormick distingue, ainda, a coerência em coerência narrativa e coerência normativa.

A coerência narrativa diz respeito aos fatos e se revela um importante componente na justificação das decisões jurídicas. É preciso que, ao fundamentar uma decisão, os fatos narrados façam parte de uma sequência inteligível de eventos que façam sentido como um todo.

¹⁵⁷ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. [...]

Art. 927 § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

¹⁵⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 301.

O teste para verificar a coerência fática não pode prescindir dos elementos da experiência racional, juízos probabilísticos de senso comum, combinados com causalidades produzidas pelo conhecimento científico. Apesar de a teoria construída por Maccormick decompor o critério de coerência entre coerência normativa e coerência narrativa, o autor reconhece que, na análise das decisões judiciais, ambos os aspectos de coerência devem caminhar juntos. Se a coerência narrativa tem um caráter diacrônico (fatos narrados no tempo) e a coerência normativa caracteriza-se por ser sincrônica (um olhar sobre a norma vigente naquele momento), ambas devem refletir um ideal de sistematicidade que a ordem jurídica, se não revela, deve pelo menos perseguir.¹⁵⁹

Além disso, a análise das normas que vigoram no ordenamento jurídico exhibe, também, sob certo aspecto, um caráter diacrônico. Trata-se da constatação de que a interpretação que os teóricos e os próprios aplicadores do direito fazem das normas é cambiante no tempo. Aqui se verifica uma tensão, uma vez que a análise da coerência de uma decisão deve perceber que, por vezes, a conexão com as decisões (e as interpretações) do passado deve ceder em face da necessidade de mudança imposta para preservar um princípio maior que é a coerência com o sistema como um todo (com o sistema do Estado Democrático de Direito, por exemplo)¹⁶⁰.

Acredito que as ponderações acima, consubstanciadas em um requisito de universalidade da decisão, um juízo de consequência da mesma, e a necessidade de coerência consistem em bons pressupostos para uma decisão judicial que se pautará em normas de alto grau de abstração.

Todavia, tais requisitos por si só, não garantiriam a justiça nem a isonomia se não houver por parte do aplicador uma compreensão de “integridade” do Direito, como bem pontuou Ronald Dworkin. Assim, este trabalho compreende que, uma técnica de decisão baseada em normas abertas que pretenda reduzir os efeitos deletérios do decisionismo, casuismo e subjetividade ao Direito, deve realizar uma leitura conjunta de ambas teorias.

Ronald Dworkin e sua tese da resposta correta ofereceriam a ferramenta final para a construção de uma teoria da decisão judicial com base em princípios e normas abertas. Para Dworkin, mesmos nos casos em que presente a existência de mais de uma solução jurídica, isto é, mais de uma possibilidade jurídica e hermeneuticamente defensável, o direito teria sempre uma resposta. Dessa forma, a discricionariedade judicial seria um fenômeno apenas objetivo,

¹⁵⁹ MARTINS, Argemiro. ROESLER, Cláudia. JESUS, Ricardo. **A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick**: caracterização, limitações, possibilidade. P. 9. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3281/2064>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

visto a multiplicidade de interpretações e compreensões aceitáveis da decisão jurídica, todavia não haveria discricionariedade judicial subjetiva, pois haveria uma resposta correta a ser tomada por cada julgador, em face das decisões tomadas anteriormente pelos tribunais e por ele próprio.

Isso porque o direito teria uma história institucional, coletiva, impondo que a aplicação de princípios a observe para que haja a manutenção da integridade do direito.

Nesse contexto de respeito do juízo a uma “história institucional”, Dworkin apresenta uma aproximação metodológica entre o Direito e a Literatura ao dispor da figura do “romance em cadeia”, em que compara o trabalho do juiz com o de um romancista. Esse romance em cadeia é uma metáfora para o Direito/jurisprudência, devendo ser escrito de forma coletiva, impondo a quem deve escrevê-lo um dever de coerência. Assim, quanto mais se desenvolvem os capítulos, maior será a vinculação narrativa/histórica do próximo autor que também é um intérprete. Como o romancista de um romance em cadeia, o juiz também se encontra vinculado a uma cadeia de precedentes, e a sua observância é um dever de coerência.

A perspectiva de um “romance em cadeia” busca impedir que o autor/intérprete proceda de modo subjetivista/solipsista – no sentido de que a história “começaria” nele e, portanto, poderia fazer o que bem entendesse. O Direito é uma única história, iniciada antes dele e continuada como se escrita por um só, mas que em realidade seja uma obra de inúmeras mãos¹⁶¹.

Dessa forma, embora em certos casos difíceis cuja decisão tenha por fundamento normas de alto grau de abstração, como os princípios, não seja possível afirmar a existência de uma única e universal resposta, que seja **objetivamente** correta, existirá uma resposta **subjetivamente** correta. Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida. Esse intérprete não pode ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria (integridade) e não pode ignorar as suas próprias decisões anteriores, bem como as premissas que estabeleceu em casos precedentes (coerência). Nas lúcidas palavras do Min. Luís Roberto Barroso, “um juiz não é livre para escolher de acordo com seu estado de espírito, suas simpatias ou suas opções

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, **e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.** Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume; a ambição de ser uma comunidade de princípios.”

estratégicas na vida. Um juiz de verdade, sobretudo um juiz constitucional, tem deveres de integridade e de coerência.”¹⁶²

Neste sentido, este trabalho sugere um procedimento bifásico para como técnica para decisão com base em normas abertas. A primeira parte do procedimento observa a existência ou não de uma norma específica positivada. Em existindo, e sendo constitucionalmente legítima e suficiente, o juiz deve ter deferência para com a solução adotada pelo legislador, em especial nas questões técnicas. Inexistindo norma específica, ou existindo mas consubstanciando em uma previsão constitucionalmente legítima e insuficiente, passa-se para a segunda parte do procedimento, pelo qual o intérprete construirá a solução jurídica à luz de um juízo de consequência, observando o requisito da universalidade, bem como preservando a integridade do Direito e a coerência das próprias decisões tomadas anteriormente pelo tribunal e por ele mesmo.

Como forma de exemplificar a metodologia que aqui se propõe para aplicação de normas de alto grau de abstração, como princípios e cláusulas gerais, utilizaremos como ilustração um caso enfrentado pelo presente autor na sua atribuição funcional de Procurador do Estado.

Em sede de consulta formulada pela Secretaria de Estado da Cultura e Turismo, indagou-se quanto a legalidade e moralidade de um beneficiário de projetos culturais incentivados fazer parte da Comissão de Análise de Projetos Culturais Incentivados – CAPCI, como membro titular indicado por uma das instituições representadas na Comissão, de modo a avaliar e aprovar incentivos fiscais a projetos culturais.

Para melhor compreensão do objeto da consulta, transcreve-se o noticiado no Ofício nº 849/2017/GAB/SECTUR que remete a consulta, retirados os nomes originais de forma a proteger direitos fundamentais:

Para expor melhor a dúvida, recorremos aos fatos, com a seguintes ponderações:

A Lei nº 9.437/2011, dispõe sobre a concessão de incentivo fiscal para contribuinte de ICMS que financiar projeto cultural. Conforme o artigo 1º da referida lei, fica instituído incentivo fiscal ao contribuinte do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação – ICMS, que apoiar financeiramente projeto cultural aprovado por esta Secretaria de Estado

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. P. 35.

da Cultura e Turismo – SECTUR, com estabelecimento cadastrado na SEFAZ¹⁶³.

[...]

A concessão do incentivo acima fica condicionada, dentre outro, a prévia aprovação do projeto cultural por esta SECTUR.

A Resolução nº 01/2012, insituiu (sic) a Comissão de Análise de Projetos Culturais Incentivados – CAPCI. É a CAPCI a responsável pela avaliação e aprovação de projetos culturais que buscam o amparo da Lei nº 9.437/2011, vejamos:

[...]

Em 02/08/2017 está (sic) SECTUR recebeu o Ofício nº 016/2017, do Instituto Histórico e Geográfico do Maranhão – IHGM, indicando os senhores J, e E, como representantes do IHGM junto a CAPCI (**anexo 1**).

Em resposta, foi encaminhado ao IHGM o Ofício nº 775/2017-GAB-SECTUR, solicitando a indicação de novo membro para compor a Comissão de Mérito da CAPCI, considerando que o Sr. J possui diversos projetos culturais incentivados, os quais atua direta e indiretamente, nesta SECTUR (...)

Em verdade, os projetos culturais incentivados os quais o sr. J atua direta e indiretamente nesta SECTUR, somam o montante de **R\$ 7.149.963,50 (sete milhões, cento e quarenta e nove mil, novecentos e sessenta e três reais e cinquenta centavos)**.

A discussão, então, origina-se da indicação do Sr. J¹⁶⁴, cujos projetos culturais incentivados em que atua direta ou indiretamente, segundo a Secretaria consultante, somariam o montante de R\$ 7.149.963,50 (sete milhões, cento e quarenta e nove mil, novecentos e sessenta e três reais e cinquenta centavos), para integrar a Comissão de Projetos Culturais Incentivados – CAPCI/SECTUR responsável para aprovar e selecionar os mesmos projetos culturais incentivados.

Considerou-se que, em que pese a inexistência de regra normativa específica a estabelecer vedação para a indicação em questão, deve-se compreender que norma não é sinônimo de regra específica. O ordenamento jurídico consubstancia-se em um conjunto de normas, que por sua vez, constituem um gênero a abarcar como espécies as regras e os princípios jurídicos.

Sendo assim, ao criar normas jurídicas através de princípios de alto grau de abstração, o legislador, seja o constituinte ou ordinário, possibilita ao intérprete completar o sentido da norma ao aplicar-lhe. Ao intérprete já não caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se

¹⁶³ ESTADO DO MARANHÃO. Secretaria de Estado da Cultura e Turismo. **Ofício nº 849/2017/GAB/SECTUR endereçado à Procuradoria Geral do Estado**. São Luís, 21 de setembro de 2017.

¹⁶⁴ Nome retirado para preservação de direitos fundamentais.

coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Nesse sentido, para demonstração de como o intérprete se torna cocriador da resposta jurídica ao aplicar diretamente as normas abertas, transcrevo trechos do parecer de minha lavra no caso acima descrito:

Os princípios jurídicos fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Princípios como a moralidade e impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88) não encerram integralmente seu enunciado normativo, para sua aplicação pelo intérprete sua função não se limitará à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.

[...]

A Constituição da República de 1988 dispõe em seu art. 37, *caput*, que “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*”.

O princípio da impessoalidade objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. À luz do interesse público veda-se que a coisa pública seja utilizada para favorecimento de alguns indivíduos em detrimento de outros, veda-se a atuação discriminatória¹⁶⁵.

Por sua vez, como nos ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁶⁶ o princípio da moralidade administrativa diferencia-se da moral comum, atuando como peculiar derivação dos conceitos de legitimidade política e de finalidade pública. A finalidade é a previsão em abstrato, e a legitimidade, como resultado da aplicação, define-se em concreto. Assim, enquanto a moral comum é orientada por uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, distintamente **a moral administrativa é orientada por uma diferença prática entre a boa e a má administração.**

O Min. Celso de Mello, outrossim, nos brinda com o seu conceito de moralidade administrativa:

“O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais.

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma Paula de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.”¹⁶⁷

¹⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. P. 20.

¹⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 102.

¹⁶⁷ STF. Pleno. RTJ 182/525-526, **Rel. Min. Celso de Mello**. INFORMATIVO Nº 495, 27-02-08.

Para Humberto Ávila, “o princípio da moralidade administrativa estabelece um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade nas relações entre o poder público e o particular, para cuja promoção são necessários comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos¹⁶⁸”.

No mesmo sentido nos ensina a Min. Carmen Lúcia¹⁶⁹, para quem o princípio da moralidade administrativa tem uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Toda atuação administrativa parte deste princípio e a ele se volta. Os demais princípios constitucionais, expressos ou implícitos, somente podem ter a sua leitura correta no sentido de admitir a moralidade como parte integrante do seu conteúdo. Assim, o que se exige no sistema de Estado Democrático de Direito no presente, é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa.

[...]

O Supremo Tribunal Federal brasileiro tem adotado, nas últimas décadas, entendimentos que buscam reverter essa tendência, dando efetividade à Constituição, através da aplicabilidade direta dos seus princípios. A súmula vinculante nº 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 21/08/2008, é exemplo desta aplicação direta. Dispõe a súmula que:

“Súmula Vinculante 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

A súmula é oriunda do seguinte precedente:

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. **NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.** I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. **II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.** IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.

(STF - RE: 579951 RN, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO)”

Dessa forma, para a edição da súmula vinculante nº 13 e no recurso extraordinário nº 579.951-RN, **o Supremo Tribunal Federal entendeu que os princípios constitucionais são de aplicabilidade imediata, não exigindo lei formal para ocasionar a sua prevalência em situações claras.** A partir de dois princípios de altíssimo grau de abstração, a moralidade e a

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 38.

¹⁶⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. PP. 213-214.

impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF/88), o STF extraiu a regra da vedação ao nepotismo, estabelecendo a regra de nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante, considerando dispensável a edição de lei expressa nesse sentido.

O princípio da moralidade e da impessoalidade administrativos são conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo que assombra o Estado brasileiro.

O historiador Sérgio Buarque de Holanda, em sua clássica obra *Raízes do Brasil*, ao dissertar sobre as origens da dificuldade de separação entre o público e o privado pelos detentores do poder em nossa sociedade, afirmou:

“Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles se auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.”¹⁷⁰

Dessa forma, a vedação da situação aqui tratada não se dá apenas pela edição de lei em sentido formal ou de outros diplomas regulamentares. Os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais.

A sua inobservância, atribuindo-lhes uma natureza apenas programática, esfacela a normatividade da Constituição. Independentemente da proeminência que ostentam no âmbito do sistema ou da abrangência de seu impacto sobre a ordem legal, os princípios constitucionais são sempre dotados de eficácia, que lhes deve ser atribuída pela intérprete, seja juiz, seja administrador público.

[...]

Compreendo que, *in casu*, a indicação do Sr. J para integrar a Comissão de Projetos Culturais Incentivados – CAPCI/SETUR viola os princípios da moralidade e da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF/88).

Conforme noticiado pelo Ofício nº 849/2017/GAB/SECTUR, os projetos culturais incentivados nos quais o Sr. J atua, direta e indiretamente, na SECTUR somam o montante de R\$ 7.149.963,50 (sete milhões, cento e quarenta e nove mil, novecentos e sessenta e três reais e cinquenta centavos). O fato é que a presença de um beneficiário de incentivos de tão expressivo valor em comissão responsável por justamente aprovar e avaliar a concessão desses incentivos poderia originar uma situação privilegiada em relação a informações de incentivos e de aproximação institucional com os demais avaliadores, o que poderia ocasionar a quebra da isonomia e da impessoalidade no processo de seleção/aprovação dos projetos culturais incentivados.

Quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, por lei deve-se entender o conjunto do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade formal

¹⁷⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. P. 146.

e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecido na própria Constituição e nas normas dela derivadas. Assim, é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa.

Como conclusão deste parecer e com arrimo nas lições do Min. Gilmar Mendes¹⁷¹, revela-se que a indeterminação semântica dos princípios da moralidade e impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da proibição de beneficiário de incentivo figurar como membro de comissão ou conselho cuja atribuição é avaliar e aprovar projetos a serem beneficiados com o mesmo incentivo. Como bem anota García de Enterría, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um núcleo fixo, uma zona de certeza, que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. A proibição da indicação de beneficiário de incentivo figurar como membro de comissão ou conselho cuja atribuição é avaliar e aprovar projetos a serem beneficiados com o mesmo incentivo está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Desse modo, admitir que tão somente o Legislativo caberia, mediante ato formal, explicitar os princípios constitucionais em questão seria mitigar os postulados da supremacia, unidade e harmonização da Constituição, subvertendo-se a hierarquia entre a Lei Maior e a ordem jurídica em geral. **Em outras palavras, ao intérprete é dado o dever-poder de aplicar diretamente as promessas da Constituição que estão consubstanciadas em seus princípios.**

Quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida pelas leis da República. Sendo assim, não é possível a indicação para órgão responsável por aprovar, avaliar e selecionar beneficiários de incentivo público de pessoas que sejam ou tenham interesse no recebimento de tais benefícios.

Desta feita, concluo que a indicação de beneficiário de projetos culturais incentivados ou de outro benefício estatal, como membro titular ou suplente de Comissão ou órgão responsável por avaliar, aprovar ou selecionar os projetos ou beneficiários **é incompatível com o sistema constitucional, por violar os princípios fundamentais da moralidade e impessoalidade administrativas que constituem o substrato ético-jurídico da própria Administração Pública.**

III. CONCLUSÃO

Ante o exposto e em face dos seguintes argumentos:

- 1) Considerando que ordenamento jurídico se consubstancia em um conjunto de normas, que por sua vez, constituem um gênero a abarcar como espécies as regras e os princípios jurídicos;
- 2) Considerando que o art. 37, *caput*, da Constituição da República dispõe que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;

¹⁷¹ STF - ADC-MC: 12 DF, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 16/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001

- 3) Considerando que o princípio da moralidade – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais;
- 4) Considerando que o Supremo Tribunal Federal brasileiro compreende a aplicabilidade direta dos princípios inscritos na Constituição Federal e que ao intérprete é conferido o dever-poder de aplicar diretamente as promessas da Constituição que estão consubstanciadas em seus princípios.
Esta Procuradoria Geral do Estado manifesta-se no sentido da que a indicação de beneficiário de projetos culturais incentivados ou de outro benefício estatal, como membro titular ou suplente de Comissão ou órgão responsável por avaliar, aprovar ou selecionar os projetos ou beneficiários **é incompatível com o sistema constitucional, por violar os princípios fundamentais da moralidade e impessoalidade administrativas que constituem o substrato ético-jurídico da própria Administração Pública.**
Por isto mesmo, impõe-se a impossibilidade jurídica de indicação/nomeação do Sr. J para integrar como membro a Comissão de Projetos Culturais Incentivados – CAPCI/SECTUR, em razão de sua condição de beneficiário de projetos culturais incentivados.¹⁷²

A aplicação direta das normas abertas no caso acima exemplificado observou a metodologia aqui proposta.

O **requisito da universalidade** indica que a decisão deve conter uma premissa geral, de modo que possa ser reproduzida, no caso de ocorrer uma situação idêntica em outro momento. Não há óbice à reprodução do mandamento que pode ser extraído da *ratio* do parecer em situações semelhantes, isto é, não há casuísmo.

Por outro lado, o juízo de consequência implica na avaliação das consequências da norma no mundo fenomênico. A norma revelada, que denota a impossibilidade jurídica de indicação/nomeação de cidadão que possua benefício/incentivo para integrar como membro a comissão de avaliação para concessão dos benefícios/incentivos, guarda relação com a probidade, moralidade e impessoalidade administrativas, na forma demonstrada no corpo do parecer.

Por sua vez, em relação à coerência, em que pese a ausência de prévias decisões nesse sentido, o entendimento adotado coaduna-se analogicamente com aquele esposado pelo Supremo Tribunal Federal na súmula vinculante nº 13. Dessa forma, no entendimento adotado foram levados em conta os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria (integridade) bem como as premissas que foram estabelecidas nos casos precedentes.

¹⁷² ESTADO DO MARANHÃO. Procuradoria Geral do Estado. **Parecer nº 1340/2017-ASS PGE/MA, de 17 de outubro de 2017.** Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE BENEFICIÁRIO DE INCENTIVOS ESTATAIS INTEGRAR COMISSÃO ENCARREGADA DE AVALIAR E APROVAR A CONCESSÃO DE INCENTIVOS. APLICABILIDADE DIRETA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE.

Dessa forma, as limitações impostas à discricionariedade interpretativa devem ser processuais e substantivas. As limitações processuais garantem a justiça do exercício do poder da discricionariedade judicial. O julgador deve tratar as partes igualmente. Ele deve basear sua decisão nas evidências apresentadas ao tribunal, e deve fundamentar essa decisão. Acima de tudo, o juiz deve agir de forma imparcial, sem recurso a preconceitos ou pré-juízos pessoais. As limitações substantivas significam que o exercício do poder discricionário deve ser racional, consistente e coerente, o requisito da universalidade, o juízo da consequência, e a necessidade de coerência devem ser observados. O juiz deve agir razoavelmente, levando em consideração as restrições institucionais impostas pelas outras partes do sistema jurídico

Compreende-se, para fins deste trabalho, que a adoção dos parâmetros processuais e materiais possibilita um controle, uma limitação à discricionariedade interpretativa que legitima a criação interpretativa de direito em certos casos, diante da necessidade de aplicação direta de normas abertas como princípios e cláusulas gerais.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho discutiu a existência de um elemento criativo no processo interpretativo, notadamente quando diante de normas abertas, como princípios e cláusulas gerais, que tornam fluida a fronteira entre o Direito e a Política, e cuja interpretação aproxima as funções de legislar e aplicar o Direito. Sendo assim, debruçou-se sobre o atual papel do Judiciário brasileiro, que não se subsume apenas à noção do “legislador negativo”, limitando-se a aplicar um direito já anteriormente acabado, mas atuando como coparticipante ativo na construção/criação do direito, tendo por objetivo analisar a legitimidade e possibilidade de racionalização dessa nova função, que, não se adequa à clássica tripartição de Poderes.

Para tanto, perquiriu-se acerca da existência ou não de uma discricionariedade judicial no direito e da legitimidade da criação judicial de direito na obra de autores nacionais e estrangeiros, como Benjamin Cardozo, Hans Kelsen, Hart, Luís Roberto Barroso, Robert Alexy e Ronald Dworkin, apresentando a contribuição dos mesmos para o debate, na tentativa de estabelecer parâmetros e critérios para uma teoria da decisão com base em normas abertas que confira legitimidade/razionalidade ao modo como é exercida a atividade jurisdicional hodiernamente. Esse campo de atribuição criativa que vem sendo conferido aos tribunais em razão da judicialização e de um sistema constitucional abrangente e com múltiplas portas de acesso, e que aproxima a função de aplicar o Direito da função de criar o próprio Direito.

Apresentou-se, ainda, o debate acerca do denominado “poder hermenêutico dos juízes”, isto é, o poder que o juiz possui enquanto intérprete das normas. A discussão acerca da existência de uma discricionariedade judicial surge da questão de saber se os juízes apenas interpretam ou também criam o Direito, ou mesmo se em toda interpretação estaria escondido um ato de criação.

O positivismo exegético ao tentar nulificar o papel criativo do intérprete, partindo da premissa de que os Códigos seriam instrumentos jurídicos aptos a abarcar e normatizar toda a realidade e situações sociais, revelou-se insubsistente diante de uma gama surpreendente de manifestações políticas, econômicas, sociais e culturais, que a cada dia ressurgem, se modificam ou se renovam, o que dificilmente poderia ser abarcado em códigos e leis criados pela razão humana. Da mesma forma se revela ilusória a crença que a atividade interpretativa poderia se resumir a um ato mecânico, através de juízos silogísticos, a mera subsunção do fato à regra posta.

Para o positivismo normativista romano-germânico, o ordenamento jurídico forneceria, em muitos casos, apenas moldura, conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades, continua ele, seria um ato político, isto é, plenamente discricionário.

Dworkin, com sua tese da resposta correta, rejeita a existência de uma discricionariedade judicial e da criação judicial de direito nos denominados casos difíceis. O jurisdicionado teria direito a uma resposta pautada no ordenamento previamente estabelecido, assim não haveria discricionariedade judicial subjetiva pois haveria uma resposta correta a ser tomada por cada julgador, em face das decisões tomadas anteriormente pelos tribunais e por ele próprio, e da visão do Direito como uma comunidade de princípios.

Para Hart, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre casos juridicamente não regulados em que relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo Direito. Nesses casos, em que o Direito se apresenta como parcialmente indeterminado ou incompleto, o juiz cria direito novo, preenchendo as lacunas através do exercício de um poder discricionário. Todavia, esses poderes seriam “intersticiais”, sujeitos a muitos constrangimentos substantivos, não podendo ser utilizado de maneira arbitrária.

O fato é que, em muitas situações, o texto normativo é polissêmico, ou mesmo apresenta conceitos em um elevado grau de abstração, como os princípios. Assim, em relação a inúmeras questões a solução dos problemas não se encontra pré-disposta no ordenamento jurídico. Ela precisará ser construída argumentativamente pelo intérprete, a quem caberá formular juízos de valor e optar por uma das soluções comportadas pelo ordenamento. Denomina-se essa maior participação subjetiva do juiz como discricionariedade judicial.

Não se está aqui a falar de uma discricionariedade política, em que o intérprete “escolhe” um significado por interesses muitas vezes inconfessáveis. A discricionariedade judicial tem relação não com uma subjetividade política, mas com a dimensão subjetiva que afeta inequivocamente o processo interpretativo e decorre da sincera compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época.

Como discutido, a moldura normativa proposta por Kelsen revela de forma nua e escancarada a realidade muitas vezes observada nos tribunais, devendo ser compreendida como uma compreensão descritiva e não prescritiva da decisão judicial. Em que pese o brilhantismo do criador, em nossa concepção, não satisfaz o papel da teoria jurídica, que deve ser não de apenas descrever o fenômeno jurídico, mas também de buscar otimizá-lo.

Desta feita, para fins deste trabalho, o conceito adotado para a expressão “discrecionalidade judicial” reflete-se como o reconhecimento de que, para além de uma função puramente técnica de conhecimento, o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação. Em certos momentos interpretativos, em face da plurissignificação ou de alto grau de abstração de um texto normativo, admitir-se-á na atuação do julgador uma dimensão subjetiva. Não a subjetividade da vontade política própria, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos. Dessa forma, esta dimensão subjetiva estará subordinada aos deveres de integridade e coerência.

A interpretação de textos normativos na atual quadra história revela-se uma atividade nitidamente criativa, que inclui a atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados. Neste sentido, compreendo que o grande dilema jurídico contemporâneo consiste em construir condições para evitar que o Judiciário (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio Direito. Apesar da atividade guardar um elemento criativo, o processo interpretativo possui limites semânticos. O respeito aos limites semânticos da norma não é apego ao positivismo, mas constitui uma imposição do Estado Democrático e um dever institucional dos magistrados.

Como ensinou Benjamin Cardozo, o fato é que a afirmação de que o poder judicial nunca é exercido com o propósito de fazer cumprir a vontade do juiz, mas sempre com o propósito de fazer cumprir a vontade da lei é parcialmente verdadeiro. A interpretação é uma atividade criativa, em que parte das concepções daquele que a realiza, consciente ou inconscientemente, afetará o resultado.

Ademais, como demonstrado neste trabalho, em um ordenamento jurídico composto por normas de conteúdo aberto, como princípios e cláusulas, há uma sensível potencialização deste elemento criativo, tornando o intérprete, em certa medida, cocriador da norma a ser aplicada. Um sistema jurídico “descentralizado”, isto é, baseado em normas de alto grau de abstração, como cláusulas gerais e princípios, privilegia a densificação e construção do conteúdo normativo por parte dos órgãos responsáveis pela aplicação da norma aberta, sejam estes órgãos jurisdicionais ou administrativos.

Neste trabalho procurei demonstrar o poder que os princípios conferem a quem os interpreta, visto essas cláusulas, por seu conteúdo aberto e extremamente dependente da realidade subjacente, apenas demarcam uma moldura dentro da qual há múltiplas possibilidades interpretativas.

Fato é que a Constituição Federal de 1988 e textos legais que a seguiram são frutíferos em princípios e cláusulas gerais, isto é, normas de alto grau de abstração/baixo grau de especificidade, o que, em um sistema de amplo acesso jurisdicional permite que a criação de direito seja feita em larga medida pelos tribunais.

Em certa medida, a expansão de poder do Judiciário dá-se diretamente por delegação do legislador, que, ao elaborar uma Constituição e leis densamente compostas de princípios e cláusulas abertas termina por abrir mão do poder de regulamentar a situação, promulgando princípios ou cláusulas gerais, para que o juiz, diante do caso concreto, densifique-os e concretize-os. O legislador, neste ponto, incentiva e estimula a discricionariedade judicial. A consequência inequívoca é uma fronteira fluida entre o que é a tarefa de legislar e regulamentar e o que é a de julgar, aproximando política e direito, e favorecendo diretamente a expansão da atividade judicial.

No mundo contemporâneo, as principais discussões políticas, econômicas e sociais dos países ocidentais, que antes tinham seus parâmetros delimitados pelas instâncias políticas do Executivo e Legislativo, agora passam a ser discutidas no âmbito judicial. O Judiciário passa a ocupar uma posição de centralidade na vida institucional brasileira atual.

Assim, alterações do desenho institucional formal e informal, abordados neste trabalho, como a redemocratização e o retornos das garantias funcionais e institucionais, a criação de um amplíssimo controle de constitucionalidade com inúmeras portas de acesso, a constitucionalização abrangente e a judicialização, bem como a descentralização do sistema jurídico e uma percepção social de agravada disfuncionalidade na democracia representativa constituem fatores relevantes para compreender a forte ascensão institucional do Poder Judiciário nas últimas décadas.

Essa ascensão institucional, combinada com o fenômeno da discricionariedade judicial e por um ordenamento jurídico cada vez mais composto por normas abertas vêm possibilitando que o Judiciário brasileiro atue criando o Direito, ao invés de tão somente aplicar o Direito posto.

Todavia, entendo que esta “nova” atribuição judicial deve ser secundária e excepcionalíssima. Secundária porque a função representativa da sociedade repousa nos Poderes políticos, nos agentes públicos eleitos. Juízes não são agentes públicos eleitos, sendo assim, não podem pleitear para si a primazia do processo de realização das escolhas da sociedade, expressadas com a criação do Direito. Nem podem substituir por sua visão pessoal de mundo as escolhas e medidas legitimamente tomadas pelos Poderes políticos. O

subjetivismo e o decisionismo promovem uma deterioração da qualidade do debate jurídico ao trazer a arbitrariedade. O Direito não é a moralidade de quem decide e a arbitrariedade judicial subverte a própria democracia.

Para além da questão democrática, os tribunais devem reconhecer que, apesar de sua função constitucional de “dar a palavra final” às questões jurídicas, certos temas envolvem aspectos técnicos e científicos de alta complexidade, que podem não ter o juiz como o árbitro mais qualificado. Diante dessas situações, o juiz deve ser deferente com as soluções técnicas tomadas pelo órgão com melhor capacidade técnica para a questão, assim, a avaliação da capacidade institucional envolve a questão de perquirir-se qual Poder ou órgão está mais habilitado para produzir a melhor decisão em certa matéria.

A criação judicial de direito deve ser um fenômeno residual e excepcional. Deve ser residual em razão de a primazia da construção da “resposta” ser conferida às instâncias políticas, que representam, em um regime democrático, a vontade do povo, verdadeiro titular do poder, e do Direito, que é sua expressão. A atividade criadora do juiz legitima-se, então, apenas nas situações em que a resposta (norma) não haja sido oferecida pela instância política, ou caso tenha sido oferecida, mostrou-se constitucionalmente ilegítima ou insuficiente.

Por outro lado, deve ser excepcional porque deve ser restrita às hipóteses de proteção e avanço dos direitos fundamentais, aperfeiçoamento institucional e proteção dos órgãos da República e do regime democrático.

Fora dessas situações, os tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelos Poderes políticos e ser deferentes com o exercício de discricionariedade do administrador público. Tribunais não podem pretender substituir o Direito pela concepção moral e idiossincrasias pessoais de seus membros. O Direito é muito mais do que a vontade do juiz.

Todavia, na atual quadra histórica é extremamente óbvia uma acentuada crise de representatividade no Brasil e em quase todo mundo ocidental. O fracasso do atual modelo representativo-eleitoral em expressar efetivamente a vontade popular têm legitimado uma atuação mais incisiva dos tribunais em certas matérias. Nesse sentido, uma certa criação judicial de direito demonstra-se necessária para que toda uma geração não seja massacrada pelos efeitos deletérios da disfuncionalidade do sistema, e para evitar um colapso do próprio Estado.

Os exemplos abordados neste trabalho buscaram demonstrar esse ponto.

Como primeiro exemplo trabalhado nesta obra, discutiu-se a decisão do Supremo Tribunal Federal responsável por criar a vedação ao nepotismo na Administração Pública de todos os entes federativos, a partir da edição da súmula vinculante nº 13, mandamento extraído

a partir de princípios administrativos de altíssima abstração inscritos na Constituição Federal, como a moralidade administrativa e a impessoalidade (art. 37, *caput*, CF/88). A solução adotada constitui inequívoca criação judicial de direito, no entanto, resultou em um maior aperfeiçoamento do Estado brasileiro ao mitigar minimamente o mal consubstanciado no patrimonialismo na Administração. Sendo assim, o tribunal conseguiu, nesta decisão, captar o sentimento social do País de forma mais representativa que o próprio Parlamento, apesar de não ser o representante eleito. Assim, agiu de forma a ampliar a credibilidade das instituições.

Como segundo exemplo, discutiu-se a mutação constitucional empreendida pela Suprema Corte para reconhecer a proteção jurídica às uniões homoafetivas, o que configurou uma decisão acertada na medida em que fez avançar os direitos fundamentais. Não seria razoável negar direitos básicos a este segmento da sociedade em razão de uma disfuncionalidade parlamentar a considerar apenas o custo político de curto prazo da tomada da decisão. Não se pode condenar a sociedade ou segmentos desta ao atraso simplesmente pela disfuncionalidade de um sistema eleitoral corrompido e que apresenta sintomas de falência.

A existência de função criadora nas atividades dos tribunais, por residual e excepcional, deve ter para o seu exercício o estabelecimento de parâmetros e critérios para uma decisão com base em normas abertas, de forma a impedir/limitar a arbitrariedade e o abuso de juízes no cumprimento desta atribuição.

Neste sentido, este trabalho sugere um procedimento bifásico para como técnica para decisão com base em normas abertas. A primeira parte do procedimento observa a existência ou não de uma norma específica positivada. Em existindo, e sendo constitucionalmente legítima e suficiente, o juiz deve ter deferência para com a solução adotada pelo legislador, em especial nas questões técnicas. Inexistindo norma específica, ou existindo mas consubstanciando em uma previsão constitucionalmente ilegítima e insuficiente, de forma a violar direitos ou por em xeque o regime democrático e a credibilidade institucional, passa-se para a segunda parte do procedimento, pelo qual o intérprete construirá a solução jurídica à luz de um juízo de consequência, observando o requisito da universalidade, bem como preservando a integridade do Direito e a coerência das próprias decisões tomadas anteriormente pelo tribunal e por ele mesmo.

A tese da resposta correta oferecerá a ferramenta final para a construção de uma teoria da decisão judicial com base em princípios e normas abertas. Visto que, à luz da mesma, a discricionariedade judicial seria um fenômeno apenas objetivo, visto a multiplicidade de

interpretações e compreensões aceitáveis da decisão jurídica, todavia não existiria discricionariedade judicial subjetiva, pois haveria uma resposta correta a ser tomada por cada julgador, em face das decisões tomadas anteriormente pelos tribunais e por ele próprio. Isso porque o direito teria uma história institucional, coletiva, impondo que a aplicação de princípios a observe para que haja a manutenção da integridade do direito.

O Estado Democrático de Direito exige que todos os membros da sociedade sejam reconhecidos como membros igualmente dignos da comunidade política, sendo assim em certas situações uma atuação mais incisiva dos tribunais no sentido de proteger direitos e o regime democrático revela-se como necessária para evitar a própria falência das instituições e o colapso do Estado Democrático. Deve-se reconhecer, porém, a excepcionalidade desta atuação, principalmente em um cenário onde se percebe uma acentuada deterioração do debate jurídico e de abusos e arbitrariedade judiciais consubstanciados em posturas moralistas e decisionistas, que sobrepõem a vontade de agentes públicos não eleitos ao próprio Direito.

A grande questão é o desenvolvimento de parâmetros para que essa atividade não constitua uma subversão ao regime democrático e a separação de poderes. Evitar o decisionismo, o “assim decido, porque assim desejo”, consiste, então, em uma necessidade da teoria jurídica contemporânea para legitimar a atividade jurisdicional como exercida.

Dessa forma, este trabalho compreende que o Direito criado pelo intérprete deve ser secundário, residual e excepcional, subordinando-se ao Direito posto, bem como que o juiz encontra-se adstrito à norma positivada, não lhe competindo fazer ou desfazer as normas postas a seu bel prazer ou conveniência. Não pode o juiz pretender substituir-se ao legislador, declarando a inconstitucionalidade de uma lei por considerá-la inadequada ou excessiva meramente à luz de suas convicções pessoais.

Por outro lado, compreende também que o papel do juiz não é meramente mecanicista como desejam alguns. Em determinados casos, muitas vezes resultantes de um sistema de democracia representativa como notórios sinais de crise, o sistema político é incapaz de oferecer a resposta constitucionalmente adequada, ou a oferece de forma ilegítima ou insuficiente. Nesses casos, haverá uma intersecção entre o que é criação e o que é aplicação do direito. Entre o juiz e o legislador. Haverá uma linha tênue entre o que é descoberta e o que é criação. É acerca desses casos que este trabalho se debruçou. Nesses casos, admitir-se-á uma resposta proativa do Judiciário para proteger e reconhecer direitos fundamentais, bem como preservar o regime democrático e a credibilidade das instituições. No entanto, para agir neste sentido, deve o juiz observar os deveres de integridade e coerência e realizar juízo de consequência e universalidade.

Refletir sobre o papel do juiz na democracia é uma tarefa cada vez mais complexa na contemporaneidade. No entanto, parece claro que quando a paralisia das instâncias políticas resulta em omissão de direitos humanos basilares a certos segmentos da sociedade, atentando contra o próprio regime democrático, legitima-se uma intervenção mais incisiva/criativa do Poder Judiciário. A Justiça é a guardiã do Direito, isto é, dos pactos anteriores aos quais somos ligados e o Direito deve ser concebido como escravo das necessidades humanas, e não o contrário.

Compreendo, entretanto, que esta legitimação de criar e modificar o Direito para proteger a própria integridade do regime democrático deve ser excepcional, e, portanto, requer método e acuidade redobrada no seu exercício.

O fato inegável é que o espaço simbólico da democracia vem migrando silenciosamente da política para o Judiciário. Todavia, o descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de representatividade e disfuncionalidade que assola as democracias contemporâneas não deve conduzir à conclusão de substituição da política e discussão pública por juízes e argumentos jurídicos. A Justiça garante a identidade da democracia, mas só a política pode lhe dar alma. Urge corrigir a democracia, e não solapá-la.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. Ed. México: Fontamara, 1992.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica (tradução: Zilda Hutchinson Silva). 2 ed. São Paulo: Landy, 2005. P. 191.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck. Ribeiro, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista de Direito da GV**. Vol.12 no.2 São Paulo: May/Aug. 2016.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 183

BARAK, Aharon. The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, V. 116, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. pp. 24-51.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva., 2015.

_____. Judicialização da política, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 12, n. 96, p. 3, fev.-mai, 2010.

_____. **Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Interpretação Constitucional**. Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª ed. 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE JÚNIOR, Ophir; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; RIBEIRO JÚNIOR, Oswaldo. **Petição inicial da ADI 4650**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1432694>>. Acesso em: 11 jan. 2018

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira. Revisão técn. Alvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito** (trad. Jefferson Luiz Camargo). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTADO DO MARANHÃO. Procuradoria Geral do Estado. **Parecer nº 1340/2017-ASS PGE/MA**, de 17 de outubro de 2017. EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE BENEFICIÁRIO DE INCENTIVOS ESTATAIS INTEGRAR COMISSÃO ENCARREGADA DE AVALIAR E APROVAR A CONCESSÃO DE INCENTIVOS. APLICABILIDADE DIRETA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev., amp. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERREIRA, E. M. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/pt-br.php>>. Acesso em: 03 de out. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

 _____. O papel político do Judiciário e suas implicações. **Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**. Ano 1, n. 2. 2010.

FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo:** acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015. P. 18.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. México: Porrúa, 2000.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. (Trad. de A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da Decisão Judicial:** Fundamentação, Legitimidade e Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado). 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Jan Marcel. **A influência da ONU, da OEA, dos seus corpos burocráticos e de suas interações administrativas na promoção e na defesa da democracia na América Latina**. 2017. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

LIMA, Gabriela Carneiro de A. B. **A tensão entre o Povo e as Cortes:** a escolha do constitucionalismo popular. 2014. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS, Argemiro. ROESLER, Cláudia. JESUS, Ricardo. **A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick**: caracterização, limitações, possibilidade. P. 9. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/3281/2064>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado) – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2017.

MENDES; BRANCO. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. **Revista de informação legislativa**. V. 43, n. 170, p. 111-141. Abril/jun. 2006.

NÓBREGA, F. F. B. Cost and Benefits of a Legal Systema based on Standards: na economic analysis of objective good faith. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3., 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O Conceito de Princípio entre a Otimização e a Resposta Correta**: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 2007. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/conceitodeprincipio.pdf>>. Acesso em: 05 de mai. 2015.

PARISI, Francesco; FON, Vincy. On the Optimal Specificity of Legal Rules. **University of Minnesota Law School Legal Studies Research Paper**. No. 07-17.

POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, Vol 3. No. 1, 1974.

RAWLS, John. **Justice as Fairness**: A Restatement. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 150.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça. 2. ed.** São Paulo: EDIPRO, 2007.

SCHÄFER, Hans-Bernd. Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System?. **German Working Papers in Law and Economics**. N. 20, pp. 1-28, 2001

STRECK, Lênio. A Crítica Hermenêutica do Direito e a Questão da Discricionariedade Judicial. *In: A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Lênio Luiz Streck (org.). Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisidicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em 9 out. de 2017

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça?. *In: Direito e Interpretação: racionalidade e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Leis e Costumes. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, p. 441-464, jul-dez, 2008.