

DECISÃO JUDICIAL CORRETA? DA CONDIÇÃO DE (IM)POSSIBILIDADE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL EM FACE DO CONTROLE DE LEGITIMIDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Marianne da Silveira Bona¹

Resumo: O artigo aborda a condição de (im)possibilidade da discricionariedade judicial em confronto com os pilares do Estado Democrático de Direito. Os princípios democráticos são incompatíveis com a insegurança jurídica que vem potencializando a crise porque passa o Poder Judiciário. Demonstra o artigo que o decidir judicial é um ato de conhecimento, tornando-se necessária a interpretação nos limites e em conformidade com a Constituição Federal. O “acontecer” do decidir judicial fundamentado depende de uma hermenêutica filosófica que não seja fragmentada, mas independente do arbítrio ou discricionariedade do juiz. O estudo se caracteriza como pesquisa bibliográfica e documental e o método utilizado é o dedutivo.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica. Decisão Judicial. Discricionariedade. Princípios.

Abstract: The article discusses the condition of (im)possibility of judicial discretion in confront with the pillars of a Democrat-

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, em convênio com a Faculdade Integral (Minter UNISINOS/FACID). Especialista em Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito Público pela mesma Instituição. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL)/ Instituto Brasileiro de Direito Público (IBDP). Bacharela em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Prof. Camillo Filho. Procuradora Federal (Advocacia Geral da União – PI).

ic State of Law. The democratic principles are incompatible with the legal insecurity that comes leveraging the crisis because it passes the Judiciary. The article tries to demonstrate that the judicial decision is an act of knowledge, being necessary that the interpretation occurs accord to its limits and respecting the Federal Constitution. The "happening" of judicial decision well reasoned depends on a philosophical hermeneutics not fragmented, but independent from arbitrariness or judicial discretion. The study is characterized as bibliographic and documentary research, and the method used is deductive.

Keywords: Juridical Hermeneutics. Judicial Decision. Discretion. Principles.

INTRODUÇÃO



importante analisarmos as premissas que veem sendo utilizadas pelos magistrados, no Brasil, quando provocados pelos jurisdicionados, concedendo decisões das mais diversas possíveis quando diante de casos concretos análogos. Em geral, o fundamento da regra de ponderação parece ser evocado como uma solução imediata, mas, em verdade, tal argumentação afeta a segurança jurídica, pedra de toque e espinha dorsal do nosso Estado Democrático de Direito.

No decorrer deste artigo apresentamos várias ideias dialéticas de forma a permitir uma análise do tema sobre o suporte da decisão judicial e de como chegar a esta, sempre fulcrado no objetivo de conceder uma resposta que melhor se adeque aos ditames constitucionais.

Como se trata de um tema que causa muita inquietude em toda a sociedade, devemos tratar da condição de possibilidade do decidir judicial diante das subjetividades que vêm imperando nos conteúdos das decisões.

Aprendemos, há muito tempo, que nossas angústias são minimizadas quando escrevemos sobre as mesmas, buscando sempre uma resposta que, mesmo não sendo a única correta, com a reflexão inevitável, torna-se a mais adequada. Com a ciência, *data vênia*, entendemos que ocorre o mesmo, uma vez que ela é obra não de uma única pessoa, mas do conjunto sucessivo de gerações unidas com a mesma finalidade e ideais. Esforços mútuos para tentar exorcizar os malefícios e inseguranças.

Em um primeiro momento se demonstra, *en passant*, a crise porque passa o Poder Judiciário no Brasil, potencializada pelo sentimento de insegurança diante de decisões diversas que enfrentam um mesmo caso concreto, além de demonstrar como é a linha de pensamento de alguns juristas sobre a (im)possibilidade de ser legítima uma decisão judicial quando se privilegia a discricionariedade judicial. Seria possível obter uma única resposta correta diante da defesa de concessão de um poder criativo ao juiz? Seria possível diferenciar a discricionariedade da arbitrariedade sem, mais uma vez, enfrentarmos o mesmo problema, ou seja, a abstração e a fluidez?

Posteriormente, demonstra-se que a hermenêutica é uma fórmula viável para a solução de um caso concreto, especificando suas características e evolução desde a sua origem grega até a modernidade, passando pela metafísica clássica e seu objetivismo; pelo subjetivismo da metafísica moderna, com primazia na filosofia da consciência; chegando até a hermenêutica filosófica não fragmentada como condição de possibilidade do acontecer da decisão, culminando com o círculo hermenêutico e o giro ontológico-linguístico, fundamentais para todo o procedimento.

Por fim, explora-se a importância dos princípios que norteiam o nosso Estado Democrático de Direito como condição do magistrado chegar a uma decisão judicial mais correta, mais próxima dos preceitos constitucionais, pois apenas desta forma

terá legitimidade.

Assim, concitamos para esta análise, esclarecendo que não é o nosso objetivo esgotar o tema, até mesmo pela sua vastidão, mas sim contribuir com o debate acadêmico e demonstrar a necessidade de uma maior reflexão em prol da sedimentação de que a decisão judicial, para que seja legítima, deve conceder segurança e não ser objeto de criatividade. Isso é cidadania. Isso é democracia. Isso é efetivar o Estado Democrático de Direito.

1. A (IM)POSSIBILIDADE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COMO FORMA DE OBTER UMA (ÚNICA) SOLUÇÃO CORRETA

Atualmente, mesmo diante de todas as crises porque passa o Poder Judiciário, seja pela morosidade e ausência de efetividade nas respostas às pretensões, isto quando concedidas antes que os indivíduos “fechem os olhos”, seja por negligência, despreparo, carência de servidores ou quaisquer outros motivos, que não vamos entrar no mérito, pois não é a nossa finalidade neste momento, ainda vemos decisões totalmente diversas de magistrados que enfrentam, muitas vezes, um casos análogos, com características e questões de direito similares, embasando suas decisões na regra de ponderação, com base em um mesmo princípio, maculando toda a segurança e estabilidade das relações.

Chamam a isso de discricionariedade judicial, *data vênia*, chamamos de ativismo judicial, pois ilegalidade e inconstitucionalidade estão estampadas.²

Há também quem denomine de atividade criativa dos juízes pelo fato de se ater ao caso concreto e conceder a melhor

² Sobre o tema do ativismo judicial, ver TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política”. *Revista Direito GV*, Vol. 8, n. 1, 2012, pp. 37-58.

resposta ao jurisdicionado, segundo ponderações de caráter ético, uma vez que segundo Jean Rivero, citado por Cappelletti: “em razão do caráter tão frequentemente vago, ambíguo e lacunoso das constituições escreveu ilustre jurista francês que o dilema do controle judiciário da constitucionalidade das leis é justamente o de ser audazmente criativo, ou então de todo ineficaz e irrelevante”.³

Ledo sofisma! O que existe são conceitos vagos que devem ser interpretados pelos juízes, mas não de forma criativa, e sim hermeneuticamente e por meio de princípios, pois são constitucionalmente obrigados a encontrar formas de “proteger o direito e concretizá-lo”.⁴

Porém, combatendo este entendimento Dallari refere que o Poder Judiciário resgata, no momento em que decide com criatividade, uma legitimidade que possa ter sido maculada ou esteja ausente na própria norma, uma vez que “Sendo mais do que simples guardião e executor de meras formalidades legais, assegurando os direitos de todos e não os privilégios de alguns, ele será realmente útil na implantação e preservação de uma sociedade democrática. E daí virá, naturalmente, a autoridade dos juízes.”⁵

No mesmo sentido, Moreira diz que seria uma suposta fórmula democrática do Poder Judiciário, consagrando uma “nota de legitimidade social” (*sic!*):

Sob tal aspecto, parece mesmo evidenciar-se uma nova forma de legitimação que superaria a fórmula clássica de embasamento democrático à atuação judicial, enquanto fomentada pelo próprio meio em que se encontra contextualizado o conflito

³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 60.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 79.

submetido aos tribunais. Assim, seria a própria premência social por respostas ativas do sistema judiciário, no sentido de concretizar os valores e princípios consagrados na ordem instituída, que consagraria uma nota de legitimidade social, e pois democrática, ao Judiciário.⁶

Todo esse quadro decorre do fato de se apostar no protagonismo judicial como ponto de partida de uma era pós-positivista, pelo fato de o Poder Legislativo ser inoperante e evasivo no que tange à concretização de direitos, combinado com uma “importação” equivocada da regra de ponderação e da jurisprudência de valores. A regra da ponderação atribuída a Robert Alexy e à jurisprudência de valores, da Alemanha⁷.

Como solução para este impasse, Dworkin, em seu clássico *Levando os Direitos a Sério*, entende de forma diversa, afirmando que é dever do juiz, principalmente em casos difíceis, fundamentar as decisões e não “inventá-las”, conforme assevera Trento:

[...] observa que nos casos difíceis é maior nossa responsabilidade em expor o direito (e distinguir entre aquilo que integra o direito e aquilo que não o integra) e o que autoriza a sanção. Dworkin defende ser nestes casos *difíceis* (*hard cases*) mais visível a fragilidade das teses positivas. [...] Para Dworkin, mesmo quando não há regra para o caso, uma parte pode ter direito à vitória: o juiz tem o dever de “descobrir” quais os direitos das partes, não de “inventá-los”.⁸

⁶ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 94.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 20.

⁸ TRENTO, Simone. Pós-positivismo, Legitimidade e Controle das Decisões Jurisdicionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). *Constituição*,

A discricionariedade judicial sempre surge diante de casos que se encaixam em indeterminações do direito, ou seja, conceitos legais fluidos e vagos, onde se “concede” um poder discricionário ao juiz. Nesse sentido, vale recordar Streck quando afirmar que:

Assim, da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade *discricionária* do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, neste contexto, *vontade e discricionariedade* são faces da mesma moeda).⁹

O fato de existir, no direito, conceitos fluidos, ambíguos, vagos e indeterminados *a priori*, mas determináveis *a posteriori*, não é novidade nenhuma. Isso foi constatado há muitos anos, desde as primeiras décadas do século XX. O que nos impressiona é a veemência com que se apresentam esses argumentos para justificar um ativismo judicial sem precedentes, sob o dogma de que “o juiz não mais é a boca da lei”.

É preciso que se alerte que vivemos em um Estado de Direito, e não em um Estado em que prevalece a vontade de um juiz ou outro, a consciência de um ou de outro, a suposta justiça de um ou de outro. O fato de existir um espaço que deve ser preenchido diante de um conceito fluido também é determinado pela própria lei, pela Constituição.

Vivemos em um Estado, que além de direito, é democrá-

democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 54 e 58.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

tico, devendo o juiz fundamentar as decisões com base em preceitos fundantes e universais, em vez de meramente buscar encontrar as razões que satisfaçam a sua própria consciência de julgador. Não se pode confundir a discricionariedade administrativa, esta legítima e constitucional quando dentro de seus limites, com uma suposta discricionariedade judicial, inadmissível, uma vez que se trata de poder exacerbado e sem limites concedidos a um magistrado. Não há qualquer diferença entre esta e a arbitrariedade judicial. Ratificamos as palavras de Streck:

A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inelutável da discricionariedade). [...] Nesse sentido, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. [...] E esse grau de liberdade – chame-se-o como quiser – acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as “opções” escolhidas pelo juiz deixarão de lado as “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram a mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrentes de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do direito. [...] Daí a necessária advertência: não é correto trazer o conceito de discricionariedade administrativa para o âmbito da interpretação do direito (discricionariedade judicial).¹⁰

Acompanhando as ideias de Streck, posiciona-se Luiz, com amparo, ao fim e ao cabo, em Canotilho, *verbis*:

[...] no solipsismo interpretativo, em que há a

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

substituição do Direito por aquilo que o intérprete acredita que o Direito é, há um sério *deficit* de democracia, eis que ocorre o desvirtuamento daquilo que os representantes legitimamente escolhidos fixaram como regras gerais de convívio social para o axiologismo do intérprete (juiz), ou seja, para aquilo que o magistrado “acha bom” ou “acha melhor” para a sociedade. Por isso, ressalta Canotilho “temos manifestado as mais sérias reticências a este ativismo por mais nobre que seja a sua intencionalidade solidária”.¹¹

Cabe destacar, porque relevantes, as ponderações de Ferrajoli, no sentido de admitir que a própria constituição assegura uma certa zona de discricionariedade em sua interpretação, porém estritamente limitada e compatível com seus preceitos, uma vez que “a própria constitucionalização dos princípios em matéria de direito reduz, geralmente, o espaço da discricionariedade interpretativa, uma vez que, de todas as possíveis interpretações admitidas para um mesmo texto, são escolhidas como válidas somente aquelas compatíveis com a Constituição.”¹²

Por relevante, referimos as palavras de Grau que, em um primeiro momento, rechaça o exercício de discricionariedade por parte dos magistrados, onde para o autor resulta nitidamente evidenciado que “nego a possibilidade de o intérprete autêntico produzir normas *livremente*, no exercício de discricionariedade”, mesmo admitindo uma certa “abertura dos *textos de*

¹¹ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 40.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigo Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 51.

direito”, ratifica que “esta não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete resultará a subversão do texto”.¹³ O autor vai mais além dispondo que outra razão o impede de aceitar a discricionariedade judicial, uma vez que esta repousa em *juízos de oportunidade*, enquanto que a interpretação judicial (autêntica, como denomina), repousa, “exclusivamente, em *juízos de legalidade*” (e da *constitucionalidade*), concluindo que “Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*”.

A distinção entre ambos esses juízos – repitório, ainda – encontra-se em que o juízo de *oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente; o *juízo de legalidade* é atuação, embora desenvolvida no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto.¹⁴

Vulgarmente, *data vênia*, até aí tudo bem. Ocorre que logo após, Grau nos surpreende admitindo que o magistrado quando pratica a ponderação de *princípios*, “atribuindo a um peso maior que a outro, o juiz passa a exercitar a *discricionariedade*”.¹⁵(sic!)

Ferrajoli, por sua vez, ao se imiscuir sobre a regra da ponderação de Alexy critica que não são os princípios que são ponderados, o que de certa forma explicaria a suposta contradição, *com todas as vênias*, de Eros Grau, ao dizer que: “Devemos, então, perguntar-nos se isto que os juízes ponderam nos ‘casos concretos’ são os princípios ou as circunstâncias de fato que, em tais casos, justificam a sua ação”.¹⁶ E arremata:

¹³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 206/207

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 207.

¹⁵ Ibidem. p. 207.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalis-

[...] a ponderação ocorre em qualquer atividade jurisdicional, onde se dá o concurso de normas ou princípios. Mas ela tem por objeto não mais as normas, mas, sim, as circunstâncias fáticas por elas previstas a fim de qualificar juridicamente e de conotar equitativamente o caso submetido a juízo. As normas, sejam elas regras ou princípios, são sempre as mesmas e, portanto, têm sempre o mesmo peso. Aqueles que mudam, que são toda vez ir-repetivelmente diferentes e, por isso, devem, ser pesados, são os fatos e as situações concretas cujas normas devem ser aplicadas.¹⁷

Ainda há os que defendem que é admissível a discricionariedade judicial, o que não se admite porque ilegal/inconstitucional é a arbitrariedade jurisdicional. Ora, a estes, *data vêniam*, questionamos: Quais os critérios objetivos para esta diferenciação? Tudo isso não se trata, mais uma vez, de conceitos fluidos, abertos e vagos? Streck sinaliza:

No fundo, essa é uma distinção puramente abstrata, deslocada do contexto concreto em que se dá a decisão, vale dizer, a caracterização de uma decisão como arbitrária ou discricionária já é, insistentemente, uma escolha discricionária (ou por que não arbitrária?!) Portanto, o caminho possível para enfrentar o problema é debater a discricionariedade, assumindo, assim, a radicalidade do elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica.¹⁸

Mas, seria mesmo possível encontrar uma única resposta

mo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 50.

¹⁷ Ibidem. p. 50.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47.

correta diante de valores constitucionais existentes em nossa Carta Magna? Nesse diapasão, Cruz analisa:

É da essência da linguagem que algo somente seja compreendido a partir do compartilhamento de concepções comuns de mundo (fusão de horizontes). [...] No fundo, o que se tem é a dificuldade de se racionalizar valores. Não há como assegurar, em termos absolutamente lógicos, que o vermelho seja melhor que o verde. Gostos não se superam (diferença entre gosto e moda). E a Constituição está recheada de pautas valorativas imprecisas, cuja compreensão demanda uma tomada de postura de quem busca entender a lei – veja-se: função social da propriedade, a livre iniciativa, o respeito à privacidade, o devido processo, reconhecidamente pobres, etc. -, o que tem fortalecido as teorias da ponderações de princípios [...] ¹⁹

Cruz aponta que Dworkin propugna a solução por intermédio de um juiz Hércules, onde este agiria como um juiz árbitro/filósofo desenvolvendo teorias de acordo com os casos postos, nos moldes legais requeridos. O jurista criado por Dworkin teria virtudes sobre-humanas. E ainda Cruz, contrapondo ponderações:

Com essa metáfora, Ronald Dworkin concebe a possibilidade de que, com paciências e sabedorias sobre-humanas, com conhecimento de todos os fatos e com tempo ilimitado, os princípios valorativos de uma dada comunidade política fossem coordenados de forma harmônica. Supõe, portanto, a viabilidade da obtenção de respostas corretas, ainda

¹⁹ CRUZ, Flávio Antônio da. Algumas provocações sobre a hermenêutica constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 152.

que possa haver percalços epistêmicos no seu reconhecimento, na cotidianidade dos juízes. Aarnio lança uma provocação: e acaso se admita a existência de dois juízes Hércules, será que ambos chegariam às mesmas respostas quanto aos problemas jurídicos? Conclui Aarnio que, diante dessa premissa teria que ser presumido então um juiz Super-Hércules ou Hércules de segundo grau.²⁰

Indiretamente, Streck responde a esta ponderação quando afirma que a Crítica Hermenêutica do Direito não deixa de ser uma nova teoria que “exsurge da fusão de horizontes” das filosofias: hermenêutica, hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiana, de modo que dever ser a tese de que “há *um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como adequada à Constituição*”.²¹ Aduz o autor ainda em nota de rodapé:

De se ressaltar que, por certo não estou afirmando que, diante de um caso concreto, dois juízes não possam chegar a respostas diferentes. Volto a ressaltar que não estou afirmando, com a tese da resposta correta (adequada constitucionalmente) que existam respostas prontas *a priori*, como a re-primar as velhas teorias sintático-semânticas do tempo posterior à Revolução Francesa. Ao contrário, é possível que dois juízes cheguem a respostas diferentes, e isso o semanticismo do positivismo normativista já havia defendido desde a primeira metade do século passado. Todavia, *meu argumento para afirmar que, como a verdade é que possível o consenso e não o contrário; no caso das res-*

²⁰ Ibidem. p. 154.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 90.

*postas divergentes, ou um ou ambos os juízes estarão equivocados.*²²

Analisemos ainda as palavras de Trento:

Ainda que não se suponha existir apenas uma única solução correta, é tarefa da Ciência do Direito explicitar quais os caminhos a serem percorridos pelo juiz (e o mesmo caminho será refeito pelo jurisdicionado diretamente afetado e pela sociedade democrática em geral a fim de se controlar a legitimidade de suas decisões) a fim de se chegar a uma melhor decisão juridicamente possível dentro do espectro daqueles que sejam defensáveis.²³

Grau também é incisivo quanto à impossibilidade de uma única resposta correta nos seguintes termos: “insisto na inexistência de uma única resposta correta (*verdadeira*, portanto) para todos os casos jurídicos – ainda que, repita-se, o intérprete autêntico esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico”²⁴.

Engelmann analisa consubstancialmente a posição de Dworkin no que tange à sua defesa de ser possível obter do juiz uma única resposta certa diante do enfrentamento de “casos difíceis”, “sem a necessidade de se buscar subsídios no sentimento subjetivo do juiz”, por meio de interpretação das normas, buscando “os princípios ou políticas que melhor agasalhassem as pretensões das partes”, visto que “existe Direito além das regras”, sem necessidade de recorrer a discricionariedade judicial.²⁵

²² Ibidem.

²³ TRENTO, Simone. Pós-positivismo, Legitimidade e Controle das Decisões Jurisdicionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). *Constituição, democracia e justiça*: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 59.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 206.

²⁵ ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 183/184.

Dentro dessa linha, Engelmann colaciona três problemas que seriam as principais críticas de Dworkin à discricionariedade judicial:

a) os juízes não são eleitos pelo povo, afetando o princípio que a sociedade deve ser governada por indivíduos eleitos pela maioria e com responsabilidade frente à sociedade; b) se o juiz legislar, acabará impondo uma obrigação para a parte processual perdedora que inexistia no momento da produção do evento, ou seja, outorgará o efeito retroativo à nova norma; c) essa postura acaba contradizendo a linguagem dos juristas, pois o cidadão vai ao Poder Judiciário não requerer a criação de um direito, mas apenas que se reconheça um direito previamente especificado.²⁶

Não se pode negar que o maior problema diante de todos os argumentos apresentados pelos doutrinadores esbarra na discricionariedade judicial e, em qualquer caso, a solução se dá por meio de princípios. Eis o “nó górdio” do positivismo ou pós-positivismo jurídico ou quaisquer nomenclaturas que se desejem conceder. Oliveira sintetiza e toma uma posição intermediária:

É deste modo que nos situamos entre a *otimização* de Alexy e a *resposta correta* de Dworkin, sendo que no *entre* está guardado o enigma que persegue o pensamento jurídico. Enigma este que não necessariamente deve ser resolvido para que tenhamos melhores soluções jurídicas na interpretação dos casos, leis, constituições, etc., mas precisa simplesmente continuar a ser lembrado para assim preservar a dignidade de um pensamento jurídico que, embora se movimente no estranho, não se

²⁶ ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 182.

perde na ilusão de que o direito apenas é.²⁷

O fato é que o jurista, no momento em que for decidir, para que sua decisão seja legítima, deve se despir de todo pré-conceito, pré-juízos, sob pena de incorrer na mácula da parcialidade, quebrando, assim, a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito.

Parafraseando Streck, um julgador que não consegue vestir a roupa da imparcialidade, despindo-se de pré-juízos, está incapacitado de exercer a atividade jurisdicional. Assevera ainda o autor o dever de fundamentação, inclusive este é um mandamento constitucional, art. 93, IX, da Constituição brasileira de 1988:

A peculiaridade do direito reside no fato de que aquele que interpreta precisa, necessariamente, *dar à comunidade política as razões de sua interpretação*. Vale dizer, ele precisa mostrar que sua interpretação é correta, que ela está fundada em prejuízos legítimos e que sua subjetividade não se sobrepôs àquilo que deveria ser interpretado: o direito – e sua história institucional – e o contexto circunstancial dos fatos que define o caso concreto. [...] *a hermenêutica reivindica que a interpretação tenha sentido e que isso seja devidamente explicitado*. Essa explicitação é feita através da linguagem, e, portanto, possui caráter intersubjetivo. E, para finalizar, é preciso dizer que essa obrigação de oferecer os motivos da interpretação – explicitando o compreendido – não é atendida a partir da atenção a critérios lógicos, simplesmente, mas apenas no momento em que se consegue colocar o sentido ventilado na decisão, no contexto da história insti-

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 36.

tucional do direito.²⁸

Nesta senda, decidir é um ato de conhecimento e não de vontade, ou seja, com congruência entre as normas apresentadas sempre em consonância com os ditames constitucionais e os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, devendo-se execrar decisões casuísticas inundadas de vontade, humor ou crenças do magistrado, como se presencia em diversos fóruns, varas e tribunais brasileiros. Afirmações como “o direito é aquilo que os tribunais dizem que é” ou “o texto é apenas a ponta do *iceberg*”, ou, ainda, “além do texto existem os valores que são ‘condição de possibilidade do texto’”, soçobram, hermeneuticamente, diante do problema que em verdade se apresenta quando somos colocados diante da autonomia do direito: a interpretação.²⁹

2. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO MODELO DE RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO E O CÍRCULO HERMENÊUTICO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DO “ACONTECER” DA DECISÃO JUDICIAL

A hermenêutica é um produto da modernidade, apesar de ter sua origem grega. Todos referem a história grega de Hermes, este reconhecido por toda a comunidade como um semi-deus, visto que o mesmo era o elo entre os deuses e os gregos, ou seja, Hermes era o responsável por fazer a intermediação da comunicação. Assim, jamais se soube o que os deuses disseram ou diziam, mas sim o que Hermes disse ou dizia como intérprete.

Daí porque se falar em Hermenêutica, uma vez que nun-

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 298.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

ca se sabe o que a lei disse, mas sim o que se diz sobre a mesma.

Diante deste quadro, duas questões devem ser controladas e analisadas sempre: a) qual o controle que se tinha/tem sobre “Hermes” e/ou quem interpreta?; b) as coisas só são em sua interpretação?! Não o são em si mesmas?!

O fato é que quanto melhor for a interpretação, menos se questionará sobre a mesma, ou seja, sobre a legitimidade dos recursos utilizados. Relevante a afirmação de Streck: “Interpretar é um ato de roubo!”³⁰ No sentido de se apropriar dos sentidos, sob pena deles se homizarem. Deve-se ter a consciência de que os sentidos aparecem como um “relâmpago”, assim, logo desaparecem. Dessa forma, o bom intérprete deve se apoderar daquele curto momento de desvelamento e manter consigo de forma perene – este é o ato de interpretar, sendo, pois, um *ato de conhecimento e não de vontade, em que jamais se interpreta em abstrato*.

Voltando a “Hermes” e sua complexidade, é necessário que discutamos o seu poder solipsista, ou seja, problematizar não apenas “como” se interpreta, mas fundamentalmente, “como” se decide. Além de se partir do pressuposto insofismável de que o texto não possui um sentido em si mesmo, mas apenas quando é interpretado. Luiz afirma que Hermes “igualava-se ao sujeito solipsista da modernidade. Dono dos significados, ele passa a mensagem que lhe convém, porque não há freios para a sua própria subjetividade”³¹.

É certo que existem conceitos fluidos, abertos, indeterminados como: “injusta agressão”; “razoável duração do processo”. Nesses casos não há um conceito geral. Entretanto,

³⁰ STRECK, Lenio. *Aula Dialógica Ministrada no Curso de Mestrado – MINTER UNISSINOS-FACID*, em 26/09/2012, em Teresina/PI.

³¹ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 17.

sempre haverá um caso concreto onde se vai poder delimitar o conceito (certezas positivas e negativas – exclusão e inclusão). Isto é Hermenêutica.

Porém, a hermenêutica que aqui pretendemos demonstrar como a “melhor” forma de analisar um caso concreto e se chegar a uma decisão judicial fundamentada nos moldes exigidos em um Estado Democrático de Direito, não é a que tem por base a filosofia da consciência, especialmente no que tange à relação sujeito/objeto, seja aquele como submisso ou como assujeitador, mas sim levando em conta preceitos filosóficos, destacando o papel relevante da linguagem como condição de possibilidade do decidir judicial.

Na metafísica clássica (do pensamento grego até a modernidade, com a obra de Descartes) “a filosofia da linguagem possui notadamente um perfil objetivista, eis que o significado é concebido como algo que existe independentemente da própria linguagem ou do sujeito”, ou seja, a linguagem serve apenas como instrumento de designação de um objeto, tendo um papel meramente secundário.³²

A primeira obra crítica à linguagem se deu com *O Crátilo*, em que foram contrapostas duas posições sobre a semântica, tendo participado do diálogo de ideias o próprio Crátilo, Hermógenes e “Sócrates Platônico”:

[...] o naturalismo, pelo qual cada objeto tem seu nome por natureza (o *logos* está na *Physis*), tese defendida no diálogo por Crátilo; e o convencionalismo, posição sofística defendida por Hermógenes, pelo qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional [...]. Esse papel secundário fica nítido em Platão, quando ele diz que o real só é conhecido verdadeiramente em

³² LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 22.

si (*aneu ton onomaton*) sem palavras, isto é, sem mediação linguística. Ou seja, a linguagem é reduzida a puro instrumento, e o conhecimento do real se faz independentemente dela. [...] É um instrumento posterior, tendo uma função designativa: *designar com sons o intelectualmente percebido sem ela*.³³

Já Aristóteles, apesar de ser pupilo de Platão, foi também opositor de seu mestre. De fato, ambos conceberem um papel secundário à linguagem, o sistema aristotélico não deixou de ser uma releitura do pensamento de Platão, encontrando uma brecha no ideário platônico no que tange a sistemas subsistentes, visto que para o estagirita, no sistema, “a linguagem não manifesta, mas significa as coisas. [...] Ou seja, *Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência*”.³⁴ Ainda nesse sentido, pode-se dizer que “na metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas; as coisas tinham uma essência e por isso tinham um sentido. O sujeito estava assujeitado. A subjetividade é uma construção moderna”.³⁵

Com o advento da modernidade, que segundo Streck “cria o sujeito”, e o sujeito, por sua vez, também cria a modernidade³⁶ de forma simbiótica, o mesmo passa de assujeitado a assujeitador.

A partir da quebra filosófica operada por Descartes com o *cogito*, os pilares do paradigma da filosofia clássica se romperam, abrindo espaço para o “subjetivismo da metafísica moderna”, dando ensejo ao “primado da razão, pela qual as coisas só existem se pensadas por um sujeito”. O conhecimento passa

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 151 e 155.

³⁴ Ibidem. p. 158.

³⁵ Ibidem. p. 165.

³⁶ Ibidem. p. 172/173.

a ser “obra” de produção.³⁷

Como lembra Engelmann, o foco não se consubstancia apenas na razão, mas, fundamentalmente em seus efeitos intrínsecos, uma vez que “a crença, ou uma verdadeira fé na razão é a sua concepção de unidade e imutabilidade”, ou seja, “a ideia central, portanto, não está no contingente, na individualidade de cada situação produzida pela vida, mas na formalização de regras capacitadas a suprir necessidades de múltiplas perspectivas fáticas”. Enfatiza-se ainda que, dentre vários pensadores, há a “contribuição marcante” de Leibniz que laborou com o princípio da continuidade, sob os dogmas: “unidade ‘na’ multiplicidade, ser ‘no’ devir, constância ‘na’ mudança”.³⁸

Estes ideais apresentados por Leibniz representam os pontos centrais da consolidação do positivismo jurídico, calcado em dois valores fundamentais: a segurança e a previsibilidade. Para atingir esses dois valores, era necessário limitar a hermenêutica à formulação de conceitos gerais, esquecendo-se das particularidades de cada situação concreta. Construía-se, assim, o “mundo jurídico” descolado do mundo da vida, da realidade fática. ‘A interpretação, nesse contexto, embora não admitida, continua a ser um processo de reprodução do sentido, uma vez que a atribuição de sentido e a interpretação são tratadas separadamente’. Essa separação é fruto da forma em que se concebe – dentro desse paradigma, que é chamado de filosofia da consciência – a tarefa hermenêutica, a saber, a interpretação é separada da aplicação, pois a teoria é

³⁷ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 31.

³⁸ ENGELMANN, Wilson. *direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 197.

desconectada da prática.³⁹

Afere-se que diante da hermenêutica que tem como paradigma a filosofia da consciência o fator tempo é irrelevante, o que também fragiliza a teoria como um todo, visto que as variantes de tempo e espaço influenciam sobre a realidade.

Outro grande problema é que, classicamente, atrela-se a interpretação à hermenêutica, portanto, ao paradigma representacional, o que resulta em uma confusão infundável entre noções de pré-compreensão com “subjetividades”, como se o ato de interpretar fosse metodológico e respeitador de etapas, incorrendo em erro ainda mais grave, pois se fulcra em um simulacro de “círculo hermenêutico”⁴⁰.

Para Streck a hermenêutica não é metodológica, “interpretar é compreender. E compreender é aplicar”. E arremata: “Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva; é, agora, produtiva. A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico”,⁴¹ neste é que se dá a atribuição de sentido.

O desenvolvimento do círculo hermenêutico, a partir da pré-compreensão definida pela tradição, indica um ‘processo de olhar para frente e para trás que precisa repetir-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global – por exemplo uma só frase ou parágrafo’. O círculo hermenêutico será alimentado constantemente pela tradição do intérprete e do texto, a partir da experiência de vida gerada pelos

³⁹ Ibidem, p. 199.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 71.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 75.

princípios da lei natural e as suas exigências metodológicas de razoabilidade prática.⁴²

Neste sentido, deve-se sedimentar que em cada novo caso concreto posto para interpretação, as conjunturas de fato, lugar e tempo são diversas, não sendo os mesmos pilares que deram ensejo à interpretação anterior, os iguais ao desta.

Aduz ainda Streck sobre a importância do “*giro ontológico-linguístico*”, em que o sujeito não mais é fundamento do conhecimento: “O sujeito da subjetividade assujeitadora – instituidor da filosofia da consciência – *não tem mais lugar nesse giro*”. Visto que os sentidos se dão na linguagem, é nesta que “o mundo se descortina”; “é pela linguagem que os objetos vêm à mão”.⁴³

[...] com a ontologia fundamental quem morre é o sujeito (o arbítrio do sujeito) que se coloca como fundamento do mundo. [...] nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. [...] A hermenêutica será, assim, esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica é a consagração da finitude.⁴⁴

Afere-se que metodologia passa a ter uma importância secundária. Na verdade, ousamos afirmar, *com a devida vênia*, que isso serviria apenas para conceder legitimidade ao proce-

⁴² ENGELMANN, Wilson. *direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 239.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 223/226.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 227/228.

dimento no sentido formal de agir, não tendo mais relação com a formação da decisão correta e válida para o caso posto.

Assim, Streck ratifica que não se interpreta por fases ou etapas, sendo enfático ao afirmar que *Verdade e Método* deve ser lido como *Verdade contra o Método*.⁴⁵

3. OS PRESSUPOSTOS PRINCIPOLÓGICOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A CONSTITUIÇÃO COMO O PRINCIPAL FUNDAMENTO DO DECIDIR JUDICIAL

Diante de todo o exposto até este momento, já se pode inferir que uma decisão só será legítima se o magistrado fundamentar sua decisão através de um processo hermenêutico de cunho filosófico, tendo como condição de possibilidade do “acontecer” da decisão considerações acerca do círculo hermenêutico, além do giro ontológico-linguístico, respeitadas as opiniões contrárias, mas, sobretudo, tendo como principal fundamento a Constituição Federal, que no caso brasileiro, sufraga a concretização dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Dentre os pressupostos principiológicos inafastáveis a serem enfrentados no ato de decidir judicial estão: princípio da motivação; princípio do Estado Democrático de Direito; a dignidade da pessoa humana; princípio da separação de poderes; princípio do pluralismo político; princípio da isonomia; princípio da legalidade.

O princípio do Estado Democrático de Direito é estruturante, i.e., pedra de toque de nosso Estado, tendo como centro fulcral a ideia de que o poder emana do povo que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes, e como característica também o fato de que até mesmo o próprio Estado e não

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 75.

apenas os indivíduos estão submetidos às normas legais. Este Estado não renega os que o antecederam, como o liberal e o social, mas os incorpora de forma a se solidificar na sociedade pós-moderna.⁴⁶

Diante do *princípio da motivação* (art. 93, IX, da Constituição Federal), conforme já amplamente demonstrado, o magistrado deve apor todos os fundamentos de sua decisão de forma que o jurisdicionado saiba os motivos pelos quais o seu direito lhe foi ou não concedido, *para que possa exercer o seu amplo direito de defesa*.

Por *dignidade da pessoa humana* citamos, por todos, Santos⁴⁷:

Daí que a dignidade da pessoa humana não é uma criação do legislador constituinte, que apenas reconhece a sua existência e sua eminência, pois ela, como a própria pessoa humana, é um conceito *a priori*. Porém, ao colocá-la como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, transformou-a “num valor supremo da ordem jurídica”, ou seja, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais.[...] Instituir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito importa, ainda, em consequência, não apenas o reconhecimento formal da liberdade, mas a garantia de condições mínimas de existência, em que uma existência digna se imponha como fim da ordem econômica, não se toleran-

⁴⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 138/140.

⁴⁷ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 79 e 113.

do, pois, profundas desigualdades entre os membros de uma sociedade. [...] Com efeito, em virtude da primazia da dignidade da pessoa humana, esta há de permanecer inalterável qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo, em consequência, um *minimum* invulnerável que todo o ordenamento jurídico deve assegurar, e que nem nenhum outro princípio, valor, ser pode sacrificar, ferir o valor da pessoa.

O respeito à *separação dos poderes*, é, pois, um combate, por consequência ao ativismo judicial. Pedimos *vênia*, para colacionar as palavras de Montesquieu citadas por Coelho: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.⁴⁸

Apesar de se denominar *pluralismo político* a sua interpretação deve ser realizada de forma muito mais abrangente, onde todos devem respeitar as diferenças dos cidadãos desde que não afetem as liberdades e direitos de outrem. Em outras palavras, proclama-se “o direito à diferença como inerente à própria dignidade humana”.⁴⁹

Lembramo-nos, por relevante, uma passagem de Bauman quando faz referência à *modernidade líquida* e as diferenças e mudanças ocorridas na sociedade, que em tudo se relacionam com esse respeito às diferenças numa concepção ampliati-va/extensiva de interpretação do pluralismo político:

Esse é, essencialmente o modelo *republicano* de unidade, de uma unidade emergente que é uma

⁴⁸ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 145.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 147.

realização conjunta de agentes engajados na busca de auto-identificação; uma unidade que é resultado e não uma condição dada *a priori*, da vida compartilhada; uma unidade erguida pela negociação e reconciliação e não pela negação, sufocação ou supressão das diferenças. Essa, quero propor é a única variante da unidade (a única forma de estar juntos) compatível com as condições da modernidade líquida, variante plausível e realista.⁵⁰

No que tange ao *princípio da isonomia*, significa, como já repetidas vezes enunciado, o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais nos limites de suas desigualdades. Aqui, mais uma vez pode parecer um conceito fluido, vago, abstrato, mas a própria Constituição Federal delimita ao acrescentar que “todos são iguais perante a lei”. Assim, *contrario sensu*, qualquer desigualdade aplicada em uma decisão judicial deve ser amplamente motivada e fundamentada nos termos da lei.

Mais uma passagem de Bauman, já em outra obra, causamos inquietude e concitamos para uma análise mais percuciente sobre o suposto tratamento isonômico que se diz dispensar aos indivíduos, mas não apenas de forma passiva, e, *sim*, fundamentalmente, como manda a Constituição brasileira, ativa e respeitosa. Vejamos:

[...] a cidade hoje é tudo menos um espaço uniforme e homogêneo. [...] Na cidade, o lar de uma pessoa é um terreno hostil para outra. Isso é assim porque a liberdade de movimento dentro da cidade se tornou o principal fator de *estratificação*. Uma posição na hierarquia social da cidade pode ser mais bem medida pelo grau em que se pode evitar (ou não) o confinamento a uma única área, e se

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 204.

as áreas “proibidas” podem ou não ser ignoradas ou ultrapassadas com segurança. [...] A questão é que os recursos necessários para fazer apenas isso estão distribuídos de modo desigual entre os habitantes da cidade. [...] As famosas “áreas proibidas” parecem diferentes dependendo de que lado olhamos para elas: para aqueles com sorte suficiente para circular fora delas, são “áreas de entrada proibida”, mas para os de dentro, “proibido” significa “proibido sair”.⁵¹

Ao fim e ao cabo, sem a finalidade de esgotar os princípios e sem qualquer desprezo aos outros, mas apenas por seleção nossa dos mais relevantes diante do tema abordado, resta o *princípio da legalidade*, que muito embora, na presente era pós-moderna, esteja passando por uma crise de legitimidade⁵², onde se fala sim em respeito ao *princípio da constitucionalidade ou princípio da juridicalidade*, os nossos comentários sobre a relevância e respeito que deve ser reservado ao mesmo pelo juiz não se altera. O respeito ao princípio é relevante para que se possa cogitar em conviver em uma sociedade democrática.

Enfim, o fato é que para que a decisão judicial esteja dentro dos cânones da República Federativa do Brasil, respeitando os seus fundamentos, os juristas estão “condenados” a interpretar: “Gadamer nos ensinou que interpretar a lei é um ato produtivo e não reprodutivo, mostrando a superação da hermenêutica clássica pela hermenêutica filosófica”.⁵³

Desde o início deste artigo demonstramos claramente que “a hermenêutica que serve de base para estas reflexões não

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 117/118.

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. P. 21/45.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 394.

abre espaços para arbitrariedades, relativismos, decisionismos e discricionariedades. (claro que isso obviamente, não representa uma proibição de interpretar [...]).⁵⁴

Conclui Streck que “A hermenêutica não nega que um texto (um enunciado linguístico) tenha vários significados. Não se nega a vagueza e a ambiguidade da linguagem. Não é essa a discussão”.⁵⁵ E conclui:

Assim, a tese que venho sustentando é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única nem a melhor: simplesmente trata-se “da resposta adequada à Constituição”, isto é, *uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma.*⁵⁶

Encerramos com as palavras de Warat, que nos deixou um grande legado, de que “é necessário fazer a terapia do conhecimento. Existem poucas ousadias e muitas fantasias que recobrem as teorias sobre o Direito. Há um mundo a ser desbertado, um mundo mostrando que as contradições íntimas são as que levam à claridade do saber”.⁵⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um ponto nenhum jurista pode discordar: decisão judicial não é loteria, uma vez que toda a sociedade quando “bate às portas” do Poder Judiciário deve e, na maioria das vezes,

⁵⁴ Ibidem. p. 395.

⁵⁵ Ibidem. p. 397/398.

⁵⁶ Ibidem. p. 400.

⁵⁷ WARAT, Luis Alberto Apud STRECK, Lenio Luiz. A revelação das obviedades do sentido comum e o sentido (in)comum das obviedades reveladas. In: BALTHAZAR, Ubaldo César (Coord); OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Sub-coord). *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luiz Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998. p. 60.

conhece, mesmo que minimamente, as leis, sendo cônica dos riscos que corre.

Dessa forma, o magistrado ao decidir, não pode escolher a opção de acordo com sua consciência, criando normas com efeito *ex tunc*, exigindo condutas que jamais foram previstas em qualquer regramento, como se todos nós, inclusive os juizes, não estivéssemos vinculados ao Estado Democrático de Direito, que prima pela segurança jurídica.

Decidir não é escolha; sentença não vem de sentir. *Data vênia*, isso é um sofisma! No direito não se pode estar submetido ao humor, à consciência, à ideologia ou aos sentimentos pessoais de magistrados. Sentença é ato de conhecimento motivado; fundamentada em pleno acordo com os preceitos constitucionais, sob pena de ser intolerável e nula em um Estado Democrático de Direito. Ademais, a fundamentação deve se dar de forma cadenciada, sem juízos subjetivos, sem primazia de consciência. Isto é discricionariedade, um sinônimo de arbitrariedade, ou chame-se como quiser. Não se confunda com discricionariedade administrativa, esta prevista em lei e limitada por ela.

Tais desideratos devem ser execrados por mácula insanável, uma vez que a fundamentação deve ser *jurídica*. Daí porque acolhemos a teoria de que a decisão judicial deve se fulcrar numa hermenêutica filosófica não fragmentada, ou seja, onde a compreensão antecede o ato de interpretação, e este, por sua vez, coincide com o ato de aplicar, tudo ocorrendo em um mesmo momento. Trata-se de um “ir e vir” contínuo. Assim, a decisão não perde a sua coerência, aproximando-se da resposta mais coerente para o caso concreto, visto que pensada, repensada e dialogada em consonância com os princípios constitucionais que são a condição de possibilidade do acontecer da decisão mais adequada à Constituição.

Com toda a nossa explanação também deixamos claro que o fato de sermos contrários à discricionariedade judicial,

não significa que o juiz esteja impedido de interpretar. Ao contrário, o magistrado tem o dever de interpretar as leis, até mesmo porque não se nega que as mesmas possuem conceitos fluidos, além de serem mutantes diante do fator temporal e espacial. Porém, quando se está a utilizar os princípios para a resolução dos casos concretos e/ou casos difíceis, como preferem alguns, utilizando-se até mesmo da lei, o que são ponderados e analisados são os casos, estes sim, sempre diferentes e únicos; os princípios ou as leis não se submetem a ponderações.

Especificamente no que tange aos princípios ressaltamos, com apoio em respeitada doutrina, que os mesmos fecham a interpretação, jamais a abrem, com *todas as vênias*, aos que entendem de forma diversa.

Outra coisa é certa, este debate que vem ganhando força no mundo acadêmico, chegando-se até a se dar conta de Teorias da Decisão Judicial para que se desmantele esta sedimentação (des)organizada de otimização de “poder criativo dos juízes para o bem do Estado Democrático” (*sic!*), deve continuar com cada vez mais entusiasmo, para que o Poder Judiciário, ao invés de trazer insegurança jurídica em suas decisões, como frequentemente vem ocorrendo, brinde-nos com a segurança e a estabilidade das relações, espinha dorsal do nosso Estado Democrático de Direito e de Justiça.

Se nossas palavras podem causar inquietude e insatisfação ou sentimentos opostos, deixamos claro que a nossa intenção não foi, é, nem será convencer com nossos argumentos, mas apenas contribuir para o debate acadêmico. Porém, tendo causado inquietude, ponha para fora, escreva, debata, critique responsabilmente e com sugestões para que possamos construir uma sociedade cada vez mais livre, solidária, pluralista, mas, sobretudo, que respeite a dignidade da pessoa humana e lhe garanta a segurança necessária para conviver em uma sociedade, sem ser jamais pega de surpresa por ânimos ou consciências pessoais ou concessões de poderes ilimitados a nenhum

cidadão.

Encerramos nossa pesquisa convencidos de que como todos nós temos o direito de sonhar, que este sonho seja cada dia mais vívido, seguro e virtuoso, pois haverá sim o dia em que os indivíduos se encherão de entusiasmo e orgulho para afirmar que possuem a verdadeira virtude cívica. Ao fim e ao cabo, mesmo o Direito tendo que ser cego, nós, juristas, não podemos deixar de lutar intensamente, ouvir e falar, concretizando os princípios constitucionais, pois ousamos repetir: Isto é cidadania! Isto é democracia! Isto é Estado Democrático de Direito!



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- _____. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CRUZ, Flávio Antônio da. Alguma provocações sobre a hermenêutica constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 119-170.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigo Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 13-56.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. *Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência*. Curitiba: Juruá, 2004.
- MENDES, Gilma; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- _____. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- _____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica*

e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A revelação das “obviedades do sentido comum e o sentido (in)comum das obviedades reveladas. In: BALTHAZAR, Ubaldo César (Coord); OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Sub-coord). *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luiz Alberto Warat*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998. p. 53-60.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política”. *Revista Direito GV*, Vol. 8, n. 1, 2012, pp. 37-58.

TRENTO, Simone. Pós-positivismo, Legitimidade e Controle das Decisões Jurisdicionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 53-68.