

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG
FACULDADE DE DIREITO



TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

CAMILA GOMES MARCELINO

**UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA SOBRE A (IM)PREVISIBILIDADE DAS
DECISÕES JUDICIAIS**

Rio Grande
2014

CAMILA GOMES MARCELINO

**UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA SOBRE A (IM)PREVISIBILIDADE DAS
DECISÕES JUDICIAIS**

**Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande – FURG como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Me. Rafael Fonseca Ferreira

**Rio Grande
2014**

Banca Examinadora:

.....

.....

.....

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor e consumidor da minha fé, dono dos meus dias, que tem me permitido vivenciar tantas conquistas, mesmo sem merecer. Ao Senhor toda honra e glória, pois me alcançou com tanto amor e cuidado, não há palavras para expressar a gratidão de ser filha do Deus Altíssimo. Obrigada Pai!

Aos meus pais, Elon e Márcia, e minha irmã Helen, por serem um exemplo de família pra mim. Os valores que recebi, moldam meu caráter. Vocês me ensinaram que SER é muito melhor do que TER. Família em primeiro lugar sempre. Amo vocês!

Ao professor e orientador Rafael, que me apresentou a hermenêutica e me auxiliou com excelência na elaboração deste trabalho. Obrigada pela paciência e pelo zelo a mim conferido. Tua postura só demonstra o caminho de sucesso que você está percorrendo.

Aos meus amigos que alegrem os meus dias, tornando menos árduo este trabalho e a todos que de alguma forma tornaram tudo isso possível.

A tua justiça é uma justiça eterna, e a tua lei é a verdade.

Salmos 119:142 in Bíblia Sagrada

RESUMO

MARCELINO, Camila Gomes. **Uma Análise Hermenêutica Sobre a (im)previsibilidade das decisões judiciais**. 2014. 65 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande.

A presente monografia visa o uso da hermenêutica jurídica a fim de realizar uma análise crítica de como as interpretações subjetivas engendram decisões judiciais superficiais. Mais do que isso, essas interpretações produzem sentenças diversas, ainda que sobre casos concretos idênticos, provocando o enfraquecimento do regime democrático e da segurança jurídica. Ainda, demonstrar-se-á, sob a égide da filosofia, a origem do livre convencimento motivado, considerado como princípio e a sua não adequação ao disposto na Constituição, vista evidente subjetividade e inevitável imprevisibilidade trazida pela sua aplicação. Ademais, tópicos como solipsismo e discricionariedade serão trazidos à tona, a fim de conceituar esses elementos e demonstrar como estes atuam ao lado da filosofia da consciência, trazendo o sujeito como centro da interpretação, tornando a decisão, uma escolha e a fundamentação, mera justificativa. Em seguida, cumpre explicitar as consequências de um judiciário instável, desprovido de segurança jurídica, demonstrado por meio da análise de dois julgados do STF, como forma de corroborar a existência da imprevisibilidade. Enfim, se propõe o controle do conteúdo das decisões judiciais, por meio do filtro constitucional, no objetivo de o Direito não legitimar quaisquer condutas julgadas adequadas pelo julgador e garantir que o próprio Estado Democrático de Direito não reste prejudicado.

Palavras-Chave: Imprevisibilidade. Livre Convencimento. Hermenêutica. Discricionariedade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

MARCELINO, Camila Gomes. **Uma Análise Hermenêutica Sobre a (im)previsibilidade das decisões judiciais**. 2014. 65f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande.

This monograph covering the use of legal hermeneutics in order to perform a critical analysis of how subjective interpretations generate superficial judgments. More than that, these interpretations produce multiples judgment, even on identical concrete cases, causing the weakening of democracy and legal certainty. Still, will prove, under the aegis of philosophy, the origin of free motivated conviction, considered as a principle and its unsuitability to the Constitution, clear view subjectivity and inevitable unpredictability brought by your application. In addition, topics such as solipsism and discretion will be brought to the surface in order to conceptualize these elements and demonstrate how these act side of the philosophy of consciousness, bringing the subject to the Interpretation center, making the decision, a choice, and the rationale, justification mere . Then fulfills explain the consequences of an unstable judiciary, devoid of legal certainty, demonstrated through the analysis of two judged the Supreme Court, as a way of corroborating the existence of unpredictability. Finally, it is proposed to control the content of judgments, through constitutional filter, the goal of the law does not legitimize any conduct deemed appropriate by the judge and ensure that the democratic state itself remains not harmed.

Keywords: Unpredictability. Conviction free. Hermeneutics. Discretion. Legal Security.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	12
2.1 O livre convencimento na história e na Constituição.....	12
2.2 O livre convencimento e sua (não) adequação à filosofia e hermenêutica.....	20
3 DESVELANDO O PROBLEMA DA IMPREVISIBILIDADE: A POSTURA SOLIPSISTA E A INTERPRETAÇÃO SUBJETIVISTA.....	26
3.1 Solipsismo e discricionariedade são irmãs siamesas.....	26
3.2 A decisão sem fundamentação e a fundamentação sem decisão: a celeuma da interpretação e o uso dos precedentes.....	33
4 A INSEGURANÇA JURÍDICA COMO CONSEQUÊNCIA DA (IM)PREVISIBILIDADE E SUA CONFIRMAÇÃO NAS DECISÕES DO STF: CONTROLANDO O CONTROLADOR.....	40
4.1 A insegurança jurídica enquanto resultado de um sistema judiciário que se “assegura” no protagonismo judicial.....	40
4.2 Decisões imprevisíveis O relativismo derivado das decisões sem critérios.....	44
4.2.1 A decisão justificada na segurança jurídica que trouxe insegurança jurídica. O caso da ADI 4.029.....	44
4.2.2 O STF decidindo acerca de fatos e não de Direito. O caso da ADI 4424.....	48
4.3 É possível prevenir a imprevisibilidade? A busca por uma decisão.....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 foi um grande marco histórico no Direito Brasileiro, uma vez que consolida direitos e garantias fundamentais antes não legalizados, proporcionando uma nova era e estabelecendo o Estado Democrático de Direito. Em que pese a comemoração de um novo tempo jurídico, passados 25 anos, percebe-se uma crescente discricionariedade de interpretação e afastamento hermenêutico. Com isso, cada juiz usufrui sem medidas do seu poder de decisão.

Apesar da hermenêutica ser um dos instrumentos mais antigos na seara do direito, pouco a ela se recorre, visto tamanha complexidade e profundidade que ela exige. Assim, a livre interpretação de juízes e Ministros atrai o ativismo judicial e afasta de vez a segurança jurídica, um dos bens mais preciosos para aqueles que buscam no Direito o exercício da atividade jurisdicional.

A overdose de conhecimento de leis e doutrinas que um juiz abarca a fim de fundamentar suas decisões se dirime em face da necessidade de construção de um processo de interpretação das leis. Mais vale escolher qual lei aplicar e justificá-la, no lugar de realizar um procedimento interpretativo, afinal, quando falta profundidade hermenêutica, sobra o poder que lhe garante decidir conforme seu livre convencimento e sua consciência.

O objetivo do presente trabalho não é dirigir uma crítica violenta aos julgadores, uma vez que estes também são frutos de um sistema judiciário saturado, em que metas diárias de decisões são impostas pelas corregedorias e precisam ser cumpridas. Embora, não se pode negar do poder que os magistrados exercem, muitas vezes usufruindo de arbitrariedade, no momento de justificar sua decisão.

Assim, o foco será direcionado a forma como as decisões judiciais são construídas, muitas vezes eivada do solipsismo do juiz, gerando o questionamento do porquê de casos idênticos possuírem sentenças diversas. Neste tocante é que se instaura a imprevisibilidade.

Esta imprevisibilidade nas decisões judiciais possui como consequência direta a insegurança jurídica e ameaça diretamente o Estado Democrático de Direito. Essa imprevisibilidade possui como origem o ato de interpretação das leis, bem como o solipsismo, pontos nefrálgicos e motivadores do presente trabalho. Ora, se o juiz possui plena liberdade de interpretar conforme sua consciência, nada, nem a própria lei pode impedi-lo de decidir discricionariamente.

Uma decisão judicial precisa ser eivada de segurança e clareza normativa, no intuito de por fim a uma controvérsia ou declare um direito pleiteado. Essa decisão precisa ser

fundamentada e gerada em um procedimento interpretativo e hermenêutico, sem abandonar a necessidade de possuir uma correspondência constitucional.

Desta forma, considerando que não há parâmetros no momento da fundamentação, a decisão será sempre imprevisível. A única previsibilidade é saber que ela será imprevisível. Eis a razão pelo qual no título deste trabalho o prefixo *im* se encontra entre parênteses – numa condição de afronta ao cenário do judiciário brasileiro: decisões de conteúdo impossíveis de se prevenir, tendo em vista o alto grau de discricionariedade e, ao mesmo tempo, a previsibilidade destas decisões, na condição de prever que estas serão, na verdade, imprevisíveis.

Cuida-se destacar que todo o estudo foi realizado sob uma perspectiva hermenêutica e filosófica, pois se acredita que estes são dois pilares que possibilitam tanto a investigação da origem da imprevisibilidade, quanto serem instrumentos capazes de oferecer verdadeiros freios à liberdade de interpretação e trazer uma solução para o controle das decisões.

Portanto, o presente trabalho, no primeiro capítulo, far-se-á uma explanação histórica do Livre Convencimento Motivado, como se deu a sua legitimação e de que forma esse princípio foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, se demonstrará que o livre convencimento não possui compatibilidade com a Constituição Federal, visto ausência de embasamento que permita ao juiz ser protagonista. Após, será confrontado o livre convencimento motivado sob a luz da hermenêutica e da filosofia, demonstrando seus papéis decisivos e direcionadores para a discussão acerca da mudança de paradigma no mundo do judiciário, sendo instrumentos de racionalidade, possibilitando a realização crítica da fundamentação do conhecimento, trazendo o equilíbrio do Estado Democrático de Direito e em qual medida. Uma das formas de se compreender a questão é observar o abandono da filosofia da consciência, dando lugar à filosofia da linguagem que, juntamente com o giro ontológico-linguístico reпреndem o esquema sujeito-objeto e inauguram a compreensão a partir da linguagem e não do sujeito.

Em seguida, no segundo capítulo, se fará necessário estudar as diferenças entre escolher/decidir e justificar/fundamentar, demonstrando como os julgadores acabam por usar estes termos como sinônimos, partindo da crítica ao solipsismo e à discricionariedade, estas, atuando conjuntamente. Ainda, a interpretação possui lugar cativo no entendimento da discricionariedade e solipsismo, considerando que todas estas questões precisam ser analisadas e compreendidas concomitantemente, uma vez que a hermenêutica considera que a interpretação possibilita a fundamentação e, conseqüente decisão de forma controlada, sem que o juiz atue com seus conceitos e considerações acerca do caso, ainda que este seja “um

caso difícil”. Ainda, se analisará os precedentes como interessantes alternativas a uniformizar as decisões, contudo, a sua aplicação também deve ser analisada pela hermenêutica, já que o uso desmedido, sem análise do grau de objetividade, será mero justificador e não fundamentará a decisão, conseqüentemente, haverá imprevisão.

Enfim, no terceiro capítulo, haverá foco na insegurança jurídica, enquanto consequência direta da imprevisibilidade e fator de fragilidade do Direito. Ainda, se partirá da segurança jurídica, vez que ela garante a ordem e está expressamente respaldada na Constituição. A seguir, ocorrerá a análise de duas decisões preferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Cabe evidenciar que a escolha do STF fora motivado pela sua evidência na mídia e a maneira como são realizados os julgamentos, muitas vezes revestidos de poder e de conteúdo puramente políticos, além de tratarem de assuntos concernentes à Constituição Federal. Com isso, se analisará a ADI 4.029 e a ADI 4.424, a primeira trata sobre a não aplicação do art. 62, §9º, concernente acerca da emissão de parecer da Comissão Mista na conversão de Medida Provisória em Lei e, a segunda, trata da mudança acerca da natureza da Ação Penal no caso de lesão corporal, resultante de violência doméstica, para ação pública incondicionada. Procurar-se-á evidenciar, nestes dois casos, como o STF justificou suas decisões e a maneira destas serem fontes de imprevisibilidade e insegurança jurídica. No final, se proporá uma teoria da decisão, iniciada por Dworkin e remodelada por Lenio Streck, mais uma vez com elementos da hermenêutica, a fim de oferecer um controle no conteúdo das decisões e evitar que a imprevisibilidade se permeie no ordenamento jurídico.

2 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Na realidade brasileira, como um dos elementos formadores de uma decisão imprevisível, está o livre convencimento motivado. Tido como um princípio, o livre convencimento permite que o juiz construa a fundamentação de suas decisões de forma livre, apreciando as provas e atuando no processo até que entenda possuir elementos suficientes para decidir. Em outras palavras, o livre convencimento, como o próprio nome sugere, significa que, se uma parte deseja ter um pedido pleiteado, terá que convencer ao juiz que possui razão, contudo, não necessariamente a sua tese precisa ser atrelada a lei, uma vez que o juiz possui liberdade de atuação no processo, absorvendo e descartando aquilo que lhe convém.

Em que pese o livre convencimento ser tratado como “princípio¹”, não há adequação na forma como ela é aplicada no direito brasileiro, uma vez que a liberdade de atuação do magistrado prejudica a segurança que as decisões devem possuir e o compromisso que elas refletem na sociedade. Por isso, para melhor compreender como o livre convencimento é um risco à autonomia democrática, faz jus fazer uma breve análise histórica, sua recepção no ordenamento brasileiro e, em seguida, confrontá-lo com a filosofia e hermenêutica, a fim de verificar a ausência de compatibilidade entre elas.

2.1 O livre convencimento na história e na Constituição

Conforme apontam Cintra, Grinover e Dinamarco, o livre convencimento do juiz, também chamado por eles de persuasão racional, começou a ser proclamado a partir do século XVI, já que até então, os juízes frequentemente não fundamentavam suas sentenças². Também, explica Aronne, que antes da Revolução Francesa, não existiam limites no momento de julgar, não havia padrões e, os juízes, na maioria das vezes, realizavam julgamentos favorecendo a elite, provocando grandes revoltas. Com o acumular de injustiças somado ao cenário histórico vigente naquele período, as pressões (e opressões) culminaram com a revolução³. Assim, foi na Revolução Francesa de 1789 que esse “princípio” foi consolidado,

¹ Destaca-se que não é o propósito aqui se o livre convencimento é um princípio ou não, pois este não é o objetivo, porém, a palavra será colocada entre aspas, a fim de demonstrar que não há concordância acerca do tema.

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 68.

³ ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. 1ed. Porto Alegre: Sergio

devido a grande influência liberal nos dispositivos legais. Com o decreto da Assembleia Constituinte de 1791, foi determinado que os juízes julgassem *segundo sua consciência e sua convicção interior*⁴, assim, os responsáveis pelo movimento pretendiam normatizar todas as questões que envolvessem julgamentos, a fim de que os magistrados pudessem aplicar as leis.

Após a revolução, o juiz era visto como mero reproduzidor da lei. O sistema anterior havia provocado grande temor à sociedade, já que os julgadores favoreciam os interesses dos nobres em troca de benefícios do governo, reforçando o sentimento de injustiça. Conseqüentemente, o antigo regime despertava repúdio e, aliado ao contexto político e social da época, a opressão sofrida pelo povo culminou com a Revolução⁵. A partir de então, o juiz era considerado praticamente um ser inerte, quanto mais o juiz fosse fiel e aplicasse a letra da lei, maior era a sensação de segurança.

No contexto brasileiro, o livre convencimento, de acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco, significa que o juiz, embora possua o dever de observar as provas e demais elementos presentes nos autos para instruir e decidir, a estes não fica absolutamente atrelado⁶. Em outras palavras, sua decisão tem por base aquilo que está no processo, porém, a avaliação é revestida de critérios de sua racionalidade.

O livre convencimento motivado encontra base no art. 131 do CPC:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento⁷.

Como já apontado anteriormente, houve a recepção do livre convencimento motivado, e o artigo 131 do CPC, diz que o juiz “apreciará livremente”. Essa liberdade conferida ao juiz permite uma atuação discricionária, porque não obsta que cada juiz use razões de ordem pessoal, escolhendo sua resposta ao pleiteado e usando argumentos subjetivos para justificar a escolha. Portanto, se comporta como um legalizador de decisões imprevisíveis, já que retira toda a garantia constitucional de um devido processo legal, uma vez que coloca a responsabilidade de decisão na opinião de cada juiz, de forma individual. Conseqüentemente, isso permite que a decisão pode mudar, dependendo de quem a profere, considerando que a

Antônio Fabris Editor, 1996, p. 20.

⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 68.

⁵ ARONNE, op. cit., p.20.

⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 69.

⁷ ABREU FILHO, Nylson Paim (org). **Vade Mecum**. 5.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 389.

experiência do juiz, seus credos e sua concepção moralista, também compoñham o convencimento, e integram a motivação da decisão.

Também, usa-se como base o art. 93, IX da Constituição Federal:

Art. 93. (...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.⁸

Entretanto, cumpre salientar que o artigo 93 em nada apoia o livre convencimento motivado, vez que se fala apenas na “fundamentação” sem conferir qualquer sorte de liberdade de atuação ao magistrado, o que torna forçoso dizer que a Constituição instituiu o “princípio” do livre convencimento motivado.

No momento em que o livre convencimento motivado foi recepcionado no direito brasileiro como um “princípio”, ocorre que a liberdade demasiada nas decisões foi explicitamente legalizada e doutrinariamente ratificada sem nenhum espírito crítico. Basta observar, por exemplo, o que diz Amaral dos Santos, quando afirma que um sistema processual homogêneo é formado pelo amplo poder conferido ao juiz no âmbito do próprio processo, quando busca a verdade ou na maneira como ele se convence desta verdade e a declara. O juiz, segundo o autor, possui total liberdade para avaliar a prova e, esta fará parte do fundamento de sua decisão, sendo a lei apenas um apoio, juntamente com a doutrina e jurisprudência⁹.

Primeiramente, vale ressaltar que conferir poder ao juiz no processo, implica numa responsabilidade institucional que o juiz, enquanto ser humano, não é capaz de ter sobre si. Devido ao compromisso político e social da lei e da Constituição, não há possibilidade de que este compromisso encontre efetividade no reducionismo da opinião volátil de um juiz, revestido de subjetividade e que transformaria a busca pela efetividade de um direito em mero decisionismo. Além disso, dizer que o modo como o juiz se convence da verdade por ele buscada, torna o sistema processual heterogêneo e não homogêneo, justamente pelo caráter subjetivo do convencimento do juiz, uma vez que precisa ser convencido. Isto significa que a decisão parte do juiz e não da lei, já que se ele não se sentir convencido do que é apresentado no processo, o seu entendimento está acima da lei e da própria Constituição, ainda que a lei

⁸ Ibid., p. 51

⁹ SANTOS *apud* ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Opt. cit., p. 34.

seja clara sobre determinado ponto. Entre a lei e o seu convencimento, o segundo prevalece, tornando as decisões judiciais submetidas a possível imprevisibilidade do raciocínio do juiz, Essa postura somente satisfaz o interesse do julgador, logo, a autonomia do Direito se fragiliza, a Constituição perde a função de concretizar direitos e a produção democrática resta prejudicada.

Interessante também visualizar, conforme aponta Aronne¹⁰, que o nosso código submete o juiz à prova dos autos e, a partir dessa análise da prova se encontrará os motivos da sua convicção, que serão combinados com o seu raciocínio. Assim, essa liberdade para construir o convencimento, segundo se ensina, atuará dentro da prova, na sua apreciação e análise, sendo a pedra fundamental para construir um convencimento, por meio da verdade pesquisada.

Com o que já foi exposto até aqui, o livre convencimento motivado é recepcionado no direito brasileiro e, assim proclamado pelos doutrinadores como um “princípio” surgido em resposta a um clamor social de cunho histórico. Este clamor, iniciado na Revolução Francesa, se refere à explícita parcialidade dos juízes naquele tempo, que decidiam de forma a favorecer certas classes sociais. No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 também reflete um clamor social histórico, marcado pela luta em torno da democracia e de decisões judiciais imparciais, correspondentes ao novo momento que se inaugurava.

Neste contexto de ideias e ideologias, o livre convencimento foi recepcionado sem a devida reflexão acerca das suas consequências práticas no que diz respeito ao conteúdo das decisões. A fim de revelar que a questão do livre convencimento é anterior à Constituição, veja-se uma parte do voto do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Evandro Lins e Silva, datado de 1964:

Nunca é demais advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se de seu conteúdo. Livre convicção não é a emancipação absoluta da prova, nem julgamento contrário à prova ou à revelia da prova. Não é, tão pouco, julgamento ex-informata conscientia, com o qual não se confunde, porque pressupõe unicamente a livre apreciação da prova, jamais a independência desta, no ensinamento de Manzini [...]. A liberdade da apreciação da prova pelo juiz está necessariamente subordinada à natureza do fato que deva ser provado.¹¹

¹⁰ ARONNE, op. cit., p. 20.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 40.609. Paciente: Washington Fernando Abrantes. Impaciente: Francisco Oscar Penteadó e outros. Relator: Evandro Lins e Silva. Guanabara, 15.7.1964. Disponível em: <<http://>

Percebe-se que desde esse contexto histórico se buscou conceituar o livre convencimento, a fim de trazer segurança às decisões. Todavia, não há maneira de conceituá-lo sem considerar que este sistema de livre convicção falha a partir do momento em que ela é “livre”. Porém, independente do contexto considerado, interessa expor que ele é apresentado como um ato atrelado à lei, com liberdade, mas limitado à legislação. Em que pese possa causar redundância, é necessário insistir que não há segurança na livre escolha do juiz. O efeito é o oposto: casos iguais produzem resultados diferentes, porque são analisados por juízes dotados do alvedrio de formarem sua convicção de forma subjetiva, gerando a multiplicidade de decisões e a imprevisibilidade destas.

Por outro lado, há professores, a exemplo de Aronne, que defendem a convicção do magistrado, por não considerá-la arbitrária, sem fundamentos ou imotivados, uma vez que a lei estaria presente para ser um norte, delimitando o agir do juiz e permitindo que ele se adstrinja somente ao que está no processo. Também, defende o livre convencimento ao afirmar que a liberdade de tal “princípio” não é de decisão no sentido de “fazer o que bem entende”, antes, a liberdade referida é o de apreciação do que é exposto pelas partes, ao que é trazido à baila no processo do caso concreto ou, o que se deseja dirimir, os fatos divergentes (elementos de prova), que, como já foi afirmado anteriormente irão formar o convencimento do julgador¹².

Contudo, o perigo de aceitar essa crença, não se verifica apenas no campo teórico. Apenas para aportar um campo prático, o livre convencimento motivado é refletido e aplicado amplamente nos Tribunais Superiores. Embora decisões do STJ não sejam objetos do presente trabalho é muito pertinente destacar dois julgados a respeito de como o livre convencimento pode ser um escopo para a discricionariedade: “A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada em lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual”¹³.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. [...] Decido, porém, conforme a minha consciência. Precisamos estabelecer nossa

www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1427947>. Acesso em 10 de agosto de 2014.

¹² ARONNE, op. cit., p.34.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº.7870/SP**. Recorrente: Milton Jesus de Paes Almeida. Recorrido: Oiram – Empreendimentos Imobiliários. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Brasília, 3 de fevereiro de 1992. Disponível em <<http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199100017450&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em: 14 de agosto de 2014

autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.¹⁴

Quanto à livre apreciação da prova, não se pode negar que a afirmação encontra respaldo na lei, uma vez que o art. 131 do CPC assim o define, mas, não significa que o dispositivo encontra adequação constitucional, já que esta não possui dispositivo referente a algum tipo de liberdade conferida ao magistrado em formular decisões livremente, o que se observa é a obrigatoriedade de fundamentar suas decisões, conforme preceitua o art. 93, IX, CF/88 já apontado anteriormente.

No que concerne ao voto do Ministro Humberto Gomes Barros, declarações deste cunho, em sede de uma decisão judicial, demonstram que a imprevisibilidade não é uma falácia teórica, ela existe e se parasita em discursos revestidos de arrogância e poder, deixando à deriva toda massa social que, literalmente, dependem da boa vontade do julgador. Dizer que um juiz decide porque pensa daquela maneira, afronta qualquer sistema jurídico vez que o ordenamento é ignorado se esta for a vontade de quem decide, permitindo uma discricionariedade ao ponto de submeter o conteúdo das decisões judiciais, por exemplo, ao estado de humor do juiz.

Embora se observe, ainda que de forma lenta, a denúncia em torno dos prejuízos que as decisões imprevisíveis possuem, ainda existe um enraizamento quanto à questão da eficácia do livre convencimento. Portanova, por exemplo, faz a observação de que a lei é o seu limitador, uma vez que o juiz sentencia, sem o seu balizamento, a sentença é nula, não pode o magistrado estar contra a lei, o que, segundo ele, não necessita que o julgador seja escravo dela, sendo um mero reproduzidor legal, sem nenhuma reflexão. Não suficiente, afirma que o juiz pode participar ativamente do processo, desde que a lei não seja corrompida e que não vá ao sentido oposto do que foi positivado pelo Estado, modificando as suas finalidades. Por fim, aduz o desembargador que o papel do juiz vai além do ser intermediário entre realidade e

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgReg em REsp nº 279.889/AL**. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Pedro Lourenço Vanderlei e outros. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, 7 de abril de 2003. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=366847&num_registro=200101540593&data=20030407&formato=PDF>. Acesso em 14 de agosto de 2014.

texto, ele busca a justiça¹⁵, o livre convencimento desenvolveria aí um papel de auxiliar nesta busca¹⁶.

Como consequência desse adágio, o livre convencimento permite que o juiz tenha sua vontade manifesta, nem a própria lei pode limitá-lo. Sua inteligência permite que ele “sinta”, já que a sentença vem do sentir e, esse sentimento permite que o julgador se expresse e defina a situação processual. Ele não está preso à lei, como grande interessado no alcance da justiça, sua posição de interesse permite que a subjetividade domine, já que, não há como afastá-la em nenhum momento¹⁷. Mas, aceitar o livre convencimento é ameaçar a existência do próprio Estado Democrático de Direito, visto que se abandona a lei, tornando-a mera base de delimitação e trazendo ao centro o julgador que, aprecia livremente e “subjetiviza” o processo. Ainda, afirmar que é impossível ter imparcialidade no processo é uma retórica que corrobora o descaso de fundamentar as decisões judiciais com o devido procedimento interpretativo.

Outro ponto importante a ser salientado é quanto à nossa atual Constituição. A inauguração do Estado Democrático de Direito, permitiu que o Judiciário fosse o centro de todas as decisões, conforme afirma Streck, no Estado Liberal, o centro, sem dúvida estava no legislativo, uma vez que naquele tempo, tudo que não era proibido estava permitido, no Estado Social, era a vez do Executivo, tendo em vista que intervenção do Estado na economia trazia a necessidade de efetivação de políticas públicas, a fim de que essa intervenção se sustentasse¹⁸. Agora, reina o Judiciário, tendo em vista que, qualquer tensão que se verifique é redirecionada aos tribunais, a fim de serem dirimidas. Assim, nossa Constituição torna-se fundamental na atuação política, uma vez que o Executivo e Legislativo se silenciam, todas as suas faltas são preenchidas pelo Judiciário, utilizando-se para tal, de ferramentas

¹⁵ Portanova, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4.ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 26.

¹⁶ A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, adquirindo vários significados ao longo da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a idéia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite e, portanto, esclarece, o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação. Desse modo, a menos que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexibilidade do problema hermenêutica. Trata-se de traduzir linguagens e coisas atribuindo-lhes determinados sentido. STRECK, Lênio Luiz. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. In: TRIBE, Laurence e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Almarilis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. xiii e xiv

¹⁷ NALINI *apud* ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Opt. cit. p. 49.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 5. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 55.

constitucionais¹⁹. Por isso, tem-se a destacar que qualquer ato judicial é também ato constitucional, já que o juiz aplica e analisa determinada lei infraconstitucional, há a obrigação implícita de verificar sua adequação constitucional²⁰. A compreensão do ato judicial como sendo constitucional é um possível freio ao livre convencimento e sua discricionariedade.

Vale destacar ainda, quando a lei aparentar não possuir solução num caso prático (caso concreto), o discernimento pessoal do juiz será o grande salvador. Considerando que ele é o detentor da última palavra, a autoridade com a capacidade de decidir, a autoridade pública.

Acontece que isso aniquila as possibilidades de um controle qualitativo da democracia dessas decisões (afinal, como, e a que título, “sindicar” o discernimento pessoal de alguém?), e coloca em iminente aflição a potencialidade de concretização das promessas constitucionais (que ficaria à mercê do bom senso, da prudência, da autoridade judicial). De modo que – estamos convencidos disto – precisamos investir nas condições de possibilidade de um modelo diverso de Direito, apto a superar esse convívio pacífico com o protagonismo judicial, aqui compreendido como a possibilidade de o juiz – a quem todos os conflitos chegam –, decidir casos complexos, ou difíceis, de acordo com a sua moralidade individual, com o seu “prudente arbítrio” (sic) ou, enfim, de acordo com todos os nomes a que se dê à sua capacidade pessoal de discernimento.²¹

A partir do momento em que se entende (e esse é um grande problema - entender) que a Constituição não é somente a primazia legal do ordenamento jurídico, antes é uma tradição, o intérprete da lei deve ter o comprometimento de que ela deve ser analisada conforme a constituição e, a constituição, por sua vez, também deve ser manejada de acordo com a complexidade do Direito, não a submetendo às correntes radicais políticas, das quais ninguém questiona. Gadamer, filósofo da linguagem, já afirmara que a atuação do juiz deve ser por meio de uma interpretação verdadeira, sem arbítrios, o que significa realizar a adequação e intermédio “entre a história e a atualidade”²².

Com isso, é interessante observar o exemplo trazido por Francisco Motta²³:

¹⁹ Ibid., p. 55.

²⁰ Id. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 362.

²¹ MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o Direito a Sério - Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial** - 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. - p. 19

²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica - 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004. p 19.

²³ MOTTA, op. cit. p. 25.

[...] diante de uma alegação de violação à cláusula do contraditório em determinado processo judicial, o juiz deverá, para resolver a questão, estar preparado para compreender o sentido deste princípio constitucional não como uma regra “absoluta”, ou a partir da qual devesse “deduzir” soluções ou conclusões, mas como uma norma (um conceito, se quiserem) que carrega uma determinada dimensão de moralidade, e que deve ser compreendido com um “dever-ser” enfeixado em meio a um emaranhado coerente de outros princípios constitucionais, cujo sentido, importância e “peso” só se verificará nas especificidades do caso particular.

Portanto, a Constituição é base de qualquer decisão, qualquer análise do julgador deve passar pelo crivo constitucional, a fim de que se garanta a segurança jurídica. Além desse filtro rotineiro, o conteúdo das decisões não pode ser permeado pelo protagonismo do juiz, este deve ser abandonado, conseqüentemente, o livre convencimento não se adequa a esses pressupostos. Não basta simplesmente aplicar princípios ou avaliar adequações constitucionais sem que haja uma compreensão mais aprofundada dos significados, tanto na teoria do Direito, como seu alcance naquele caso concreto. A melhor forma de que haja essa postura, sem que torne a decisão arbitrária, é por meio da introjeção da filosofia hermenêutica.

2.2 O Livre convencimento e sua (não) adequação à filosofia e hermenêutica no Direito

Outro grande cerne da discussão se aporta para a filosofia, como destaca Streck, não a Filosofia *do* Direito, mas a Filosofia *no* Direito, uma vez que o Direito é um campo que precisa ser refletido na linguagem da filosofia, a filosofia é um meio, um instrumento que possibilita o Direito²⁴. Explica-se: no Direito, há uma dependência de conceitos, a fim de que certos elementos estruturantes alcancem seu real sentido, isso significa que determinadas palavras no direito possuem um amplo e um estrito sentido. Por exemplo, os termos “norma”, “princípio”, “moral”, “verdade”, “fundamental” podem ser polissêmicas, se pesquisadas em um dicionário, conterão diversos significados. Contudo, no Direito, as palavras precisam alcançar um sentido comum (estrito senso) para que ela produza o mesmo efeito quando usada no mesmo contexto. Ora, é impossível não se reportar à filosofia a fim de que essas palavras alcance um significado, e, a contribuição filosófica é essencial para destrinchar e permitir o alcance de aplicabilidade desses elementos importantes e componentes do Direito.

De certo, a filosofia também se torna condição de possibilidade na doutrina, uma vez que na complexidade da realidade, esses elementos e tantos outros, como culpa, vontade,

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 210.

reprovação, devem ser exercitados e referendados concomitantemente ao caso concreto e à Constituição. Nas palavras de Dworkin, “juristas da academia não podem fugir da filosofia – ela corre a encontrá-los no seu próprio território –, embora possam filosofar de maneira ignorante e fazer má filosofia”²⁵. Portanto, a filosofia é um instrumento, ainda que usado de forma irresponsável e sem intenção, se há pensamento, há reflexão, ainda que para o mal, aí está a filosofia.

Deste modo, a hermenêutica se mostra fundamental, pois com ela, a filosofia possui um alcance que ultrapassa uma mera análise lógica de pronunciados, permitindo que a hermenêutica alcance um campo mais profundo da linguagem humana, a hermenêutica toma por fundamento o fato de que a linguagem nos remete tanto para além dela mesma como para além da expressividade que ela apresenta. Não se esgota no que diz, ou seja, no que nela vem à fala.²⁶ Com isso, a linguagem ocupa um espaço determinante, como ponto de partida para compreender de que forma o livre convencimento motivado se constrói, como se inicia, o porquê do problema de sua aplicação e a conseqüente imprevisibilidade nas decisões judiciais.

Ademais, o foco da Filosofia no Direito está com a linguagem, uma vez que a decisão provém do pensamento e, este, da linguagem. Cabe aqui, traçar as linhas iniciais da viragem *linguístico-ontológica* para o Direito e, seu significado na linguagem constitucional. Por meio da Filosofia Hermenêutica, a linguagem passa do lugar intermediário entre sujeito e objeto (esquema s-o), para a condição de possibilidade do ser, superando-se a ideia de que a verdade seja um procedimento cognitivo.

Na Grécia antiga, conforme aponta Streck, houve um rompimento de paradigma, motivado pelos sofistas, já que, os sofistas introduziram o convencionalismo²⁷, logo, entre palavras e coisas não havia relação, com isso, o discurso passou a ser sustentado pela retórica e argumentação e, a persuasão, tinha um papel central. Ao contrário dos sofistas, na metafísica²⁸ clássica, as coisas ditavam os sentidos, uma vez que a essência estava nelas,

Para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas tem sentido porque nelas está uma essência), e assim foi até Kant, o ser “era um predicado real”. O

²⁵ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.486.

²⁶ GADAMER, op. cit., p. 209.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 12

²⁸ Streck explica que a metafísica é entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não o é; se refere às determinações necessárias do ser. Estas determinações estão presentes em todas as formas e maneiras de ser particular. É um saber que precede em todos os outros, por isso, é a ciência primeira, pois seu objeto está implicado nos objetos de todas as ciências e o seu princípio condiciona a validade de todos os outros princípios.

sentido das coisas e, do próprio ser, dependia dos objetos.

Esse pensamento permaneceu até a modernidade, mas, com o advento do iluminismo, surge a busca de explicações sobre a essência do homem. Desse modo, a subjetividade retira o homem das estruturas, ele, o ‘sujeito’, passa a se “assujeitar”, é o chamado sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado pela razão.

Com o giro linguístico, a partir do século XX, rompe-se com a filosofia da consciência, dando lugar à filosofia prática, a filosofia da linguagem. Além da linguagem abarcar todas as questões filosóficas, é ela (a linguagem), a responsável pelo sentido. O giro ontológico-linguístico trouxe uma modificação no conceito de ontologia, com a vinda das estruturas prévias que moldam e antecedem o conhecimento, se supera o elemento apofântico²⁹. Assim, o sentido das coisas não está mais no conhecimento, como antes se defendia, mas, na linguagem, “como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo”³⁰. O que antes era uma comunicação direta entre sujeito e objeto, agora o objeto deu lugar à linguagem e, a partir dela é que os objetos podem ser vistos.

A importância do giro se dá na compreensão da linguagem enquanto realizador do sentido, afastando a ideia de que o sentido viria da consciência. O problema de crer que o sentido está na consciência reside no fato de que, se o fosse assim, o sujeito, enquanto ser individual formularia o seu próprio objeto de conhecimento³¹, isso permite que o conhecimento se submeta às experiências internas e pessoais de cada pessoa, impedindo que haja, de fato, um conhecimento objetivo relacionado diretamente com o objeto.

Esse pensamento tem mais do que uma consequência teórica, ela se reflete diretamente no pensamento dos doutrinadores e, principalmente dos julgadores. Como bem afirma Streck:

Por vezes, em artigos, livros e julgamentos, juízes deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou seu “entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. [...] Não se pode olvidar a tendência contemporânea

²⁹ Enquanto a hermenêutica filosófica trabalha no nível de um como hermenêutico estruturante da compreensão, que antecipa o sentido a partir do círculo hermenêutico, as teorias discursivas – nas suas variadas formas – permanecem no nível de um como apofântico, axiomático-dedutivo, de caráter lógico. [...] a possibilidade de múltiplas respostas está calcada no *logos apofântico*, cuja função é significar o discurso [...] O que constitui o objeto da análise e o fundamento da conclusão lógica é apenas o que ela própria revela pelo seu dizer [...] (o nível hermenêutico, de profundidade, que estrutura a compreensão, e o nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicitativo, ornamental). Id, Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, nº 54, jun. 2007. P. 36-39.

³⁰ Ibid., p. 18.

³¹ Ibid., p. 19.

(brasileira) de apostar no ordenamento jurídico brasileiro de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos³².

Um dos motivos de se verificar este tipo de comportamento por parte dos doutrinadores e julgadores é, de fato, o livre convencimento motivado, não como o único motivo, contudo, o livre convencimento é um facilitador. Em que pese parecer absurdo estes tipos de declarações, inclusive a do Ministro Humberto Gomes Barros, já citado anteriormente, estes agem protegidos por um “princípio” processual, sem adequação constitucional, uma vez que ele se acomoda perfeitamente ao nosso judiciário que menos se preocupa em fundamentar e mais se importa em atuar politicamente.

De certo, sabe-se que essa forma de pensamento foi herdada de forma errônea, mais especificamente da Alemanha, no pós-segunda guerra, com o que foi conhecida como *Jurisprudência de Valores*, uma forma de amenizar a crise trazida após a Lei Fundamental dos aliados, em 1949.

A prevalência da *Jurisprudência dos Valores* foi recepcionada pelos juristas brasileiros sem observar as diferentes realidades na Alemanha. Vale dizer que ela ainda predomina por lá, o que provoca diversas críticas históricas e sociais, inclusive trazidas por Habermas. No Brasil, por exemplo, foram adotados argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada³³. Essa influência possui pontos negativos, principalmente no que tange ao livre convencimento motivado, uma vez recepcionadas as teses da *Jurisprudência de Valores*, se esquece que há toda uma condição histórica cultural totalmente distinta e descontextualizada entre Alemanha e Brasil.

De acordo com Streck, a *jurisprudência dos valores* tinha um papel, no âmbito alemão, de flexibilizar as estruturas legais, muito fechadas, inclusive do próprio direito alemão, pois havia uma grande repulsa da criação da atividade judicial³⁴. Ainda, essa tese dos valores somente se difundiu como foi supracitado, com o pós-segunda guerra, devido a diversas dificuldades de implantação desta e de outras teses (como a *jurisprudência dos interesses*):

[...] os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido

³² Ibid., p. 20.

³³ Id. **Verdade e Consenso**. Opt. cit. p. 48.

³⁴ Ibid, p. 47.

estabelecer um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional³⁵.

Um exemplo interessante é o Anteprojeto do Código Civil Brasileiro de Processos Coletivos, de 2007³⁶ referente aos dispositivos que defendem a flexibilização da técnica processual, o que dá mais poderes ao juiz que pode produzir provas de ofício. Para Streck, no que diz respeito aos princípios presentes neste código, está a instrumentalidade das formas, flexibilização da técnica processual, como já citado, proporcionalidade, razoabilidade e ativismo judicial, este último merece destaque, uma vez que foge totalmente da noção real de princípio, prejudicando diretamente o princípio democrático³⁷. Assim, um código com a missão de possibilitar o acesso à justiça de forma mais democrática, já no seu início apresenta diversos problemas que prejudicam este propósito inicial, uma vez que a efetivação dos direitos se desloca exclusivamente para o judiciário. Inaugura-se, a partir daí o ativismo judicial e a discricionariedade nas decisões.

Ante todo o exposto, percebe-se que há uma ausência de compreensão do que o livre convencimento motivado representa para os juristas de fato, porque não há compatibilidade constitucional com um “princípio” que permita ao juiz usar o seu entendimento como base para edificar uma decisão. Deste fenômeno, desdobra-se o solipsismo, que desloca a figura do juiz da posição de facilitador do Direito para a de manipulador, visto todo o revestimento subjetivo que perfaz a construção da decisão do juiz solipsista. A responsabilidade política do juiz, enquanto membro de uma comunidade política (Estado) e jurídica (Direito) é incompatível com o decisionismo que a discricionariedade proporciona, uma vez que viola a democracia que deve permear as decisões judiciais. As decisões judiciais são produto de compartilhamento jurídico e político. Da mesma maneira que o livre convencimento motivado permite uma instabilidade no próprio sistema jurídico, por ser enraizado na discricionariedade, retira a autonomia do direito e a desloca para o juiz, o solipsismo se

³⁵ Ibid, p. 48.

³⁶ Em outubro de 2004, nas Jornadas de Estudos do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (na Venezuela), foi apresentado o Código Modelo de Processos Coletivos, a elaboração deste Código contou com a colaboração especial dos professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gibi. Logo após, o Instituto Brasileiro de Direito Processual elaborou o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. O anteprojeto foi submetido a várias discussões de diversos grupos de estudos. A versão final foi acrescida de sugestões apresentadas pela Casa Civil, pela Secretaria de Assuntos Legislativos, pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, pelos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo, além das sugestões de outros grupos de estudos. O anteprojeto foi apresentado e entregue ao Ministério da Justiça, em janeiro de 2007, e está sendo analisado. In: FREDERICO, Alencar. **Noções preliminares sobre o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Holambra: Setembro, 2007.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme a minha consciência?** opt. cit. p. 21

desdobra de forma semelhante. Isso significa que entre o solipsismo e a discricionarietà há uma linha tênue, possibilitando suas análises conjuntamente. O distanciamento da Constituição de um juiz ao ser solipsista, se percebe no momento da interpretação do texto normativo: se ele for feito de forma deliberativa, como apregoa o livre convencimento, o resultado será o de múltiplas respostas para casos idênticos. O mesmo ocorrerá com a interpretação subjetivista, a baixa constitucionalidade produzirá decisões equivocadas e imprevisíveis.

3 DESVELANDO O PROBLEMA DA IMPREVISIBILIDADE: A POSTURA SOLIPSISTA E A INTERPRETAÇÃO SUBJETIVISTA

Mais do que a liberdade para atuar no processo, conferida pelo “princípio” do livre convencimento motivado, os julgadores possuem uma autonomia com proporções muito superiores, de forma a serem praticamente os controladores da decisão. De todos os momentos do processo, as decisões interlocutórias e a sentença necessitam de extrema atenção, uma vez que elas são os alvos da discricionariedade e manipulação por parte daqueles que detém o poder de julgar. Assim, afora do livre convencimento motivado, os juízes ainda contam com uma postura solipsista e usam de uma interpretação subjetivista.

Além disso, o solipsismo é uma condição que torna o julgador “escravo de si mesmo”, uma vez que sua compreensão está limitada as suas experiências, seus achados e o que ele pensa a respeito de tal situação, fazendo que o modelo positivista e o esquema sujeito-objeto estejam presentes e não superados. Como consequência, o juiz solipsista torna-se refém do paradigma positivista, fazendo com que as decisões judiciais sejam meras escolhas, já que não há um processo interpretativo, tampouco fundamentação, apenas a justificativa dessas escolhas.

O problema do solipsismo e da interpretação discricionária denunciados por Lenio Streck necessitam ser compreendidos, a fim de desvelar o por quê de os juízes decidirem de forma diferente casos idênticos. Ainda, a crítica a esses modelos se aloca pelo fato destes não se adequarem ao atual Estado Democrático de Direito que exigem decisões seguras de magistrados comprometidos com uma hermenêutica ontológica compreensiva

3.1 Solipsismo e discricionariedade são irmãs siamesas

Enquanto na filosofia analítica e preocupação da linguagem se restringe aos conceitos, desmitificando os significados para melhor encaixe contextual, a hermenêutica considera esta tarefa apenas o primeiro degrau de uma análise mais profunda. Juntamente com a história da filosofia, nas palavras de Streck, “condição de possibilidade do filosofar e a representação sintático-semântica dos conceitos”³⁸, a linguagem conceitual é algo já compreendido e não o ponto de partida. Com isso, a análise dos conceitos não é o início, mas, uma consequência do desvelar hermenêutico, realizada não de maneira a encontrar de forma abstrata os conceitos,

³⁸ Ibid., p. 40.

num prisma unicamente semântico, porém, a compreensão necessita existir antes do sujeito manipulá-la.

Cabe salientar que a linguagem mostra-se como base para o entendimento das decisões imprevisíveis, isso porque, a teoria da linguagem defendida por Streck desconsidera a metafísica e o sistema objetivista de que se interpreta um objeto e, somente após se compreende. Se isso fosse verdadeiro, o objeto seria desnudo de qualquer conceito anterior, tornando o sujeito ator e aquele que conceitua. Contudo, se o mesmo objeto fosse interpretado por vários sujeitos ao mesmo tempo, ele não o seria, pois cada um conceituaria, a sua maneira, aquilo que interpretou ser o objeto.

É justamente nesse “a sua maneira” que reside o solipsismo. De acordo com o dicionário de filosofia, solipsismo é:

A crença de que, além de nós, só existem as nossas experiências. O solipsismo é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiências interiores e pessoais, e de não se conseguir encontrar uma ponte pela qual esses estados nos deem a conhecer alguma coisa que esteja além deles. O solipsismo do momento presente estende este ceticismo aos nossos próprios estados passados, de tal modo que tudo o que resta é o eu presente.³⁹

Isso significa que o juiz não pode interpretar o Direito de tal forma que a ele se adeque conforme seu querer, todavia, é exatamente isso que causa decisões distintas sob o mesmo caso. Se a forma de interpretar pudesse ser livre, não haveria necessidade dos juízes serem formados em direito, tendo em vista que, por exemplo, um professor de língua portuguesa possuiria excelente capacidade de interpretação textual e, conforme a sua convicção moral e experiências pessoais, seria capaz de desvendar o significado da lei e aplicá-la sem grandes dificuldades. Embora haja certo exagero nesta conclusão, o que se pretende demonstrar é que a interpretação não deve ser revestida de liberdade pelo intérprete, sua vontade não pode fazer parte da decisão, considerando o grave comprometimento tanto da qualidade técnica da sentença, quanto dos efeitos práticos que uma decisão subjetiva pode proporcionar. Por isso, a hermenêutica tem o papel fundamental de evitar a relatividade na interpretação e garantir o grau de autonomia do Direito que restaria fragilizado.

A fim de que não fique apenas no plano das ideias, veja-se dois exemplos, tratando acerca da convicção do magistrado:

³⁹ SOLIPSISMO. In: Dicionário Oxford de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p.367.

A norma legal propicia ao juiz (...) meio para completar sua convicção e, assim, decidir com tranquilidade de consciência, realizando o ideal verdadeiro juiz.⁴⁰

Ao juiz, como destinatário da prova, e só a ele, cabe, diante de sua consciência, para proferir decisão, determinar a realização de nova perícia, ainda que, formalmente e à primeira vista, seja o laudo anterior conclusivo e aparentemente idôneo.⁴¹

No primeiro acórdão, depreende-se que segundo o julgador é a norma que permite ao juiz o uso da sua convicção e mais, a lei “completa” sua convicção, as formações interiores do juiz são elementos formadores da decisão e a norma auxilia nessa forma e ela propicia essa construção. No segundo acórdão, uma linha de raciocínio semelhante se constata, sendo que aqui, declaradamente é o juiz que determina, não estando à disposição da lei, mas, a disposição de sua vontade, mais uma vez, sua consciência é que servirá de base para a decisão final. O juiz é o grande protagonista: primeiro ele, sua consciência, aquilo que ele pensa a respeito e depois, somente se ele desejar vem a lei.

Estes exemplos não são representativos, diante das incontáveis decisões proferidas diariamente por cada vara ou Tribunal. Essa cultura de liberdade consolidada juridicamente no Brasil é fruto de um imaginário descompromissado com a democracia e a conformidade constitucional, porque o protagonismo e o discurso solipsista são praticados reiteradamente⁴².

Streck acredita que esse comportamento egoísta é incentivado pelas doutrinas, já que ela demonstra a interpretação como sendo instrumento da consciência e convicção do juiz e, a forma como isso se concretiza podem ser percebidas: na interpretação como consequência de uma subjetividade judicial ou como fruto da consciência do julgador; na verificação da ponderação de valores com base nos valores pessoais do juiz; quando a aplicação da razoabilidade e proporcionalidade é realizada de acordo com a vontade do julgador e, por fim, porém não esgotando outras circunstâncias, quando se acredita que os casos difíceis se

⁴⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 398.

⁴¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 000.167.193-2/00**, da Comarca de Viçosa. Agravante: Carlos Alberto Castro. Agravado: Welington Fabiano Barbosa. Relator: DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO. Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2000. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4150584/1671932/inteiro-teor-11073032>>. Acesso em 15 ago. 2014.

⁴² Filosofia da consciência: Construiu-se um imaginário no seio da comunidade jurídica brasileira, com forte sustentação na doutrina, no interior do qual o “decidir” de forma solipsista encontra-se “fundamentação” – embora tal circunstância não seja assumida explicitamente – no paradigma da filosofia da consciência. Essa questão assume relevância e deve preocupar a comunidade jurídica, uma vez que, levada ao seu extremo, a lei – aprovada democraticamente – perde(rá) espaço diante daquilo que o “juiz pensa acerca da lei”. STRECK, op. cit., p.30.

resolvem de forma discricionária⁴³.

Entre alguns doutrinadores que assim pensam, tem-se, por exemplo, a jurista e professora Maria Helena Diniz que leciona: “conhecer é trazer para o sujeito algo que se põe como objeto”, consistindo assim “em levar para a consciência do sujeito cognoscente algo que está fora dele (...) tornado-o presente à inteligência”⁴⁴. Também, Moacyr Amaral dos Santos compartilha do paradigma subjetivista quando declara que “a sentença é ato de vontade”⁴⁵. Também Tourinho Filho entende que, no momento de proferir a sentença, o juiz “declara o que sente”⁴⁶.

Observa-se nestes doutrinadores um discurso totalmente solipsista, revestido de filosofia da consciência que trata a sentença como algo subjetivo, engendrado pelo “sentir” do julgador. Este tipo de ensinamento está relacionado com um sentimento de responsabilidade atribuído ao magistrado, a fim de aliar a seriedade do seu trabalho com o compromisso de efetivar os direitos buscados pela parte. De certo, o juiz realiza uma função social de extrema relevância, desta forma, se cria o imaginário de o julgador precisa trazer para si (sua consciência) a construção da decisão, como se obrigação pessoal fosse, retirando o papel político e institucional do Poder Judiciário.

Outro fator prejudicial no solipsismo, também denunciado por Streck, reside no fato de que a partir do momento em que se rompem regras e princípios, o sentido adquire uma abertura, de forma a ser completada ou produzida pelo intérprete⁴⁷. Esse rompimento pode significar duas coisas: A primeira é que essa cisão significaria o não cumprimento de regras e princípios formais, consolidados constitucionalmente e que precisam ser observados cuidadosamente. Assim, se há um princípio garantido pela Carta Magna, este precisa ser respeitado e refletido nas decisões judiciais e, sua ausência, ameaça o próprio Estado Democrático de Direito, tendo em vista que desrespeita a princípios constitucionais e fere toda nova ordem jurídica, política e social conquistada pós 1988; o outro significado seria o rompimento de regras e princípios pelo fato de eles serem descaracterizados como tal, por exemplo, cita-se o conhecido pamprincipiologismo, este fenômeno, se faz presentes nas doutrinas e decisões judiciais constantemente.

São tantos princípios criados sem um mínimo de respaldo filosófico/jurídico que a

⁴³ Ibid., p.33.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.12.

⁴⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 13 ed, vol. III. São Paulo: Saraiva, 1985, p.19.

⁴⁶ FILHO, Fernando Costa Tourinho. **Prática de Processo Penal**. 4. Ed. Bauru: Javoli, 1976, p. 243.

⁴⁷ STRECK, op. cit., p. 33.

partir destes é quase que impossível conceituar a palavra princípio, pois, pelo que se depreende, tudo pode ser um princípio. Ainda, a descaracterização da norma se verifica no momento em que o judiciário legisla e inventa regras para justificar suas escolhas, logo, se não há lei, ele elabora no seu imaginário uma explicação que se justifique, seu poder permite a legalização daquela confabulação e o direito ali discutido é consolidado sem alguma fundamentação legal. Seja qual for o significado da cisão de princípios e norma apontada por Streck, qualquer entendimento leva a um mau caminho: manipulação da interpretação a fim de alcançar o fim que o intérprete deseja e não o que a lei constituiu.

Contudo, a questão do solipsismo, embora criticada por Streck, é defendida, ainda que não explicitamente, por doutrinadores, ao exemplo do processualista Cândido Rangel Dinamarco:

[...] entra aqui, outra vez, o que tem sido dito sobre a participação do juiz na revelação do direito no caso concreto. Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo. [...] se o texto apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. [...] na medida em que o próprio ordenamento jurídico ofereça ao juiz meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito”.⁴⁸

Ao se analisar o presente trecho, percebe-se o solipsismo na afirmação “solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça”, modificando todo o contexto sobre a participação do juiz no caso concreto. O engano do autor pode ser revelado em pelo menos dois pontos. Primeiramente, o autor afirma que o juiz deve se submeter ao espírito do direito ao seu tempo e não às palavras do texto. Mas qual seria esse espírito do direito ao seu tempo? Deveria existir alguma referência de espaço/tempo, a opinião majoritária, as decisões do STF ou a opinião da sociedade. E mais: quem é que determina que o “espírito” do direito mudou? Ora, tudo isso seria relativo por demais, além de vazio e sem respaldo na Constituição, afinal, não há nenhuma disposição que prevê que o seu “espírito” muda com o tempo.

Prosseguindo, submeter o direito ao senso de justiça, segundo Dinamarco, seria uma forma de cumprir o Direito. Aqui, novo engano se estabelece, a não ser que existisse um único modelo de senso de justiça, o qual todos os juízes compartilhassem sempre da mesma ideia,

⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 47.

porém, se para o juiz A, o justo é o deferimento do pedido e para o juiz B é o indeferimento, qual senso de justiça estaria certo, uma vez que os dois interpretaram de acordo com o espírito do direito ao seu tempo? Novamente, o relativismo torna a aplicação do direito sem parâmetro e, permitir que o juiz determine o que é justiça, torna o solipsismo uma prova de que a decisão discricionária é insegura para o sistema judiciário.

Assim, a compreensão unitária é fundamental para a dissipação discricionária, e esta, a discricionariiedade, é o motivo pelo qual um caso possui várias respostas.

Cumprе salientar que decisões imprevisíveis advêm de interpretações discricionárias e estas por sua vez são realizadas por juízes solipsistas, os quais possuem como comprometimento atribuir o seu sentido ao texto, tornando o procedimento subjetivo e arbitrário. Ademais, a crítica à imprevisibilidade das decisões não reside no simples fato de demonstrar um posicionamento contrário ou a favor de um juiz ter o poder de atribuir um ou diversos tipos de interpretações e, a partir delas fazer suas escolhas. Mais do que isso, em conformidade com o apontamento de Streck, a crítica perfaz a “produção democrática da lei”, além da “possibilidade de controle das decisões judiciais”⁴⁹, logo, as críticas ao solipsismo e as vertentes nascidas na filosofia da consciência são feitas não com o intuito de desconsiderar os trabalhos filosóficos realizados naquele momento histórico, porque inicialmente, elas também foram desenvolvidas a fim e trazer segurança jurídica, embora, na prática demonstrasse que ela (a segurança jurídica) não exista numa racionalidade solipsista.

Ora, constata-se que a postura dos julgadores em decidirem conforme suas consciências, se originam em certa medida, pela aprovação doutrinária de tal comportamento. Logo, os juristas, em suas obras, como conscientes de que suas ideias são formadoras de opinião, não se privam em afirmar que a interpretação pode seguir o crivo daquele que julga. Streck ilustra que a problemática do protagonismo do julgador é histórico, há cerca de dois séculos, por exemplo, em Chiovenda, Carnellutti e Couture, quando atribuem o juiz, no exercício da sua jurisdição, a liberdade de vínculo enquanto intérprete da lei⁵⁰. Facilmente se verifica no Brasil, por meio do conteúdo das decisões, o solipsismo do juiz, enraizado desde o início do processo até a prolação da sentença, momentos nos quais o juiz realiza determinações mesmo que não amparadas por lei, a fim de que conduza o processo ao seu fim, sem lapidações ou censuras quanto a sua postura. Afinal, os juízes possuem senso de escolha e moral que os capacita a desviar das “omissões legislativas”⁵¹ ou combiná-las em

⁴⁹ STRECK, op. cit., p. 56.

⁵⁰ Ibid., p. 41.

⁵¹ Omissão legislativa está entre aspas, em razão de afirmar que no direito há lacunas ou omissões, não

analogias, para que o seu protagonismo seja benéfico e conduza à solução do conflito.

A partir do momento em que o juiz se depara sobre um processo, ele observa os fatos, e sua missão é decidir a norma que embasa ou rechaça a conduta do agente. É aqui, portanto, o ponto mais sensível que determinará se a sentença será uma mera escolha do juiz ou se haverá decisão. Aqui, a imprevisibilidade ocorrerá quando a interpretação for realizada com base na vontade do julgador.

Quando um juiz precisa atuar no processo, por meio de uma decisão ou sentença, essa atuação não pode ocorrer arbitrariamente, é necessário que sobre a decisão haja uma fundamentação e, essa fundamentação seja fruto de uma interpretação. Ao se deparar sobre o tripé decisão/fundamentação/decisão observam-se constantemente falhas recorrentes em cada um destes “procedimentos⁵²” e, uma vez que haja deficiência em qualquer um deles, toda a decisão estará comprometida, dando azo para sua imprevisibilidade.

Em outras palavras, se o julgador decide, fundamenta, porém, interpreta conforme o seu entendimento, a sentença/acórdão torna-se imprevisível, pois, se o mesmo caso estivesse sob a ótica de outro juiz e este aplica-se a mesma técnica do juiz anterior, haveria grande probabilidade de que a interpretação usada seria diferente. Prosseguindo, se o juiz decide, mas apenas justifica, sem fundamentar, ainda que ele use na decisão uma técnica correta, o resultado será um julgamento arbitrário, já que ele usa do seu poder para decidir.

Por fim, se ele fundamenta, interpreta, mas no lugar de decidir, há uma escolha, a sentença será fruto de um ato ausente de responsabilidade política, porque não há compromisso do juiz com o Direito.

Com isso, pretende-se demonstrar que o solipsismo pode atuar tanto na decisão, fundamentação ou na interpretação e independente do momento em que ela for verificada, maculará todo o conteúdo da decisão. O perigo de permitir que os magistrados sejam solipsistas implicar na ameaça à segurança do Estado Democrático de Direito, considerando que se o juiz usar do solipsismo, conseqüentemente será discricionário, logo, poderá inclusive

significa que elas de fato existam. Aliás, Bobbio afirma: “não faz sentido falar de lacunas do direito, porque, dado um fato qualquer, ou existe uma norma que o regule e, neste caso, não há evidentemente lacuna alguma, ou não existe nenhuma norma que o regule, e nem também nesse caso se pode falar de lacuna, visto que o fato não regulado é juridicamente irrelevante, porque pertence ao “espaço jurídico vazio”, isto é, ao espaço que está além da esfera jurídica. Em outros termos, o fato não previsto por nenhuma norma é um fato situado fora dos limites do direito.” BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 208.

⁵² O verbete se encontra entre aspas, uma vez não há fundamentação doutrinária para denominar essa sequência de atos como procedimento. A palavra foi usada apenas como uma maneira de simplificar o entendimento.

se omitir perante à Constituição, ignorar seus dispositivos ou dar a eles o sentido que o magistrado deseja, abalando completamente o caráter institucional do Judiciário. Cabe salientar que as problemáticas envolvidas na imprevisibilidade das decisões estão intimamente conectadas e estas necessitam ser discutidas e compreendidas concomitantemente, a fim de que se perceba a amplitude e gravidade que assolam os conteúdos das decisões e que são frequentemente ignoradas.

3.2 A decisão sem fundamentação e a fundamentação sem decisão: a celeuma da interpretação e o uso dos precedentes

Para interpretar é imperioso dominar a linguagem do Direito e, entender o processo da linguagem, pré-requisito para compreender toda a questão da imprevisibilidade das decisões judiciais. Ora, se sobre o mesmo caso, pode conter diferentes decisões, isso significa que entre o fato e a sentença há um caminho, existindo a possibilidade deste ser percorrido de diversas maneiras, ocorrendo diferentes modos de interpretação.

Assim como no estudo dos Direitos Fundamentais se substitui a nomenclatura “geração” por “dimensão”, por se compreender que na evolução histórica destes direitos não houve superação ou encerramento, como o verbete “geração” insinua, um raciocínio semelhante se perfaz na interpretação, fundamentação e decisão. Elas não são podem ser cingidas, tampouco superadas, conforme se avança na elaboração da sentença, antes, devem existir juntas, contudo, sem ignorar que uma desempenha uma função. Ainda, elas existem (ou pelo menos deveriam) em todas as sentenças proferidas, mas, se eles elementos são corrompidos, o resultado também o será. Assim, percebe-se que a construção de uma decisão judicial não constitui tarefa simples, ainda que se depare em um aparente “caso concreto simples” (easy case)⁵³, porém, o que se observa são decisões mal elaboradas, discricionárias e sem compromisso com as partes que ali litigam, porque, para que se se elabore uma decisão adequada é necessário tempo para reflexão, prática para manejo da lei e experiência (não necessariamente de tempo) na habilidade de adequar todo o arcabouço à Constituição.

⁵³ Diferenciar *easy cases* e *hard cases* (casos fáceis e casos difíceis) é o mesmo que separar o compreender, com o qual se opera a interpretação (logo, a atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber se estamos diante de um caso fácil ou difícil? Acreditar nesta cisão é pensar que o direito está inserido em uma suficiência ôntica, podendo ser resolvida por raciocínios causais-explicativos, como se fosse possível colocar um divisor neles. A questão está em acertar quando a suficiência ôntica permite a resolução dos casos simples e, quando a ausência de sentido possibilita perceber que se está diante de um caso complexo. STRECK. **Verdade e Consenso**, op. cit., p. 299-301.

Ademais, a palavra interpretação, por exemplo, conforme o Dicionário Priberam⁵⁴ significa “sentido em que se torna o que se ouve o que se lê, e que se julga ser verdadeiro”, esta significação é a comumente conhecida e entendida por todos, pois, no senso comum, interpretar é dar um sentido para o que o sujeito considera como verdadeiro. Todavia, no Direito e, na hermenêutica, esse entendimento não pode ser considerado, uma vez que se o sujeito atribui o sentido a algo, ele está interpretando por meio da sua consciência. Nesse sentido e, de acordo com Streck, ser, a consciência o pivô do problema da atribuição de sentido das coisas, significa dizer que o sujeito estrutura o objeto de conhecimento, e, se isso é verdadeiro, conclui-se que o conhecimento advém das experiências particulares da pessoa. Mas, a falha nesta conclusão está no fato de que não seria possível estabelecer uma relação direta entre essas experiências e o conhecimento objetivo de um fato que esteja afora desse sujeito⁵⁵.

Se a interpretação não se submete ao interpretador, de certo existe uma forma dela ser um instrumento puro a fim de conduzir a compreensão ao ponto exato daquilo que o texto quer dizer. Por isso, o sujeito não manipula a norma para criar uma interpretação adequada a sua visão, porque isso significaria um regresso ao antigo modelo sujeito-objeto, já superado (ou não). Aliás, se não há superação desse modelo, haveria o impedimento, segundo Streck, da reflexão a partir da “concretização de direitos”, retirando do discurso fatores concretos da sociedade. Ainda, essa superação acontece(ria) devido ao “novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito” e assim, ocorre a “a superação do direito enquanto sistema de regras, a partir dos princípios que resgatam para o mundo prático até então negado pelo positivismo”. Apesar de o positivismo não ser sustentado como guia metodológico, há resquícios de suas bases doutrinárias permeadas nos discursos e posturas com erros essenciais⁵⁶. Portanto, não se pode negar a missão de realizar a crítica do ordenamento que se submete a uma análise superficial, que soluciona os casos por meio de silogismo⁵⁷, o que significa dizer que, embora teoricamente o positivismo tenha sido superado, na prática, ainda há uma postura discricionária. Consequentemente, não se fundamenta por meio de uma pré-compreensão, antes, se usa de sistemas prontos e com semelhança lógica entre os “precedentes” e assim, se produz a resposta, retirando a mesma

⁵⁴ INTERPRETAÇÃO. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/interpreta%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

⁵⁵ STRECK, op. cit., p. 21.

⁵⁶ Ibid., p. 328 e 334.

⁵⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3 ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

resposta dada de uma situação semelhante julgada anteriormente, sem ao menos realizar uma análise contextual/histórica, a fim de averiguar se há adequação entre o precedente o caso analisado. A partir disto é necessário compreender como se interpreta, e, se ela proporciona várias respostas corretas ou se apenas uma é possível, ainda que num contexto de incerteza jurídica.

Para que a interpretação alcance uma fundamentação correta, é necessário que haja compreensão e esta exige aplicação. Para tal acontecimento, um processo hermenêutico se desenvolve, exigindo uma tarefa real: pensar. Em suma: aplicar é pensar e compreender é um modo de ser da própria existência⁵⁸, que não nos pertence, embora estejamos nela!

Ao contrário do exposto, na teoria de Klaus Gunther, havia uma cisão entre a justificação/fundamentação e a aplicação, tendo o princípio da adequabilidade o solucionador de possíveis impasses referentes aos casos de aplicação: “somente se o nosso saber abrangesse todos os casos de aplicações de uma norma é que faríamos coincidir o juízo sobre a validade da norma com o juízo da adequação. Mas, obviamente, nunca disporemos de tal saber”⁵⁹. De acordo com Günther, somente se a capacidade humana pudesse prever todas as possibilidades sobre todas as situações é que seria possível encontrar uma resposta correta para cada caso. Contudo, este ponto da teoria não merece prosperar, porque, não é a ausência de compreensão de todas as vertentes de um caso, que a lei falhará na sua aplicação e o intérprete na fundamentação, se o caso não estiver descrito na lei. Ora, se isso fosse verdade, a imprevisibilidade das decisões judiciais estaria doutrinariamente aceita, permitindo que cada julgador pudesse contornar esta ausência ao seu bel prazer. Em outras palavras, conforme a análise técnica da teoria de Günther, sob a visão de Streck, a problemática da teoria se instaura de diversos equívocos: obviamente, o ser humano não tem a capacidade de catalogar todos os eventos possíveis a decorrer de uma situação específica, mas, esse não deveria ser o motivo pelo qual a lei não abarca todas as situações.

Outra questão concernente na interpretação está no seu compromisso com o Estado Democrático de Direito, sendo pertinente trazer à baila o que Andrade e Oliveira afirmam:

O direito sob o estado democrático de direito não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou tribunal toma suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional.⁶⁰

⁵⁸ STRECK, op. cit., p. 338.

⁵⁹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004, p.65

⁶⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no**

Essa afirmação poderia servir de apoio tanto para os que defendem uma interpretação discricionária quanto para os que a rechaçam, principalmente acerca do termo “reflexão”. Essa reflexão poderia ser vista, como partindo do intérprete a fim de justificar suas decisões, logo, o imaginário de um juiz seria um paradigma para o direito do Estado Democrático de Direito. Todavia, se de fato há a intenção de proteção ao Estado Democrático de Direito jamais se pode pensar que a “reflexão” apontada pelos autores se remeteria a um contexto de arbitrariedade. Portanto, as razões das decisões e o paradigma ali citados devem se referenciar na Constituição e nos Princípios por ela salvaguardados, sendo que a participação do magistrado se limita à interpretação hermenêutica da norma e a averiguação constitucional, além do uso de precedentes de forma adequada.

Não se pode ignorar que muitas interpretações são baseadas nos precedentes judiciais, contudo, deve-se atentar sob qual modo o direito deve ser usado para determinar se um direito evidenciado em um precedente deve ser usado naquele caso concreto.

Pela definição de Streck, o precedente é um texto o qual receberá um sentido no momento em que se analisa um caso concreto⁶¹, isso não quer dizer que um precedente poderá caber em diversos casos, pelo contrário, é que aquele precedente importa certo grau de generalização que se enquadrará hermeneuticamente aos casos concretos a serem analisados, não há adaptação do precedente ao caso concreto, há uma compatibilidade textual e normativa que possibilita ser tomado como parâmetro a fim de guiar a interpretação e aplicação normativa: não há conteúdo relativista, há adequação hermenêutica.

Essa adequação acontece, pois não existe a possibilidade de se interpretar um texto de qualquer maneira.

A busca da resposta certa implica perscrutar os limites desse nível de generalização, que representa uma espécie de grau de objetivação abrangente, uma entificação minimamente necessária de interpretação jurídica. Uma decisão judicial leva determinado fenômeno à representação, do mesmo modo como enunciamos sentidos que interpretam fatos. É esse grau de objetivação abrangente que será o texto a ser extraído do julgamento anterior. Mas esse texto não carregará o seu próprio significado. Ele adquirirá vida, sentido, a partir da nova situação concreta. A questão de direito que surge do julgamento anterior (grau de objetivação abrangente) será sempre

Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. Belo horizonte: Mandamentos, 2005. p. 51.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 368.

uma questão de fato.⁶²

Por conseguinte, é interessante observar que o precedente não se transporta ao caso concreto, mas deste deve se chegar a um grau de objetivação. Esse grau seria a essência geral daquele julgamento, delimitando os alcances hermenêuticos e analisando a sua correspondência constitucional que gerou uma decisão. Não significa, por exemplo, que se um precedente tratar sobre a não condenação nos casos de crime de bagatela, todo o caso concreto deste tipo adequar-se-á perfeitamente, de modo a ser usado como modelo interpretativo definitivo. Antes de tentar enquadrar o caso concreto num determinado precedente, a fim de justificar a escolha feita pelo juiz, o caminho deve ser inverso: primeiro, parte-se do precedente, analisando toda sua historicidade, fundamento que levou a sua construção, de que maneira foi realizado o processo interpretativo naquele fato pioneiro, a fim de que se busque o grau de objetivação abrangente (o direito que surgiu nesse julgamento). Em seguida, esse grau deve ser confrontado ao caso concreto, porém, não de forma engessada, com o objetivo de verificar se ocorre correspondência interpretativa, sem a perda da essência defendida no precedente.

Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivamente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir um novo caso, o juiz deve considerar-se como um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.⁶³

O precedente deve ser considerado delicadamente antes de se deslocá-lo para um caso concreto, analisando sua significação essencial e percebendo as nuances a serem utilizadas para interpretação do caso, sem criar algo novo. Ainda, interessante destacar que a eficiência dos precedentes perpassa décadas, em instituições e situações jurídicas distintas, o que demonstra que não há necessidade de readaptá-lo a um novo contexto, pois isso seria fazer do precedente um instrumento de justificação para aquilo que foi escolhido pelo intérprete.

Tucci considera que o uso dos precedentes é uma forma de combater a

⁶² Ibid., p. 369.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 238.

imprevisibilidade nas decisões judiciais e a insegurança jurídica.

Já para os regimes jurídicos regrados pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais não possuem autoridade vinculante, a técnica de invocar precedentes, se bem utilizada, aumenta em muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica. Opera, outrossim, como importante fator a favorecer a uniformização da jurisprudência. Essa função nomofilática atende também ao interesse público da unidade da jurisprudência.⁶⁴

O uso de precedentes contribui para o aumento da previsibilidade, porém, ela só cumprirá sua utilidade se possibilitar a uniformização de jurisprudências. Entretanto, considerando o cenário jurídico interpretativo do direito brasileiro, o uso de precedente necessita do amparo hermenêutico/filosófico a fim de que não seja mais um instrumento à serviço da arbitrariedade. Ademais, é neste contexto que reside a nomofilática, ou seja, a diligência pela interpretação e aplicação do direito de forma uniforme, que carece não somente nos casos de maior incidência de divergências, mas em todo o conteúdo de decisão judicial. Não se pode admitir pequenos deslizes no momento de elaborar uma decisão judicial, com a justificativa de que o alcance de seus efeitos seja reduzido, porque, a imprevisibilidade de uma decisão se reflete na insegurança de todo o judiciário, ainda que não percebido inicialmente.

Cumprir destacar que o uso de precedente de forma eficiente a orientar a aplicação e interpretação de decisões judiciais com conteúdo seguro juridicamente, não significa que seja este a solução para obtenção da resposta correta, antes, a resposta, está na fundamentação e justificativa utilizada na aplicação, se realizada hermeneuticamente⁶⁵.

Um fator prejudicial da interpretação é a falsa ideia de que as palavras podem se adequar a diversos contextos, de forma a possuírem uma essência capaz de lhe garantir essa multiforme semântica, contudo, não se pode ignorar o papel histórico e tradicional que a linguagem possui. Isso não significa que a hermenêutica seja o único caminho, ela é instrumento que habilita esclarecer acerca da historicidade da compreensão e da própria linguagem, uma vez que as palavras exprimem diferentes graus de alcance, possuindo cada uma delas, uma raiz comum. Entender esse sistema é fundamental no processo de interpretação e no alcance da resposta correta, ignorar esse conhecimento, ainda que seja aparente detalhe, tem provocado fundamentações errôneas e decisões com múltiplas

⁶⁴ TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 17.

⁶⁵ STRECK, op. cit., p. 377.

respostas. Se a possibilidade de diversas respostas fosse aceitável, não haveria limites na interpretação, já que sempre poderia surgir uma nova possibilidade. O que varia, na verdade, é o nível de objetivação, baseado num mesmo ponto, não havendo escolhas a serem feitas pelo intérprete.

Por outro lado, sabe-se que entre o surgimento de apenas uma resposta e de múltiplas respostas, a evidência da segunda será sempre maior, porque é impossível evitar que se visualizem diversas respostas, mas, a existência de várias possibilidades não significa que todas estejam corretas. Com isso, deve-se abandonar a ideia de que se um julgador dá uma nova interpretação ou se surge um novo acórdão a respeito de um caso, ele automaticamente torna-se parâmetro para outras decisões. Esse fato demonstra como surgem decisões imprevisíveis, porquanto se novas interpretações são aceitas deliberadamente, seria o mesmo que afirmar que todo tipo de interpretação é válido, ainda que manifestadamente contra a Constituição, vez que respaldadas por intérpretes que carregam o manto da sabedoria e do poder de decidir sem limites. Logo, no momento em que o elemento da compreensão, dá ensejo à interpretações sem medidas, despidas de um mínimo hermenêutico capaz de respeitar toda a luta por um Estado preocupado com um Direito Democrático, tem-se por consequência a insegurança jurídica e instabilidade do judiciário.

É preciso demonstrar (e provar) que a imprevisibilidade existe e, analisar o conteúdo de decisões judiciais demonstrará a maneira que essa imprevisibilidade se revela e o quanto de insegurança jurídica se verifica. Delimitar-se-á a análise de decisões apenas do Supremo Tribunal Federal, considerando o seu crescente destaque na mídia e o grande poder de influência que suas decisões perfazem (obviamente) tanto nos tribunais de primeiro grau como na sociedade.

O STF tem participado ativamente dos últimos anos da vida política nacional; sem a necessidade de recorrer a alguma literatura para corroborar isto, basta verificar na mídia televisa, por exemplo, a tamanha popularidade que determinadas sessões e julgamentos apresentam. Entretanto, por diversas vezes, o STF invade o campo político e profere decisões essencialmente políticas e não de direitos. O inegável impacto que o Supremo possui, demonstra como suas decisões, quando arquitetadas de forma (im)previsíveis podem fragilizar o Direito e provocar a combatida insegurança jurídica.

4 A INSEGURANÇA JURÍDICA COMO CONSEQUÊNCIA DA (IM)PREVISIBILIDADE E SUA CONFIRMAÇÃO NAS DECISÕES DO STF: CONTROLANDO O CONTROLADOR

A partir do momento em que se compreende o cuidado impelido na interpretação e fundamentação, o solipsismo já não é considerado como uma postura aceitável. Em que pese já se ter discorrido sobre as consequências da discricionariedade e a sua prejudicialidade ao Estado Democrático de Direito, é necessário, neste momento atribuir uma especial atenção ao tema. Sobre a instabilidade causada pela liberdade conferida aos magistrados de decidirem conforme suas consciências, tem-se a destacar uma das maiores consequências fragilizadoras do sistema judiciário: a insegurança jurídica.

Sabendo que a insegurança jurídica macula o caráter institucional dos tribunais, tendo em vista permitir que decisões judiciais sejam verdadeiras “loterias”, oriundas do imaginário e protagonismo do intérprete, constata-se a necessidade de ultrapassar o enalço do discurso teórico. Por isso, após a exposição acerca da insegurança jurídica, será demonstrado na prática jurídica como todo o entorno da imprevisibilidade das decisões tem acontecido, por meio da análise de duas decisões proferidas pelo STF, a fim de demonstrar que toda a problematização denunciada existe e, como tem sido configurada e aceita. Foi tomado como parâmetro de pesquisa, decisões a partir do ano de 2000 e, a análise das decisões ocorrerá sob o manto da hermenêutica, eliminando qualquer parâmetro de ordem moral, política ou religiosa. Isso se deve ao fato de buscar que a análise é exclusivamente normativa, considerando a representatividade e o alto grau de repercussão que as decisões do STF produzem.

Outro fator motivador da delimitação das decisões à seara do STF se deve ao fato do conteúdo dessas decisões, muitas vezes permeadas com argumentos de política e não de direito, fazendo o uso do ativismo judicial, sem limites interpretativos, apenas com o uso do poder. Por isso, trazer exemplos dessas duas decisões e analisá-las sob a perspectiva da hermenêutica, apenas demonstra que o livre convencimento, a discricionariedade, o solipsismo, dentro outros fatores subjetivistas, devem ser superados.

Por último, se fará uma provocação acerca de uma possível solução para que a imprevisibilidade das decisões judiciais dê lugar a um sistema jurídico seguro e fortalecido constitucionalmente.

4.1 A insegurança jurídica enquanto resultado de um sistema judiciário que se “assegura” no protagonismo judicial

Primeiramente, antes de tratar da insegurança jurídica, cabe desenhar conceitos iniciais acerca da segurança jurídica, a fim de que se verifique como a ausência desses elementos caracterizadores da segurança pode ser considerada como a consequência de decisões imprevisíveis. Delgado, afirma que a segurança jurídica precisa ser assentada numa “garantia de previsibilidade das decisões judiciais”; ser considerada como um “meio de serem asseguradas as estabilidades das relações sociais”; e se comportar como “veículo garantidor da fundamentação das decisões”⁶⁶. Logo, percebe-se que imprevisibilidade e insegurança são elementos muito próximos, podendo até estabelecerem uma relação de causa e efeito. A segurança jurídica possui reflexos que alcança não somente as partes em litígio, mas toda a sociedade, uma vez que o judiciário desempenha uma função institucional de compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais presentes no cotidiano da sociedade. É por esse motivo que a segurança jurídica é tratada como um princípio ou “sobrepincípio”.

Sobre isso, Canotilho afirma que:

A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis exposto na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.⁶⁷

Embora, como já destacado anteriormente, não ser o objetivo da pesquisa discutir acerca do pamprincipiologismo⁶⁸, a fala de Canotilho é pertinente no que diz respeito do conteúdo das leis. Se por um lado, há decisões imprevisíveis e, conseqüente insegurança jurídica, devido à discricionariedade do intérprete que dá à lei o sentido que este deseja, por outro, não se pode ignorar que o conteúdo das leis também necessita ser contido de clareza e estabilidade.

Quanto a esta questão, cumpre esclarecer que o conteúdo da norma precisa ser claro no sentido de apresentar-se constitucionalmente adequado. Uma lei que encontre abrigo constitucional não será confusa ou densa, será uma norma válida e eficaz. Contudo, se o conteúdo da lei não for eficaz por estar em desconformidade constitucional, ela deve sofrer um controle de constitucionalidade, ser modificada ou até mesmo revogada. O que não pode

⁶⁶ DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2014. p. 5.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a. ed. – Coimbra: Almedina, 1993. p. 371 - 372.

⁶⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

ser admitido, incentivando a discricionabilidade e a insegurança jurídica, é esta lei ser reinterpretada de forma subjetivista para adquirir um sentido inadequado. Essa reinterpretação não pode ser aprovada, pois, conferiria uma abertura interpretativa perigosa demais, possibilitando uma verdadeira postura solipsista por parte do magistrado.

Se a lei é constitucionalmente adequada, o problema reside exclusivamente na forma como esta é interpretada. O procedimento interpretativo será a causa de permitir a diversidade de soluções a um mesmo caso. Porém, este fenômeno representa um grave retrocesso ao modelo sujeito-objeto, que deveria ser superado, como forma de corresponder ao presente momento democrático inaugurado pela Constituição de 1988. Ainda, a questão de decidir da mesma forma em casos semelhantes é um alvo buscado não somente na realidade brasileira, mas em qualquer sistema judiciário preocupado com a homogeneidade e estabilidade social:

[...] a preocupação com julgamentos uniformes para casos similares sempre existiu em todos os ordenamentos e épocas e interessa à ordem jurídica hígida e justa, mais do que alhures, a erradicação da incerteza quanto ao direito aplicável às lides⁶⁹.

Em que pese doutrinar no âmbito do processo civil, Araken de Assis é enfático ao reconhecer ao anseio de ordem jurídica, uma expectativa que perpassa a história e contextos históricos e culturais diferenciados. A questão da segurança não se trata de cumprimento facultativo à Constituição, podendo ser ignorado por quem deveria respeitá-la, mas, sua garantia interfere na existência do próprio Estado Democrático de Direito. Ora, é certo afirma que a Constituição não contém a segurança jurídica, ela é a própria segurança. Enquanto se discute como a insegurança jurídica se alastra e qual é a dimensão da necessidade da “erradicação da incerteza”, como dito anteriormente por Araken de Assis, a resposta se faz num paradoxo: é simples e complexa. Simples porque a insegurança jurídica se resolve na Constituição. Complexa, porque, considerar o atual contexto cultural jurídico brasileiro e vislumbrar o efetivo cumprimento da Constituição, não se trata de tarefa fácil.

Exatamente pelo paradoxo que habita na dissolução da imprevisibilidade da insegurança que a hermenêutica se impõe como paradigma no conteúdo das decisões judiciais. Assim como a discricionabilidade e o processo de interpretação dependem da hermenêutica, na análise da (in)segurança jurídica o mesmo deve ser feito. Refletir sobre a insegurança apenas sob o aspecto formal desvirtuaria a perspectiva utilizada, por isso, a hermenêutica filosófica não cuida apenas de analisar o princípio do problema, antes, se

⁶⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 3ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 805.

preocupa com o final e a sua solução. Entender o que significa a segurança jurídica sob o aspecto hermenêutico expande o horizonte de compreensão para a sua real finalidade (eliminar a imprevisibilidade). Por isso, no mesmo sentido, Alencar aproxima a segurança jurídica e a hermenêutica:

A questão da segurança jurídica não pode se desligar da hermenêutica. Não é uma noção que pode ser definida de maneira cômoda, para simplificar o trabalho do jurista – na linha de se precaver contra a responsabilidade que poderia defluir da aplicação do direito -, porém, paradoxalmente, necessita de sério esforço hermenêutico. Segurança jurídica está atrelada à fundamentação da decisão judicial de acordo com o caso concreto.[...] A interpretação, o esforço pela compreensão não pode ser obnubilado. Segurança jurídica depende de interpretação contínua. O que é complexo não pode ser tratado por meio de standards jurídicos. [...] Em suma, a segurança jurídica carece de um prumo. O intérprete deve entender cada existencial em sua tradição, inclusive ele mesmo, em seu tempo, considerado em sentido não vulgar, e levando em conta a historicidade. A compreensão expendida na fundamentação das decisões judiciais [...] numa situação hermenêutica, é a via para se aproximar da segurança no direito.⁷⁰

O que se percebe com a afirmação de Alencar é uma preocupação com o tratamento da segurança jurídica no espaço hermenêutico. A seriedade do conteúdo das decisões judiciais exige uma segurança que ainda não é percebida por parte dos magistrados, talvez por existir uma falsa compreensão de que a segurança jurídica resida no simples fato de justificar o que se decide. Por isso, o diálogo com a hermenêutica, mais especificamente a hermenêutica filosófica se faz mui necessária a fim de evitar a instabilidade no conteúdo das sentenças e acórdãos.

Ademais, a insegurança jurídica se relaciona diretamente com a mudança de entendimento que o STF anuncia sobre determinados artigos da Constituição ou de outra lei, principalmente quando esse entendimento se altera diversas vezes ou quando retoma a interpretação considerada superada, provocando diversas divergências nos votos e controvérsias no mesmo Tribunal. A gravidade dessas divergências se percebe porque, a disparidade na interpretação, torna o judiciário uma espécie de “vitrine” de decisões, cada Ministro age discricionariamente e essa liberdade de decidir abre um espaço, preenchido pela sua vontade. Essa forma de decidir, típica do modelo positivista, incentiva que os juízes de primeiro grau também decidam conforme seu pensar e busque no exemplo da Última Instância, uma decisão que melhor se justifica a sua escolha. Desta feita, percebe-se que a

⁷⁰ CAVALCANTI DE ALENCAR, Rosman Antonni Rodrigues. Segurança Jurídica e Fundamentação Judicial. **Revista de Processo**, vol. 149, 2007. p. 67 e 68.

contenção de decisões imprevisíveis precisa acontecer primeiramente nas últimas instâncias, pois são os Tribunais Superiores considerados parâmetros na solução de diversas controvérsias normativas. O ex-ministro do STJ, Augusto Delgado, reforça acerca da imprevisibilidade e insegurança jurídica ao afirmar que:

A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático e do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições.⁷¹

Portanto, a ausência de critério nas decisões dos Tribunais Superiores provoca indubitavelmente a insegurança jurídica. De fato, não há que se discordar que o exemplo tem de partir dos “guardiões da Constituição”, não por um motivo metodológico, mas, por ser um método eficiente de difusão da interpretação objetiva da norma e, inclusive pelo intenso trabalho de interpretação constitucional realizado no STF diariamente.

4.2 Decisões imprevisíveis: o relativismo derivado das decisões sem critérios

4.2.1 A decisão justificada na segurança jurídica que trouxe insegurança jurídica. O caso da ADI⁷² 4.029.

A magnitude da complexidade deste julgado dispensa o uso da ementa⁷³, uma vez que esta foi modificada no dia seguinte da publicação, sendo didaticamente melhor, a explanação como se segue, fazendo o uso de trecho decisão proferida:

O Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, para, alterando o dispositivo do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, ficar constando que o Tribunal julgou improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, *caput*, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa

⁷¹ DELGADO, op. cit., p. 5.

⁷² Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁷³ A ausência de ementa deste caso também se deve sua a extensão, por compor cerca de três páginas, o que comprometeria a estrutura formal do trabalho.

inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), que julgava procedente a ação. [...] ⁷⁴.

Trata-se da discussão acerca da constitucionalidade da Lei 11.516 que foi resultado da conversão da Medida Provisória nº 366, de 2007 que criou o “Instituto Chico Mendes”. O IBAMA ingressou com uma ação direta de inconstitucionalidade contra essa lei, pelos argumentos de inconstitucionalidade formal e material, sendo esta última, rejeitada como inconstitucional. Quando à inconstitucionalidade formal, a alegação estava na ausência de parecer pela Comissão Mista no procedimento das medidas provisórias, conforme preceitua o §9º do art. 62 da Constituição ⁷⁵.

Contudo, de acordo com o art. 5º da Resolução nº 1 do Congresso Nacional, a Comissão Mista acima referida tem o prazo de 14 dias para se manifestar sobre a medida provisória. Já o art. 6º, §2º desta Resolução diz que dispensado o interstício de publicação, o processo deve ser encaminhado para que a Câmara dos Deputados a examine. Ou seja, existiria a possibilidade da Comissão Mista proferir o parecer, por meio do Relator designado. Foi esta a hipótese ocorrida no caso da MP nº 366: o parecer foi emitido pelo relator, de forma individual e não pela Comissão Mista, conforme determina a Constituição.

Foi o conteúdo desta resolução objeto de contestação por parte do IBAMA, uma vez que ela não é compatível com o que determina na Constituição, conforme o exposto pelo o Min. Relator Luiz Fux:

A magnitude das funções das Comissões Mistas no processo de conversão de Medidas Provisórias não pode ser amesquinhada. Procurou a Carta Magna assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada. Percebe-se, assim, que o parecer da Comissão Mista, em vez de formalidade desimportante, representa uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. Em razão disso, há que se reconhecer, ainda que

⁷⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.029. Repte: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Intdo: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 13 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2595890>>. Acessado em 10 set. 2014.

⁷⁵ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...) § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03qconstituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

em caráter incidental, a inconstitucionalidade dos dispositivos da Resolução supracitada que dispensam a prolação de parecer por parte da Comissão Mista, não sendo suficiente sua elaboração por parlamentar Relator⁷⁶.

Todavia, no momento de proferir o julgamento, no dia 07 de março de 2012, ficou estabelecido que os efeitos da decisão não poderiam ser retroativos, em face de danos que poderiam causar à sociedade, segundo o Ministro:

No que atine à não emissão de parecer pela Comissão Mista parlamentar, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, deveriam ser expurgadas ex tunc do ordenamento jurídico. É inimaginável a quantidade de relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam abaladas caso o Judiciário resolvesse aplicar, friamente, a regra da nulidade retroativa.

Com intuito de evitar o prejuízo que a Suprema Corte entendia como evidente, a Lei 11.516/07 somente seria considerada inconstitucional num prazo de 24 meses, ocorrendo a modulação do efeito da decisão *pro futuro*. Este intervalo, de acordo com a decisão, seria para que o Congresso Nacional aprovasse uma nova Lei com o mesmo conteúdo, tornando a antiga, findo os 24 meses, sem eficácia.

Contudo, no dia seguinte à publicação da decisão, a AGU se manifestou, mudando completamente o cenário da decisão:

[...] diante da decisão proferida por essa Suprema Corte, reconhecendo que a referida Resolução não se amolda ao comando constitucional, e tendo em vista o elevado número de medidas provisórias, convertidas em lei, mediante a adoção de seus termos é de fundamental importância que essa Suprema Corte estabeleça o prazo necessário para que o Congresso Nacional possa acomodar o processo legislativo à nova interpretação dada, contrária ao entendimento anterior, consolidado no julgamento da ADI 3289. Informações preliminares dão conta de que aproximadamente 500 (quinhentas) medidas provisórias tramitaram mediante a adoção do procedimento ora declarado inconstitucional. Daí a necessidade imperiosa de que seja dada segurança jurídica às normas já editadas, evitando-se grave distorção de todo o sistema e uma corrida desenfreada ao Poder Judiciário [...]⁷⁷

⁷⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.029. Reqte: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Intdo: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 13 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2595890>>. Acessado em 10 set. 2014.

⁷⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.029. Reqte: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Intdo: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz

Após, o STF modificou seu entendimento, acolhendo questão suscitada pela AGU, declarando que a inconstitucionalidade dos art.5º, caput e 6º, §§1º e 2º da Resolução nº 1 do Congresso Nacional somente valeria daquela data em diante e, todas as medidas provisórias convertidas em lei, em descumprimento ao art. 62, §9º da Constituição seriam consideradas formalmente válidas. Somente a partir da decisão proferida na data de 08 de março de 2012 é que o novo entendimento da inconstitucionalidade dos dispositivos referidos da Resolução que seriam aplicados.

Antes de proceder à análise hermenêutica desta decisão, cumpre destacar o que foi dito pelo Ministro Gilmar Mendes durante o julgamento desta ADI: “De fato, a situação é muito grave, talvez uma das mais graves com as quais já tenhamos nos deparado, tendo em vista que a dimensão vai muito além do que o caso que foi objeto de discussão”.

O julgamento desta ADI demonstra o perigo que a postura do STF tem adotado, devido ao alcance nacional de suas decisões. Embora se tenha reduzido ao máximo o desenrolar do caso, uma leitura mais atenta do inteiro teor do acórdão poderia provocar diversas discussões, tendo em vista os recorrentes erros que os Ministros atentaram ao longo do julgamento.

Na primeira decisão, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei 11.516, entretanto, essa constitucionalidade só produziria efeitos dois anos após. Isso significa que os artigos da Resolução do Congresso estariam válidos por dois anos, afrontando diretamente a Constituição. Porém, o mais grave foi que o STF modificou o entendimento, tornando válido todas as Leis que estavam na mesma situação da conversão da Medida Provisória, retirando o efeito *ex tunc*. Isso significa que o artigo 62, §9º da Constituição teve o seu efeito suspenso.

A seriedade do conteúdo desta decisão demonstra que o STF pode deixar de aplicar a Constituição, por “segurança jurídica”, o que é uma verdadeira antítese, porque a segurança reside na aplicação constitucional em qualquer situação.

Aqui, a modificação da decisão não teve fundamento legal algum, muito menos constitucional, foi optado por uma solução política mais adequada, demonstrando que a discricionariedade atingiu um patamar alarmante. Considerar o fundamento adequado a um Tribunal comprometido unicamente à guarda da Constituição seria o mesmo que entender ser a discricionariedade um instrumento de resolução aos casos aparentemente complexos. Ainda,

percebe-se que o acatamento da manifestação da AGU foi a fim de preservar cerca de 500 medidas provisórias que se encontravam em situação semelhante, demonstrando que o critério usado foi um fato e não o Direito. Não se ignora a gravidade do problema e a conturbação causada se todas estas futuras leis fossem declaradas inconstitucionais de imediato, porém, esta preocupação não foi sequer citada nos votos dos Ministros, demonstrando que o solipsismo é sim utilizado e implicitamente assumido.

Embora seja possível verificar a abertura dada pelo STF em suspender a eficácia de um dispositivo constitucional, sem ao menos declarar a público a instabilidade do próprio Direito, cumpre reforçar que este tipo de decisão corrobora que a imprevisibilidade das decisões não está somente em decidir de forma distinta em casos semelhantes, porém, se verifica em qualquer postura que parta do intérprete e não da lei. A partir do momento em que se suspende um dispositivo constitucional, justificado pelo sentimento de que é melhor para a sociedade, a situação pode se repetir, tanto no âmbito do próprio STF quanto em qualquer tribunal. Se o STF é o exemplo, esta decisão demonstra um mau testemunho e incentiva que, diante de situações problemáticas, o “melhor” é sacrificar a eficácia constitucional em prol do bem estar do sistema político e social.

Assim, a polêmica em que o STF se envolveu apenas transparece que não apostar numa hermenêutica conteudística, transporta a compreensão para depois da interpretação, atropelando todo o procedimento da integração e tornando a decisão fruto do solipsismo dos julgadores.

Ressalta-se que esta crítica não ignora a realidade que o STF se encontra, quando decide casos que nem ao menos deveriam ser até ele alcançados, tornando o volume de processos tão alto que a qualidade das decisões resta comprometida. Há a necessidade de refrear e controlar as decisões judiciais, sob o crivo da hermenêutica, a fim de evitar que decisões nesse escopo sejam aceitas e até mesmo consideradas como necessárias, diante de situações complexas. Portanto, a ADI 4.029 deveria provocar efeitos muito além do que o alcance da decisão, deveria provocar uma reflexão em toda comunidade jurídica sobre o que deve ser feito e como construir uma espécie de controle de conteúdo dessas decisões, com o objetivo de reprimir e diminuir a judicialização política e a incerteza trazida pela (im)previsibilidade do pensamento do intérprete.

4.2.2 O STF decidindo acerca de fatos e não de Direito. O caso da ADI 4424

– LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações⁷⁸.

Nas palavras contidas no inteiro teor do acórdão, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, em face dos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha⁷⁹. O autor formulou pedidos de interpretação dos dispositivos impugnados conforme à Constituição, no sentido de: a) afastar, em qualquer hipótese, a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes cometidos no âmbito da “Lei Maria da Penha”; b) assentar que o crime de lesões corporais leves, quando praticado contra mulher no ambiente doméstico, processa-se mediante ação penal pública incondicionada; c) os dispositivos referidos têm aplicação a crimes que se processam mediante representação, por previsão legal distinta da Lei 9.099/95. Assim, conforme publicado o acórdão:

[...] acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, nos termos do voto do relator e por maioria [...]⁸⁰.

Em primeiro lugar, como a análise do caso anterior, também se perfaz de conteúdo extenso, não se adequando ao alcance deste estudo, por isso, limita-se ao máximo expor

⁷⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.424. Reqte: Procurador Geral da República. Intdo: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143#42%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acessado em 10 set. 2014.

⁷⁹ Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995. BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

⁸⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.424. Reqte: Procurador Geral da República. Intdo: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143#42%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acessado em 10 set. 2014

breves trechos da decisão, apenas para elucidar algumas exposições necessárias à compreensão do que se pretende a seguir.

Em torno de todo o debate, o STF decidiu modificar a ação penal do crime de lesão corporal nos casos de violência doméstica, deixando de ser condicionada à representação, como era previsto.

A imprevisibilidade verificada neste caso se observa não na análise do que previa a lei, como era o caso anterior, antes, na maneira como foi decidido o embate. Aqui, não cabe discutir a aplicabilidade normativa das leis em discussão, considerando que o mérito, a princípio, sob uma égide de interpretação constitucional, poderia inclusive ser adequado, se o foco restasse exclusivamente na análise dos princípios a serem refletidos e sua conformação constitucional. Porém, não foi o que ocorreu. A decisão pela inconstitucionalidade foi justificada no pressuposto que a ação pública condicionada à representação retiraria uma proteção constitucional, vez que na maioria das vezes, a desistência na continuidade ao procedimento e desistência quanto à denúncia do agressor⁸¹.

Se a ação se desenrolasse exclusivamente sob o manto constitucional, talvez, alguma razão poderia ter se sobressaído, inclusive com o reconhecimento de que seria necessária uma modificação legal, por parte do Legislativo, a fim de que se esclareça a questão e posse fim ao embate estabelecido. Entretanto, se for observado como ocorreu o debate e os votos, um grande problema de discricionariedade se estabeleceu. Os argumentos eram revestidos de intensas considerações políticas e baseadas em estatísticas “alarmantes”.

Apenas para demonstrar algumas das considerações usadas no julgamento, cabe transpor o início do voto do Ministro Relator Marco Aurélio:

Eis um caso a exigir que se parta do princípio da realidade, do que ocorre no dia a dia quanto à violência doméstica, mais precisamente a violência praticada contra a mulher. Os dados estatísticos são alarmantes. Na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher, agredida, a um só tempo, física e moralmente, acaba, talvez ante óptica assentada na esperança, por afastar a representação formalizada, isso quando munida de coragem a implementá-la⁸².

⁸¹ Cf. ALMEIDA, Ananda Gutierrez de. **Os Efeitos Processuais Relevantes Frente o Julgamento Da ADI 4424**. 2012. 115 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Curso de Direito, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente/SP, 2012.

⁸² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.424. Reqte: Procurador Geral da República. Intdo: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143#42%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acessado em 10 set. 2014

Não há necessidade de colacionar outros trechos dos votos, ao longo das 94 páginas do inteiro teor do acórdão, pois seria repetitivo. Como já dito, mas cabe reforçar, não é a pretensão negar os direitos protetivos que a mulher possui, tampouco negar que a legislação deve corresponder à realidade da situação da violência contra mulher. Entretanto, e é essa a questão suscitada, não é esse o papel do Judiciário. A separação dos três poderes se impõe justamente para que cada um cumpra com suas funções. Legislar é papel do Legislativo, apesar de ser uma sentença lógica, não é isso que ocorre, basta observar que o julgamento da ADI 4.424 se reveste de justificativas estatísticas, de conteúdo político.

A sequência dos diálogos entre os Ministros durante o julgamento demonstra como a preocupação não estava na adequação do conjunto de leis e sua adequação constitucional, papel este que se dirige a eles exclusivamente, antes, se debateu sobre os direitos da mulher e que haveria a necessidade de ter um dispositivo da lei que fosse repressiva ao agressor de tal modo de impossibilitar que a vítima “voltasse atrás”. Ora, isso é exatamente o que faz a política legislativa, não pode o STF invadir sua competência, com o pretexto de ser a última instância, couraçado do absoluto poder de decidir como entendem melhor. Isso é ativismo judicial. Nas palavras de Streck acerca deste caso: “manejar estatísticas e planejar ações futuras não seria a tarefa pertencente ao âmbito da política legislativa? Seria esse um argumento jurídico suficiente para adicionar sentido à lei?”⁸³

Não se propõe que os Ministros sejam neutros diante da questão. Porém, a imparcialidade deve ser respeitada, em razão de admitir que o STF faça considerações acerca de suas opiniões abre precedentes para que qualquer magistrado também o faça, afinal, não há nenhum amparo Constitucional que permita ao STF decidir conforme sua consciência, sob o pretexto de guardar a Constituição.

Embora, o único voto vencido seja o do Ministro Cezar Peluso, cabe destacar um trecho do voto do Min. Gilmar Mendes:

Mas quero realmente compartilhar as angústias que vão na minha alma porque, primeiro, a própria fundamentação, e é fundamental que Corte Constitucional - diferentemente do legislador -, nós temos que dizer qual é o fundamento da inconstitucionalidade. Não pode ser um fundamento espiritual. Não pode ser, como eu disse, em outro momento, porque a lei é boa e agora o legislador optou por um modelo eventualmente, na minha visão, um tanto quanto pior. [...]. E o texto constitucional quer um mínimo de integração, daí eu não estar, realmente, seguro de que essa fórmula que nós estamos a eleger como aquela que de fato condiz com o princípio da proteção insuficiente, como em relação à alternativa, é de fato a adequada,

⁸³ STRECK, op. cit., p. 160.

para dizer então que há uma inconstitucionalidade⁸⁴.

Pela leitura completa do voto de Gilmar Mendes, se percebe uma contrariedade, a mesma disposta acerca da fundamentação contida no voto dos Ministros, pois, a maioria usou de considerações pessoais e estatísticas, sem o uso de integração normativa, como bem apontou o Ministro. Logo, ele considerou insuficiente o uso desses apetrechos para a declaração da inconstitucionalidade, contudo, crendo na importância do tema, optou por acompanhar o voto do Relator.

Visto isto, percebe-se que a gravidade acerca da insegurança jurídica é maior do que se pode demonstrar. Entender a forma como o STF julga, só reforça que o esquema sujeito-objeto não está superado. Se a comunidade jurídica enxerga como “normal” a postura dos Ministros, a imprevisibilidade das decisões resta verificada. Ora, se o STF pode sustar a eficácia dos dispositivos constitucionais, porque entende ser melhor para a população, a própria Constituição fica desprotegida e à mercê de suas ponderações. Talvez, em breve, o STF será dotado de tanto poder e autoridade que até cláusulas pétreas poderão ser submetidas à modificação interpretativa e quiçá, serem declaradas inconstitucionais, afinal, não há quem controle o controlador.

4.3 É possível prevenir a imprevisibilidade? A busca por uma teoria da decisão

Diante desses dois casos, não se poderia finalizar sem propor uma solução. A repercussão das decisões do STF é demasiada para se ignorar que há um problema a ser enfrentado. Por óbvio, o trabalho é árduo e a incrustação da discricionariedade só reforça o pensamento de que o poder sem medidas que os magistrados possuem garantem e permitem que a interpretação realizada seja um mero produto de suas convicções e ponderações.

Com a proposta de combater as convicções políticas que permeiam as decisões judiciais, modificando a forma de interpretar o Direito, Dworkin apresentou a teoria da única resposta correta, com o intuito de combater a discricionariedade e se afastar do dilema positivista, trazendo segurança jurídica a um sistema fragilizado pelas decisões arbitrárias.

Com isso, a tese da única resposta correta de Dworkin se apresentaria como a mais

⁸⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.424. Reqte: Procurador Geral da República. Intdo: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143#42%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acessado em 10 set. 2014

adequada à imprevisibilidade das decisões judiciais, pois, na teoria, independente do caso concreto apresentar uma complexidade profunda (chamado pelos positivistas de “*hard case*”), sempre haverá uma solução e uma das partes sempre terá a pretensão atendida.

Segundo Chueiri, a tese da única resposta correta de Dworkin objetiva:

demonstrar que a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivadas agasalham, não havendo espaço para a sua criação, para o ato discricionário do juiz.⁸⁵

Na tese de Dworkin, qualquer questionamento equivale a uma solução, para cada pergunta há uma resposta correta. O alcance desta resposta acontecerá por meio dos princípios e naquilo que está positivado, sendo desnecessário qualquer protagonismo do juiz, a fim de evitar atos discricionários. A ideia de Dworkin é muito interessante e, embora elaborada num contexto de *common law*, parece corresponder ao anseio daquilo que se vislumbra para o judiciário brasileiro.

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.⁸⁶

Entender o direito como integridade, de acordo com Dworkin possibilita uma melhor interpretação da norma, sem esquecer, como já salientado, que os princípios de justiça, equidade e devido processo legal são os direcionadores da condição integrativa, tudo isto para possibilitar que o intérprete se desvincule de suas convicções e se atente a uma compreensão antes de iniciar a interpretação.

A dificuldade em admitir várias resposta a um caso, na teoria de Dworkin, pode ser exemplificada no exemplo do “romance em cadeia”. Essa analogia presente em uma de suas obras compara o Direito com a literatura, na tentativa de comparar o juiz a um escritor, um crítico literário que esmiúça as várias possibilidades de um poema complexo. No romance em cadeia, um grupo de escritores compõe um romance em série, sendo que cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu, escreve um novo capítulo e passa para que o próximo faça o mesmo, e assim por diante. A intenção é que o romance seja escrito como se

⁸⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade** – Dworkin e a possibilidade de um Discurso Instituinte de Direitos. Curitiba: J.M., 1995. p. 68.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

fosse obra de um só autor, de forma integrada e não vários contos independentes reunidos. Com isso, a complexidade da tarefa expõe a mesma complexidade de decidir em um caso concreto de forma integrada. Os capítulos anteriores são como os precedentes e eles devem ser considerados, a fim de que o “novo capítulo” possa ser escrito de forma coerente. Por isso, os juízes são ao mesmo tempo, autores e críticos. No momento em que decidem um caso aparentemente mais complexo e inédito, acrescentam na tradição que interpreta, após, novos juízes se deparam com uma nova tradição que inclui aquilo acrescentada anteriormente.⁸⁷

A interpretação sofre uma contínua transformação, logo, o juiz não deve inventar uma nova decisão, sem considerar a tradição histórica já existente, há a necessidade de fundamentar inclusive o motivo das decisões anteriores, não simplesmente colacionando julgados e citações aleatórias. Deve interpretar a história institucional e não criar uma nova história.

É, enfim, no âmbito do juízo de aplicação diante das especificidades do caso concreto e da densificação normativa, que o intérprete poderá oferecer “uma resposta coerente com a Constituição e com o ordenamento como um todo, à luz dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade de uma comunidade (viva) de princípios.”⁸⁸

A dificuldade de se aplicar a teoria da única resposta correta de Dworkin na prática, fez com que ela não fosse totalmente recepcionada. Em que pese não se negar a intensidade da qual a teoria trata, considerando a proposta interpretativa, as considerações acerca da integração. Parece ser algo possível somente na teoria. Inclusive, Sampaio Silva compreende que esta teoria não pode ser “ontologicamente verdadeira”. Por isso, recorre-se a Heidegger, por ser um filósofo que rompe com o paradigma da consciência. “A ontologia, como conceito, tem sua história e a teoria hermenêutica da única decisão correta depende dessa ruptura paradigmática”⁸⁹.

Nesse sentido, Lenio Streck propõe uma releitura de Dworkin, permeada pelas considerações de Heidegger e Gadamer, a fim de definir no que consistiria a ideia da resposta correta.

Com isso, passa-se à análise da teoria da resposta correta à luz da inovação trazida por Lenio Streck.

⁸⁷ Ibid., p. 275-276.

⁸⁸ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 145

⁸⁹ SILVA, Thais Sampaio da. **Heidegger e Dworkin** – Diálogo para a Fundamentação Ontológica da Teoria da Resposta Correta. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/ UNICURITIBA, 22.,ano, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Centro Universitário Curitiba, 2014. p. 261-285.

Streck afirma que a negação da possibilidade de existir para cada caso uma resposta conforme à Constituição (esta resposta correta na perspectiva hermenêutica), pode ensejar a assunção da discricionariedade⁹⁰. Contudo, enquanto Dworkin propõe para cada caso uma resposta correta, Streck propõe uma resposta constitucionalmente adequada, inda sob o ponto de vista hermenêutico, retirando qualquer relativismo da interpretação e também combatendo à multiplicidade de respostas.

Esta multiplicidade é eliminada no embate certo de confrontar a norma e a interpretação ao manto constitucional. Afastando, temporariamente, a complexidade de desenvolver uma prática de interpretação hermenêutica da Magna Carta, percebe-se que as leis (infraconstitucionais) são por vezes interpretadas como se possuíssem um sentido em si mesmas. A possibilidade de existirem leis inconstitucionais vigorando no nosso sistema é grande, ainda que sem nenhum dado estatístico. Isso demonstra um baixo constitucionalismo em toda comunidade jurídica, seja pela não observância dos dispositivos da constituição em detrimento de leis hierarquicamente inferiores, ao exemplo da ADI 4.424, seja pelo excesso de subjetividade do intérprete que obstina o entendimento da Constituição. Ainda, a falta de associação dos ramos do Direito com a Constituição dificultam essa correspondência, em razão de, por vezes, se tem a impressão que o direito constitucional é só mais um “ramo” e não o verdadeiro “tronco” do Direito.

Também, em contraponto a propositura da tese da única resposta correta, Souza Cruz aposta na possibilidade de várias respostas e, para comprovar sua tese, expõe um exemplo:

Certa vez um aluno propôs a seguinte questão: se dois juízes seguirem estritamente as propostas procedimentais de Habermas e chegarem a conclusões diversas diante de um mesmo caso é possível dizer que um deles não chegou à resposta correta? A pergunta é por demais interessante e lugar-comum entre aqueles que estão a transitar entre propostas paradigmáticas de operações de direito. Nesse sentido é preciso dizer que a resposta correta não se apura de forma conteudística. Ambas a decisões podem e devem ser sempre reconstruídas/discutidas porque certamente nenhuma delas de forma isolada é capaz de verificar e de avaliar ‘perfeitamente’ as situações fáticas relevantes diante do universos de normas válidas. *Talvez uma mereça ser inteiramente reformada e a outra mero reparo. Mas o importante é perceber que nenhuma delas representa a resposta substancialmente e definitivamente correta.*⁹¹

Ignorar a complexidade do caso apresentado, seria uma postura reducionista e

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequencia**, nº 54, jun. 2007. p. 29-46.

⁹¹ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 154.

simplista, o que é repulsado completamente pela hermenêutica. Na verdade, a complexidade de determinados casos concretos não significa que estes sejam difíceis, como se propõe, porém, é a pré-compreensão do intérprete naquela situação que o faz pensar assim.

Dito de outro modo, para um grego, um texto na sua língua é totalmente compreensível, visto que ele tem um pré-compreensão acerca do seu idioma e isso o possibilita sem dificuldades decodificar o que está escrito. Agora, se o mesmo texto for apresentado a um japonês, talvez ele nem saiba que aquilo a sua frente se trata de um texto, sopesando aquilo como muito difícil, considerando que a forma que ele tem de codificar texto se faz por meio de sistemas completamente distintos. Diante disso, não pode concluir que a língua grega seja difícil de modo geral, pois, se alguém esclarecesse ao japonês a língua grega, sua compreensão de certo se modificaria. Assim, conceituar um caso como “difícil” ou “fácil” vai depender do grau de entendimento que o intérprete possui acerca daquela situação, e a Constituição deveria ser o instrumento utilizado a fim de possibilitar a compreensão e a resolução do caso.

Não é possível concordar com o proposto de Souza Cruz, porém, isto também não significa que haja apenas uma única resposta correta. A preocupação reside na segurança jurídica de permitir que as duas decisões fossem acolhidas e consideradas como corretas ou nenhuma delas seja correta. Afirmar que as decisões podem ser reparadas a fim de alcançar uma adequação, seria concordar com a discricionariedade enquanto solução e, de outra banda, pensar que não há resposta correta, seria a alegação de que há casos sem solução. Talvez a integração proposta por Dworkin, possa contribuir para o caso.

Quanto à tese de Dworkin, importa referir que esta integração não ocupa uma posição hierarquicamente superior à justiça e equidade: “ora ela irá prevalecer, ora não. E não poderia ser diferente, já que afirmar que a integridade prevalece, seria atentar contra a própria integridade.”⁹²

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha

⁹² Id. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 353.

das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (...). A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental.”⁹³

Embora a tese de Dworkin sofra alterações, como propõe alguns autores citados e, especialmente Streck, não se pode olvidar a influência acerca da fundamentação das decisões, ainda que a teoria não seja completamente aplicável, os ensinamentos acerca da interpretação, o afastamento da discricionariedade e a integração, não podem ser desconhecidos.

Assim, a interpretação, necessita da integração e, sua base está no círculo hermenêutico, em que a parte é vista como o todo e o todo como parte. Isso significa que a resposta correta se constrói como um todo, de forma concomitante. Logo, a interpretação não pode ser fragmentada ou construída em fases, ela precisa se comportar como uma estrutura única em que o início se completa com o fim e há coerência e correspondência em todo o texto. Ainda, pode expandir essa conclusão para todo o Direito, de tal forma que a integridade alcance todo o ordenamento jurídico, o que torna as decisões proferidas coesas entre si e com a Constituição.

Essa integridade se verificará mais intensamente na fundamentação, vez que não há lugar para o solipsismo e o sujeito é delimitado às “condições histórico-corretas”⁹⁴, a questão da tradição, coerência, integridade, para inserir também a questão da superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídico-filosófica. Ademais, a compreensão, modo de possibilitar a interpretação não discricionária, se liga à integridade do Direito juntamente com a estruturação da fundamentação, constituindo numa forma de combate à imprevisibilidade das decisões judiciais.

O despertar trazido pela teoria da única resposta correta de Dworkin, ainda que sofra adaptações, possibilita entender que é possível construir uma blindagem contra a insegurança jurídica. Sobre o crivo de uma análise hermenêutica, percebe-se que adequar as decisões ao filtro constitucional, possibilitará quebrar a multiplicidade de respostas sobre o mesmo caso. Cuida-se expor que o uso do princípios, bem como a integridade no caso concreto, também são possibilidades por meio do reconhecimento da força normativa da Constituição.

Streck, numa redundância necessária e provocante, entende que a segurança jurídica se perfaz por meio da “fundamentação da fundamentação”, com base no que preceitua o art. 93,

⁹³ DWORKIN, op. cit., p. 264-265.

⁹⁴ STRECK, op. cit., p. 356.

IX da Constituição, concluindo que “decisão mal fundamentada não é sanada por embargos, mas deve ser considerada inconstitucional”.⁹⁵

O mesmo artigo usado para justificar o livre convencimento motivado, como demonstrado no primeiro capítulo, na verdade possui uma função oposta: a de trazer segurança e impedir a imprevisibilidade, na exigência de que as decisões obrigatoriamente precisam ser fundamentadas. A fundamentação consiste em mais do que mera justificativa de caráter subjetivo e moral, no entanto, isso também não significa que decisão fundamentada deve ser extensa. Antes, a decisão deve ser comprometida com o caso concreto e deve estar ancorada naquilo que a comunidade jurídica e política construiu (partilha e tradição) nos limites da da Constituição. Vale dizer que a falta ou insuficiência de fundamentação é também uma inconstitucionalidade, visto a obrigação já imposta pelo art. 93, IX, CF.

No atual momento brasileiro, em que se percebe o embate entre constitucionalismo e positivismo (teoricamente superado), se torna essencial discutir as questões em torno da maneira de interpretar. Se existe algum modo que encaminhe a uma resposta correta, considerando principalmente o nosso Direito carente de efetivação, ele se demonstra indeterminado e aparenta não ser capaz de impor a Constituição enquanto norma hierarquicamente superior. Diante de uma crise de paradigmas, o resultado percebido é um cruzamento de teorias antitéticas, advindas de modelos mal compreendidos, no objetivo de justificar a tarefa de decidir, todavia, só contribui para tornar a interpretação mais adversa e imprevisível. De todos os novos modelos que surgem, percebe-se que há um traço em comum: a prevalência da discricionariedade, advinda do modelo sujeito-objeto.

A necessidade de um caráter hermenêutico é mais do que iminente, devido a sua capacidade de retirar o centro da discussão das mãos da discricionariedade (e decisões com caráter de legislação) e redirecionar ao campo jurisdicional, principalmente pelo fato da lei não prever todas as possibilidades de um caso concreto. Com isso, “princípios” como o Livre Convencimento Motivado, entre outros pamprincipiologismos, impedem que a hermenêutica alcance a autonomia do Direito, retire a compreensão do sujeito e, juntamente com a filosofia, posicione compreensão e linguagem, no propósito de neutralizar possíveis subjetivismos.

De certo, uma teoria da decisão, a fim de controlar seu conteúdo, não vai ao encontro do princípio democrático, dessa forma, diferenciar decisão e escolha se torna essencial. Por isso, na decisão, mediante várias possibilidades, não existe uma escolha de qual seria a melhor no seu entendimento, qual se adequa a sua compreensão do caso concreto, tendo em vista que

⁹⁵ Ibid., p. 619.

ele já interpretou antes de compreender. A escolha sempre será parcial e revestida da discricionariedade. De igual modo, a diferença de justificar e fundamentar se mostra ideal; a justificativa é apenas uma resposta pronta, uma exposição de motivo superficial, baseado na preferência (de ordem pessoal) da escolha feita. Já a fundamentação está atrelada ao alicerçamento histórico da decisão, demonstrando que existe adequação constitucional da resposta e que houve uma compreensão antes da interpretação.

Portanto, a hermenêutica revela sua função de permitir a existência de pressupostos na interpretação e, juntamente com a Constituição, terão o ápice na adequada fundamentação.

Todavia, cumpre salientar que numa nova hermenêutica filosófica, não haverá espaço para engessamento de soluções, tendo em vista que isso significaria a rejeição da temporalidade⁹⁶. Se uma lei deixou de possuir o seu sentido original, em face da mudança comportamental da sociedade e pela aquisição de novas concepções gerais do próprio direito, a lei precisa ser modificada. Ela não pode adquirir novos sentidos, conferidos pelos intérpretes, já que isso daria azo à discricionariedade.

Por isso, reforça-se, ainda que de forma insistente, que a resposta correta é aquela que se adequa à Constituição.

⁹⁶ Ibid., p. 622.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que a imprevisibilidade das decisões judiciais é um tema que não se esgotará no presente trabalho, visto a densidade que o tema alcança e por não obter, ainda, a devida atenção da comunidade jurídica.

A imprevisibilidade pode ser analisada sob diversos enfoques, contudo, a hermenêutica se mostra como mais adequada, juntamente com a filosofia, visto se tratar do desenvolvimento do raciocínio humano, o que demanda reflexões de ordem linguística e, por que não dizer existencial. Assim, se tem a consciência de que os diversos temas envolvidos se tratam de um risco superficial diante de toda a profundidade filosófica envolvida no compreender e na interpretação e, como esses fatores influenciam diretamente no conteúdo das sentenças e acórdãos proferidos diariamente no Brasil, embora a devida atenção dessas autoridades ainda não foi recebida.

Assim, entender e integrar a linguagem, interpretação, hermenêutica, filosofia e constitucionalismo, proporciona um debate, estudo crítico e fomenta a busca de soluções para a possibilidade de existir uma teoria da decisão capaz de realizar o devido controle das decisões judiciais. Essa necessidade não brota de uma corrente que deseja engessar o direito e torná-lo mero catálogo pronto a ser consultado em cada caso concreto, antes, se realiza com o fim de levantar a bandeira de um dos bens mais preciosos conquistado pelo Direito Brasileiro: a democracia.

Uma decisão judicial precisa ser eivada de segurança, clareza normativa, e ponha fim a uma controvérsia ou declare um direito pleiteado. Essa decisão precisa ser fundamentada e gerada por um processo interpretativo, sem abandonar a necessidade de possuir uma correspondência constitucional. A Constituição deve ser o centro de toda a compreensão, tendo em vista que não há Estado Democrático de Direito que sobreviva a um sistema que não a respeita como sistema de hierarquia máximo, padrão de controle e verdadeiro parâmetro pronto a resolver qualquer sorte de complexidade no caso concreto.

Assim, destaca-se novamente, o controle das decisões judiciais é paradoxal, pois é simples e complexo simultaneamente: a simplicidade se verifica na Constituição, uma vez que ela deve ser a referência de todo o conteúdo da decisão e, não somente da decisão judicial, mas todos os atos realizados precisam de amparo constitucional, para que sejam coesos. Entretanto, nem sempre há filtro constitucional e, o recurso à doutrinas, julgados de outros juízes e até do Direito Comparado, se mostram desnecessários se usados isoladamente, além de conspurcarem a autoridade que a Constituição possui. Já a complexidade se verifica

justamente na aplicação dos dispositivos constitucionais, sem a verificação da historicidade de conteúdo, nem a realização da interpretação correta, muitas vezes usando dispositivos isolados, sem contexto ou até mesmo suspendendo a eficácia de um dispositivo.

No que diz respeito às ADI apresentadas, destaca-se que outros poderiam ser usados, porém, a extensão dessas decisões poderia comprometer a qualidade formal do trabalho. Contudo, o fato de se usar apenas duas decisões, não diminui a preocupação direcionada especificamente ao STF. O destaque que esse Tribunal tem alcançado faz com que o compromisso com o cumprimento da Constituição, tenha cedido espaço a agrandar o senso comum e realizar decisões políticas, no intuito de serem aplaudidos por aqueles que o assistem. Fazendo um empréstimo ao ramo penal, verifica-se que o STF tem agido como no fenômeno do “Direito Penal Simbólico”, em que a urgência pela efetividade dos direitos, provoca decisões que atendam ao clamor social, em detrimento da própria Constituição, como no caso da ADI 4.424 que suspendeu a eficácia de um artigo, por motivos de “segurança jurídica”. Entretanto, é justamente a aplicação e não suspensão dos artigos constitucionais que traz segurança.

Ademais, verifica-se que há falta de compromisso de alguns magistrados em desempenhar o papel de intérprete da maneira hermenêutica e integrativa como propôs Dworkin e não colacionando julgados e artigos apenas para dizer que a decisão foi fundamentada. É necessário desenvolver a consciência de que o juiz possui uma responsabilidade política não somente com as partes, mas, com toda a sociedade, ocupando o lugar de verdadeiro cuidador de uma comunidade, devendo fazer decisões em prol do melhor desenvolvimento e, sabendo que suas ações podem alcançar tanto positiva quanto negativamente a todos quanto por ele são atingidos. Por isso, o estudo da imprevisibilidade não se fez somente no intuito de demonstrar que um problema existe. Antes, há a esperança de despertar um novo pensamento, de que a situação judiciária brasileira precisa ser revista, já que ela se reflete no comportamento da sociedade. É preciso admitir que a discricionariedade, o solipsismo, o positivismo e a arbitrariedade ainda existem e se encontram legitimados na postura dos magistrados enquanto autoridades e agentes de transformação social.

Também, não se pode olvidar que o combate à imprevisibilidade também é um combate ao pensamento. Embora se tenha construído a crítica embasada pela filosofia e hermenêutica, ainda é pouco diante da demanda que os intérpretes necessitam. Aqui, se abrange mais que só magistrados, porque, todos os atores no direito, têm como obrigatoriedade um aporte mínimo dessas ciências a fim de que realizem o Direito na sua forma mais coerente.

A crítica se estende ao lugar onde todos conhecem o Direito: na Academia. É o local onde os juízes obtêm sua primeira formação, e existe a possibilidade de, se os magistrados decidem conforme seu livre convencimento e utilizando os próprios valores, é porque aprenderam isso como correto. Todo o estudo permeado, toda a crítica dirigida, não prosperará se na faculdade de Direito, essas questões não recebem o devido destaque.

Portanto, percebe-se que há muitos fatores envolvidos que perpassam o alcance dado neste trabalho. Por isso, o controle das decisões por meio da Constituição, numa solução advinda da teoria da única decisão de Dworkin, de longe se mostra como a única solução, visto que isso precisa ser efetivado na prática jurídica. Apesar de se perceber que há certo utopismo no fim da subjetividade do juiz, não é por isso que o problema não deva ser denunciado, nem tampouco se deixará de apresentar formas de evitá-lo.

Sabe-se que há muito a ser feito, contudo, a recente democracia brasileira é um fator positivo por estar em vias de construção e, lograr esforços sem medidas além do despertamento de toda comunidade jurídica possibilitará que decisões sejam proferidas de maneira segura e permeadas por um controle de conteúdo. A imprevisibilidade será afastada, consequentemente se perceberá uma aproximação da Justiça.

REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, Nylson Paim (org). **Vade Macum**. 5.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.
- ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. 1ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 40.609**. Paciente: Washington Fernando Abrantes. Impaciente: Francisco Oscar Penteado e outros. Relator: Evandro Lins e Silva. Guanabara, 15.7.1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1427947.htm>>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp nº.7870/SP**. Recorrente: Milton Jesus de Paes Almeida. Recorrido: Oiram – Empreendimentos Imobiliários. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo. 4ª Turma. Brasília, 3 de fevereiro de 1992. Disponível em <<http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199100017450&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.htm>>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgReg em REsp nº 279.889/AL**. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Pedro Lourenço Vanderlei e outros. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, 7 de abril de 2003. Disponível em <<http://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200101540593&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.htm>>.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03qconstituicao/constituicao.htm>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª. ed. – Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação**. Belo horizonte: Mandamentos, 2005.
- CAVALCANTI DE ALENCAR, Rosman Antonni Rodrigues. Segurança Jurídica e Fundamentação Judicial. **Revista de Processo**, vol. 149, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido

Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade** – Dworkin e a possibilidade de um Discurso Instituinte de Direitos. Curitiba: J.M., 1995.

DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/>>.

Dicionário Oxford de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2013. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/interpreta%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins fontes, 2001.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

_____. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FILHO, Fernando Costa Tourinho. **Prática de Processo Penal**. 4. Ed. Bauru: Javoli, 1976.

FREDERICO, Alencar. **Noções preliminares sobre o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Holambra: Setembro, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica** 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

MOTTA, Francisco Jose Borges. **Levando o Direito a Sério - Uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial** 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3 ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4.ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.157.591-0/0**, da 31ª Câmara de Direito Privado. Agravante: Erineu Cicarelli. Agravado: Andréia Mariconi. Relator: Adilson de Araújo. São Roque, 8 de abril de 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 13 ed, vol. III. São Paulo: Saraiva, 1985.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 5. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, nº 54, jun. 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.