XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-072-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;

b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;

c) política como fator complicador do direito;

d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;

e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;

f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;

g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e. portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

OS DOIS CORPOS DO REI, OS DOIS CORPOS DO JUIZ

DOS CUERPOS DEL REY, DOS CUERPOS DEL JUEZ

Thiago Aleluia Ferreira De Oliveira

Resumo

Esse texto tem o objetivo de traçar um paralelo entre a tese sobre os dois corpos do rei, desenvolvida por Kantorowitz para descrever a sociedade da Inglaterra do século XV, e os dois corpos do juiz. Conforme o estudo desenvolvido por esse autor, o monarca era constituído por dois corpos: um natural e outro político. O primeiro sujeito à paixão, à morte e a todas as deformidades que acometem os corpos naturais das demais pessoas; o segundo era perfeito, incorruptível, imortal. Havia uma nítida separação entre o corpo público e o privado, a instituição política se colocava acima da pessoa física do monarca. Da mesma forma que o rei, o juiz também possui dois corpos. No seu cotidiano, na sua vida pessoal, o juiz pode fazer as coisas conforme seus valores, desejos, idiossincrasias. Mas, no papel político, tem uma representação social, um dever de accountability, de modo que deve deixar de lado o seu outro corpo, o privado, o da razão prática, o de sua convicção moral. Isto é democracia. Nossos direitos não podem depender de escolhas subjetivas, pessoais, voluntaristas e políticas do juiz. As decisões devem obedecer a integridade e a coerência do Direito. Um juiz que decide apenas conforme sua consciência (solipsista), enfraquece a democracia e o elevado grau de autonomia alcançado pelo direito, o que impede a obtenção do que Lenio Streck denomina de resposta constitucionalmente adequada.

Palavras-chave: Os dois corpos do rei e do juiz; responsabilidade política; resposta constitucionalmente adequada.

Abstract/Resumen/Résumé

Este texto tiene por objeto establecer un paralelismo entre la tesis de los dos cuerpos del rey, desarrolladas por Kantorowitz para describir la sociedad de la Inglaterra del siglo XV, y los dos cuerpos de la juez. De acuerdo con el estudio de este autor, el monarca se compone de dos cuerpos: uno natural y otro político. El primer objeto de la pasión, muerte y todas las deformidades que afectan a los cuerpos naturales de los demás; el segundo era perfecto, incorruptible, inmortal. Hubo una clara separación entre el organismo público y lo privado, la institución política se colocó por encima de la persona física del monarca. Al igual que el rey, el juez también tiene dos cuerpos. En su vida cotidiana, en su vida personal, el juez puede hacer las cosas de acuerdo a sus valores, deseos, idiosincrasias. Pero en el papel político, tiene una representación social, un deber de accountability, por lo que debe dejar a un lado su otro cuerpo, privado, de su convicción moral. Esta es la democracia. Nuestros derechos no pueden depender de las elecciones subjetivas, políticas de los jueces. Las decisiones deben obedecer a la integridad y la coherencia del Derecho. Un juez que decide sólo según su

conciencia (solipsista) debilita la democracia y el alto grado de autonomía alcanzado por el derecho, por lo que es difícil obtener el que Lenio Streck llama respuesta constitucionalmente adecuada.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Los dos cuerpos del rey y juez; la responsabilidad política; constitucionalmente respuesta adecuada.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o objetivo de traçar um paralelo entre a tese sobre os dois corpos do rei, desenvolvida por Kantorowitz[1] para descrever a sociedade da Inglaterra do século XV, e os dois corpos do juiz.

O livro de Kantorowitz, escrito originalmente em 1957 com o título *The king's two Bodies: a Study in Medieval Political Theology*, trata-se de um clássico da teoria política, que evidencia de que forma a personificação do poder na figura do rei se efetivou paralelamente ao desenvolvimento de toda uma mística religiosa. Essa tese funda a distinção entre público e privado – está dito que o corpo físico do monarca se sujeita à doença, à infância, à demência, enquanto o coração místico (político) do soberano nada padece: o rei nunca morre, nem causa injúria, *the king does no wrong*, jamais podia ser tocado ou possuir seus atos anulados mercê de alguma incapacidade presente no corpo natural. Constituíam uma unidade indivisível capaz de afastar todas as imperfeições constantes no corpo natural, sendo este sempre inferior ao corpo político.

Apesar do longo passar do tempo, essa teoria é muito eficaz para explicar a imperiosa separação entre o cargo público do juiz e o âmbito privado de quem o exerce.

Realizando um cotejo com a tese de Kantorowitz, incorporada nesse ensaio, a decisão judicial não pode ser sinônimo de escolha, pois a função pública não pode ser utilizada como uma extensão da esfera doméstica. Para os juízes, as escolhas devem ocorrer apenas na órbita das relações privadas, a partir das concepções de mundo de cada um. Em um regime democrático, não interessa o posicionamento político-ideológico de cada magistrado. A atuação no Poder Judiciário é superior à esfera privada do juiz. Esse é o compromisso que todo magistrado deve assumir numa república democrática. Há o dever de *accountability* (responsabilidade política). Sentença não vem de *sentire*. Isto é uma grande falácia.

No entanto, constantemente juízes de todas as instâncias proferem decisões com base em suas concepções pessoais, não distinguindo seu corpo público do privado, o que fragiliza a autonomia do direito. Trata-se do sujeito solipsista (*Selbstsüchtige*r), possuidor de um imaginário ainda mergulhado na filosofia da consciência, que constrói seu próprio objeto de conhecimento[2]e legitima a discricionariedade judicial presente em todas as correntes positivistas pós-exegéticas. Decide como se existisse um grau zero de sentido, ou seja, um ponto

---

[1] KANTAROWICS, Ernst H. *Os dois corpos do rei: um estudo sobre teologia política medieval*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

[2] STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pg.14.

arquimediano fora do mundo, da tradição. Essa é uma situação muito comum em nossos tribunais.

Não significa que os juízes não possam interpretar. Todos possuem subjetividade, ideologias etc. O que não vale é utilizar esse conteúdo subjetivo no "lugar da produção dos sentidos", em uma democracia.

Nesse sentido, defenderemos que Juízos morais, políticos e econômicos, estabelecidos externamente, não podem servir para corrigir um direito produzido democraticamente. Uma decisão adequada à Constituição (resposta hermeneuticamente correta), como é sustentada por Lenio Streck, é fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e à integridade (exame da integridade legislativa e respeito a integridade das decisões anteriores), e com clara separação entre o corpo privado e público do juiz.

A metodologia da pesquisa científica em relação à investigação, tratamento dos dados colhidos e relatos dos resultados adotará o método indutivo. Nas diversas fases da pesquisa, foi utilizada a técnica da pesquisa bibliográfica.

1 AUTONOMIA DO DIREITO

Nas democracias contemporâneas, o direito assume um grau de autonomia, ou seja, passa a ter uma outra composição, incorpora, na lei e na Constituição, as discussões que antes ficavam fora, como as amarguras do cotidiano, as questões morais etc. Isto ressalta o grau de autonomia que o direito tem.

Nesse ponto, merece destaque a peça Orestéia de Ésquilo[3]. Os gregos inventaram a democracia. E também a autonomia do direito. Lá, criou-se o primeiro tribunal.

Esta tragédia grega narra a história da maldição que atingiu o seio dos Átridas, o qual pertencia Agamêmnon, herói da guerra de Tróia, morto sorrateiramente por seu primo Egisto e sua esposa adúltera, após retornar vitorioso ao seu reino. Provocado pelo deus Apolo, Oreste, filho de Agamenon é induzido à vingança. Orestes retornou a Argos e assassinou Egisto e sua mãe Clitemnestra. Ao cometer um matricídio, Orestes deflagra a fúria dos Erínias, divindades das profundezas ctônicas (eram três: Alepho, Tisífone e Megera), responsáveis por castigarem todos que praticavam delitos de sangue.

Diante dessa situação, apavorado pelas deusas da vingança, Orestes recorreu a Atenas e pediu a instituição de um Tribunal para julgar o crime que ele havia perpetrado. Estabeleceu-se, o primeiro Tribunal com competência para julgar os crimes de sangue, protegendo a

[3]STRECK, Lenio. *Diretas Já no Judiciário é ponto para a democracia*. Senso Incomum - CONJUR. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>. Acesso em 1 de setembro de 2014.

autonomia do direito face aos reclames malévolos das deusas vingadoras, atualmente semelhantes aos clamores de cunho autoritário exercidas pelas maiorias, em nome de uma "opinião pública". Certamente, é uma previsão da modernidade. Quebra-se um ciclo. A mitologia mostra o primeiro modo de grau de autonomia do direito, quando se faz um julgamento e se institucionaliza o direito. Terminam as vinganças e a punição passa a ser realizada via tribunais.

A segunda manifestação da autonomia do direito pode ser atribuída a Hobbes, considerado o primeiro positivista que atribuiu à lei o papel de interdição entre a civilização e a barbárie.

A terceira pode ser vista, a partir do surgimento novo sujeito histórico da revolução francesa.

A quarta manifestação se deu no segundo pós-guerra, quando o direito assume um novo paradigma, após o seu fracasso em não controlar a questão dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana, a ocorrência de duas grandes guerras mundiais, genocídios etc. O direito volta de outro modo, pelas cláusulas pétreas, pela institucionalização da moral no direito (cooriginariedade), pelas teses de Constituição normativa (Ferrajoli), pela força normativa da Constituição (Konrad Hesse) e pela Constituição Dirigente (Canotilho). A constituição se transmuda em norma. O direito assume uma faceta de transformação social. O ideal de vida boa é incorporado nas constituições.

A partir de então, o vetusto positivismo que cindia direito e moral passa a ser, ou melhor, deveria passar a ser, superado pela tese da cooriginariedade entre direito e moral. As normas jurídicas e as normas morais são cooriginárias, pois uma não é legisladora para a outra, ou seja, não se pode apelar para o fundamento de uma procurando a normatividade da outra, pois ambas originam-se simultaneamente. Essa é a tese defendida por Habermas que defende que em sua origem, Direito e Moral mantêm relação de simultaneidade. Em seu procedimento, no entanto, o vínculo é de complementaridade recíproca. Conclui, o filósofo que:

> A relação complementar, no entanto, não significa uma neutralidade moral do direito. Pois o processo legislativo permite que razões morais fluam para o direito. E a política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base de fundamentação pós-metafísica" (HABERMAS, 1997, p.313)

A moral não pode ser corretiva. Moral não corrige direito, a relação é de complementariedade. Uma decisão jurídica não é uma questão de moral ou de filosofia moral. Dworkin, sabiamente, dizia que o Direito é o *branch* da moral.

Para ilustrar essa temática, trago um elucidativo exemplo do professor Lenio Streck, após leituras do escrito *o que fazer a coisa certa?* do professor de filosofia de Havard, Michael Sandell[4].

Em uma das passagens, Sandell pergunta: se você se encontra em um trem que tem pela frente cinco pessoas, mas há possibilidade de um desvio que pode ser feito, onde está um gordinho... qual seria sua conduta? E continua: e se você encontra-se em uma plataforma do trem e este irá matar cinco pessoas, que você pode salvá-las, arremessando o gordinho sobre os trilhos, parando, assim, a locomotiva. Certamente, no primeiro, as pessoas prontamente respondem que matariam o gordinho; na segunda, não, uma vez que teriam que jogá-lo nos trilhos. Mas enfim o que isso tem a ver com o direito?

Explico. Se você escolhe se mata ou não o gordinho, não está agindo como um jurista. O agente moral que realiza essa escolha não representa um juiz em sua tomada decisão, na qualidade de agente público. Já há um sistema (regras, princípios) que lhe antecede e lhe possibilita dizer algo. A resposta se há ou não o direito, o juiz irá desenvolvê-la de forma adequada a partir desse sistema (decidir). Não depende de uma escolha. Decidir não é o mesmo que escolher. Daí, a importância dos dois corpos do rei. A moralidade utilizada pelo jurista para argumentar, não é a sua moralidade privada (corpo natural), ou seja, aquela que controla as concepções pessoais. A moralidade pública (corpo político), em Estados democráticos, é baseada em um sistema de direitos. A tarefa do juiz não é a de fazer *escolhas trágicas*. Direito não é filosofia moral. Assim, não importa o que pensam os juízes, para que time torcem, ou suas preferências sexuais etc, as decisões não podem depender de suas idiossincrasias. É isso o que se chama de Direito democraticamente construído. Caso a democracia dependa de opiniões pessoais, teremos que rezar para que tenhamos "homens bons" conduzindo o Direito. E, como assevera o psicanalista Agostinho Ramalho Marques Neto, "Deus me livre da bondade dos bons"[5].

Mais que um pilar do Estado Democrático de Direito, a preservação do acentuado grau de autonomia conquistado pelo Direito constitui sua própria condição de possibilidade. Segundo Guastini, é também uma garantia contra o poder contramajoritário[6].

---

4 STRECK, Lenio. *Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?* Senso Incomum - CONJUR. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>. Acesso em 1 de setembro de 2014.

[5] MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão. Revista ANAMATRA*, São Paulo, n. 21, 1994, p. 50.

[6] STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.332.

É inegável que o direito possui, sim, elementos sociológicos, antropológicos, morais etc. No entanto, depois que o direito está posto, nesse cenário - onde predomina o paradigma do Estado Democrático de Direito, não podem vir a corrigi-lo.

2 RESPONSABILIDADE POLÍTICA

Recentemente uma conhecida marca de cerveja criou uma companha publicitária, na qual sugere um novo movimento "para quem não curte ficar dando explicação para tudo" -, denominado *porque sim.*

Em um dos comerciais exibidos na televisão, pergunta-se assim: "Por que você leva um guarda-roupa inteiro para uma viagem de fim de semana? *Porque sim*. Por que você vai à praia mesmo sabendo que vai está lotada? *Porque sim*.

Trata-se de uma resposta sem fundamento. Constitui uma "não-resposta". Termina-se o diálogo e institui-se o monólogo, dispensando qualquer tipo de racionalidade; é como se fosse um de anti-pensar. É uma expressão comumente usada em ambiente de sistemas autoritários, nos quais a ordem é imposta à força; e, bem como, no reino da ignorância, habitado por seres que não têm qualquer racionalidade.

Ora, porque sim não é resposta. Marcelo Tas, em quadro do programa Castelo Rá-tim-Bum da TV cultura nos idos da década de 90, já alertava sobre disso. O problema é que esse "princípio" do *porque sim* não é novidade entre os juristas. Na realidade, segundo André karam e Alexandre Morais da Rosa[7], há mais de dez anos, Heloísa Estellita e Helena Regina Lobo da Costa fizeram um judicioso artigo, publicado no Boletim do IBCCRIM (v. 133, p. 7-9, 2003) — com o título "Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um caso de aplicação de pena com fundamento no 'princípio' do *porque* sim!". Nesse belíssimo trabalho, descreveram uma gama de situações arbitrárias protagonizadas, principalmente, na aplicação da pena, pela Justiça Federal de Criciuma-SC e pelo TRF da 4ª Região.

Aqui entra a metáfora dos dois corpos do rei. Ora, em suas relações privadas (corpo natural), o juiz, apesar de constituir uma conduta néscia em que demonstra uma completa ausência de racionalidade, pode até utilizar o bordão *porque sim*, contudo, em sua vida pública (corpo político), isto é, no ato de decidir, é anti-democrático.

Decidir é um ato de responsabilidade política. Ele pode detestar ou adorar alguma coisa. Mas no momento do ato da decisão isto deve ficar suspenso (uma *epoché*). Democracia é isso. Esse é o magistério de Dworkin.

---

[7] TRINDADE, A, K; ROSA, A, M. *O porquê não ao "princípio" do porque sim! no Direito*. Diário de Classe. - CONJUR. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2014-fev-08/diario-classe-porque-nao-principio-porque-sim-direito>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

Para o jusfilósofo estadunidense, os juízes têm responsabilidade política, pois cumprem um papel que implica decisões assentada em argumentos de princípios. Ou seja, a responsabilidade política dos juízes é decidir de modo a reconhecer direitos, e não a criá-los a partir de argumentos subjetivos ou argumentos políticos (são as decisões do parlamento) ou "princípios" comprados na *bodega* da esquina, como, por exemplo, o *porque sim.* Há mais de uma década, Lenio Streck denuncia essa proliferação de princípios no direito brasileiro, cunhando esse movimento de *panprincipiologismo*[8].

Decerto, a Constituição de 1988 rechaçou o "princípio" do *porque sim,* ao assegurar expressamente, que todas as decisões serão fundamentadas (art. 93, IX). A acepção do dever de fundamentar as decisões disposto na Constituição Federal, acarreta necessariamente a justificação dessas decisões, pois, com elas, atingem os direitos fundamentais e sociais, além do importante fato, de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão é considerada um direito fundamental.

Há de se fundamentar a fundamentação[9].

Contudo, vale o alerta de David Ordónez Solís no sentido de que essa justificação há de ser realizada com esteio em razões e argumentos jurídicos[10]. Afinal, a responsabilidade política dos juízes se materializa na produção de decisões segundo o direito. Já dizia Dworkin, o que importa é o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que os juízes proporcionam das práticas jurídicas referentes ao direito da comunidade política[11].

Por sinal, o Tribunal Europeu de Direitos humanos considera, desde o precedente firmado em 1994, caso *Hiro Balani v. España, que* a motivação das decisões está atrelada ao direito dos cidadãos receber uma tutela judicial, fazendo parte de um direito fundamental a um processo equitativo, de maneira que as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão deste dever pode variar segundo a natureza da decisão e dever ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular.

Entretanto, prolatar decisões não implica represtinar vetustos problemas, como o de perquirir a vontade da lei, a vontade do legislador ou tampouco se utilizar de um poder discricionário (escolha). Ao revés, a decisão judicial deve considerar os fundamentos do Estado Constitucional, que tem como seu núcleo a democracia. Há de ter em vista o que se chama de

---

[8] STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2009, p. 517.

[9] Essa é lição desenvolvida por Streck em Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.339.

[10] ORDÓNEZ SOLIS, David. Derecho y Política. Navarra, Aranzadi, 2004, pp. 98 e segs.

[11]Dworkin, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, em especial o capítulo intitulado Hard Cases.

legalidade constitucional (Elias Díaz)[12]. É aquilo que Lenio Streck chama de respostas constitucionalmente (corretas), a quais apenas serão alcançadas a partir de um filtro pela teoria da decisão.[13]

Adverte-se ainda que decidir é diferente de escolher. Escolha" relaciona-se a gostos e opiniões, o que deve ser expungindo dos julgamentos, apropriada somente para o corpo privado do Juiz (alegoria dos dois corpos do rei). Por certo, escolha e subjetividade são irmãs siamesas. Escolha denota "discricionariedade". Na decisão, há algo que se antecipa, trata-se da compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito.

Além disso, não se pode dizer qualquer coisa sobre coisa, dar as palavras (da lei) o sentido que quer, como faz o personagem Humpty Dumpty, na obra de Lewis Carroll, Alice através do espelho. Explica-se: na narrativa, Alice se encontra com Humpty Dumpty e começam a discutir sobre a ideia de "desaniversário", pelo qual haveria 364 dias para recebimento de presentes em geral, mas apenas um dia para presentes de aniversário. Vejamos:

> Isto é a glória para você! – Não sei o que o senhor entende por "glória"... Humpty Dumpty sorriu desdenhosamente. – Pois claro que não sabe... enquanto eu não disser... Quero dizer que um de seus argumentos está destruído! – Mas "glória" não quer dizer "argumento destruído" - objetou Alice. **Quando eu emprego uma palavra** - replicou Humpty Dumpty insolentemente -, **ela quer dizer exatamente o que eu quero que ela diga, nem mais, nem menos**. – A questão é se o senhor pode fazer as palavras dizerem tantas coisas tão diferentes. – A questão é qual delas é a principal; isso é tudo! (CARROLL, 2008, p. 98, grifo nosso)

Portanto, observa-se que a palavra glória significa o que ele quer que ela signifique. Há um decidir sem qualquer fundamentação e sem *accountability*, em desrespeito. *Mutatis mutandis*, é o que ocorre no Brasil.

Os juristas não podem ser nominalistas como Humpty Dumpty. As palavras não dizem aquilo que o jurista deseja que elas digam! Interpretar/aplicar um texto não é criar um texto novo. A Constituição não pode ser apenas um espelho que reflete a vontade e por meio do qual se pode enxergar tudo aquilo que se almeja[14]. Ler o texto não pode ser apenas um exercício de concretização de interesses de seus leitores, que utilizam a linguagem do documento como espelho para refletir suas escolhas.

Uma das consequências dessa ausência de fundamentação é o grande número de embargos de declaração propostos diariamente no Brasil. Para ilustrar esse fenômeno, Lenio

---

[12] DIAZ, Elias. *Estado de derecho y derechos humanos*. Novos estudos jurídicos, Itajaí, ano I, n.1, p.16, jun.1995.
[13] STRECK, Lenio. Verdade e consenso, 2011, p. 327.
[14] TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p3.

Streck traz um bom exemplo de um processo, em trâmite no STF, com reiteradas decisões supostamente omissas, contraditórias e/ou obscuras:

> "E 222.752 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO (Processo físico) Recurso. Data de Julgamento.
> RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> 1.EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> 2.EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> 3.EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> 4.EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> 5.AG.REG. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> 6.AG.REG. NO AG.REG. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> 7.AG.REG. NO AG.REG. NO AG.REG. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
> 8.EMB.DECL. NO AG.REG. NO AG.REG. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (*ipsis literis*; pontuação do original do respectivo site; apenas coloquei a numeração de 1 a 8.)" (STRECK, 2014, p. 89).

Isso é o efeito *Humpty Dumpty*. Da utilização desenfreada do "princípio" *porque sim.* No Brasil, o Judiciário outorga às palavras os sentidos que desejam", culminando nesse volume de *aclaratórios*, os quais, por sinal, criam uma situação humilhante, pois funcionam como um instrumento pelo o qual o cidadão suplica ao decisor que este "valide" sua decisão ou, geralmente, esclareça a respeito dos fundamentos pelos quais perdeu ou ganhou a demanda. Com bem pontua Lenio Streck, é um absurdo admitir que uma decisão não fundamentadas seja "consertada", em clara manifestação do "jeito" no direito brasileiro – já criticada por Dante Moreira Leite, desde 1955. Ora, se a fundamentação é um dever fundamental do juiz e direito fundamental do cidadão, porque permitir que decisões com vícios sejam prolatadas? Por força, do art. 93, IX, da constituição, deveriam ser consideradas nulas. Por certo, uma decisão bem fundamentada, a partir de uma resposta constitucionalmente adequada, com a exigência da máxima justificação, ou seja, uma fundamentação da fundamentação, não reclamaria "esclarecimentos", sobre a razão de decidir nem dos argumentos de passagem (*dictum)* que não integram o *holding* da decisão.[15]

[15] STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.321.

3 SENTENÇA NÃO É UM ATO DE VONTADE.

Predomina ainda nas cadeiras das Universidades e no âmbito dos Tribunais a falácia que a interpretação feita pelos juízes é um ato de vontade, um produto da consciência do julgador, como se sentença viesse de *sentire*, o que ocasiona sempre uma situação arriscada, pois não depende de um *a priori* compartilhado ou de uma estrutura discursiva que respeite a tradição hermeneuticamente reconstruída.

A questão da vontade é um tema que sempre permeou discussões filosóficas, só para citar alguns grandes nomes que abordaram o assunto, Immanuel Kant (com a introdução de seu conceito de autonomia do direito) e Friedrich Nietzche (através do princípio epocal que criou a vontade do poder – *Wille zur macht*). Já, na esfera jurídica, ganha destaque o Jurista Hans Kelsen no uso da expressão "interpretação como ato de vontade", conforme podemos observar do famoso capítulo VIII de seu livro teoria pura do direito:

> (...) através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica". (KELSEN, 1999, p. 249).

Ao contrário do que se tem pregado pelo senso comum teórico, Kelsen não era um positivista primitivo (exegético), no sentido de defender uma pureza na aplicação da lei. O positivismo Kelsiano é denominado "normativista", em que o "juiz produz norma" e, na medida em que ele possui esse poder, o que ele decide vale – eis a questão do oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito.

Entretanto, ele não destruiu a tradição positivista até então construída: seu principal desiderato era reforçar o método analítico utilizado pelos conceitualistas, de modo a refutar o crescente desfalecimento do rigor jurídico difundido pela Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre, que favoreciam o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isto é realizado pelo jusfilósofo após perceber que a interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático.

Em Kelsen, a norma jurídica seria como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação; dentro de tal moldura, o juiz era livre para escolher o sentido da norma que melhor entendesse atribuir ao caso, pois a aplicação do direito era um ato de vontade[16]. Defendia esse ponto de vista para explicar a divisão de sua teoria pura do direito em dois níveis: o da ciência do direito – puro, límpido, neutro; já o segundo o da impureza, onde

[16] STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "Letra da Lei" é uma Atitude Positivista?. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, eletrônica, v. 15, n. 1, p.161 jan./abr. 2010.

se localiza a decisão judicial (*applicatio).* Kelsen aceitou a discricionariedade do intérprete, em nível de aplicação do direito, como sendo algo inexorável, justamente para salvar a pureza metódica (ciência do direito) que ficaria livre de subjetividade, axiologia, ideologia etc. Ele era um pessimista moral. Achava que os juízes não possuíam controle. Ele supera o positivismo exegético, mas abandona o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da "aplicação". É aí que assenta a "maldição" de sua tese.

O problema que toda essa discricionariedade transforma os juízes em legisladores. Isso fragiliza a autonomia do Direito conquistada, principalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito. Permitir a discricionariedade dos juízes constitui uma grande contradição para a própria teoria constitucional, que há séculos sempre concentrou seus esforços na elaboração de importantes mecanismos institucionais para o controle do poder. De *ex parte príncipe* passamos, de há muito, para *ex parte princípio*[17].

Não obstante, a discricionariedade ainda é defendida por autores que se julgam neoconstitucionalistas[18] e é frequente na jurisprudência[19].

Há literatura já antecipara essa problemática há mais dois séculos. Em 1604, Shakespeare, por exemplo, traz a peça medida por medida. Nela, conta-se que o Duque Vivêncio devido ao quadro de desordem e corrupção de costumes que acometiam Viena, transfere a seu amigo Ângelo o governo, simulando tirar um período de férias, em que visitaria a Polônia.

Eis que, certo dia o jovem Cláudio é preso, sob a acusação de ter fornicado com Julieta, sua namorada. Cláudio é condenado à morte por Ângelo e pede a sua irmã, Isabela, para que interceda por ele junto ao regente. Isabela tenta persuadir Ângelo, mas ele diz que nada pode fazer, uma vez não foi ele que condenou Cláudio, mas sim a lei.

Isabela volta no dia seguinte e insiste na liberdade de Cláudio, porém Ângelo se mantém irredutível. Contudo, enquanto falava, Ângelo percebe que Isabela – vestida com roupa de noviça – é uma bela moça e diz a ela que, se se deitasse com ele, seu irmão seria solto. De escravo da lei, Ângelo se transforma em "senhor dos sentidos da lei".

---

[17] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.27.

18 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 272 e ss.

[19] "... a sentença é um ato de vontade de juiz como órgão do Estado..." (TST, EDRR 6443/89, DJU 15/02/1991); "Sentença é um ato de vontade, de inteligência, experiência do juiz." (TJ/DFT, ACJ 287763620038070001, DJU 28/04/2004),

Nesse contexto, vale recordar ainda da peça teatral chamada O Círculo de Giz Caucasiano", escrita em 1944 nos Estados Unidos pelo alemão Bertolt Brecht, em que é contada a história de Azdak, escrivão de uma aldeia que, sem saber, termina salvando a vida do Grão-duque, fato que acarretou a sua nomeação como juiz.

A principal característica principal de Azdak é que ele decide como quer**,** sem respeito a qualquer norma ou critério. Não deve explicações a ninguém. Em um de seus julgamentos, para decidir o destino de uma criança, traça um círculo de giz e coloca as duas mães no meio, para lutar pelo infante, tal qual fez Salomão.

Uma crítica semelhante pode ser encontrada em uma obra do século XVI, quando François Rabelais, no seu "Gargantua e Pantagruel", invocou a figura do pitoresco Juiz Bridoye, cujo método de decisão baseava-se em um jogo de dados.

Cuidam-se, pois, de juízes que decidem como querem. Decidem "conforme sua consciência", sem qualquer respeito às regras postas. Consciência, subjetividade e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo assunto.

Isto, por sinal, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas nacionais. Em entrevistas, livros, artigos, por vezes, alguns juízes fazem questão de afirmar que "estão julgando" de acordo com sua consciência ou "seu entendimento pessoal" sobre o sentido da legislação. É o que se extrai do pronunciamento do então presidente do Superior Tribunal de Justiça, Min. Costa Leite, ao responder indagação acerca do racionamento de energia que atingia o país, no sentido de que, no momento do ato de decidir "o juiz não se subordina a ninguém, senão à Lei e à sua consciência"[20], bem como em relevante decisão do mesmo Tribunal nos autos de um Habeas Corpus:

> Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação de provas carreadas aos autos, podem valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados (STJ, HC 94826/SP, DJe 05/05/2008).

Esse mesmo Tribunal já asseverou que: "se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência". (STJ, HC 16706/RJ, DJ 24/09/2001).

---

[20]Entrevista disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=368&tmp.texto=68172>. Acesso em 1 de setembro de 2014.

Deste modo, ao adotar essas premissas, o juiz não se subordina a nada, a não ser a ele mesmo. Nem ao texto, nem à norma, nem à Constituição. Eis, aí, o decisionismo, fruto do positivismo normativista de Kelsen, onde a discricionariedade judicial impera: ao juiz é dado criar o direito, seja por meio da escolha, por um ato de vontade, do conteúdo que bem lhe aprouver dentro da "moldura semântica" (Kelsen).

> Ou seja, em ultima ratio, em plena vigência da Constituição de 1988, o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador. (STRECK, 2013, p. 26).

Porém, decidir pela consciência, além de perigoso, é retrógrado. Remete a um período pré-iluminismo. Vivemos em uma República. Nela, o primado é da Lei e não da vontade (e da pretensa consciência que lhe anima). Respeitar a lei não é um comportamento positivista. Sobre essa questão, Lenio Streck trata amiúde no artigo "Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?"[21]. Como afirma o emérito professor, "cumprir a letra [*sic*] da lei significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável". A normatividade é expressão da isonomia.

Aqui, mais uma vez, incide a teoria dos dois corpos do rei. Em seu corpo político, o juiz cumpre um papel, tem uma representação social e política, devendo obediência a um sistema (regras, princípios) que lhe antecede e lhe possibilita dizer algo. Nesse papel, não pode ser solipsista – *Selbstsüchtiger* - detentor de um imaginário ainda mergulhado na filosofia da consciência, que constrói seu próprio objeto de conhecimento legitima a discricionariedade judicial. Há conceitos que são compartilhados dentro de uma comunidade e não podem ser transmudados sem graves consequências democráticas. O texto não está à disposição do juiz, a fim de que ele lhe dê o sentido que melhor se enquadre a sua consciência.

Na realidade, o juiz somente pode, de forma lícita, afastar a aplicação de uma lei em seis hipóteses[22] : (a) quando ela for inconstitucional; (b) quando for o caso de resolução de antinomias (critérios de hierarquia, temporalidade e especialidade); (c) quando aplicar a "interpretação conforme à Constituição", ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição (neste caso, o texto de lei – entendido na sua "literalidade" – permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a

[21] STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "Letra da Lei" é uma Atitude Positivista?. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, eletrônica, v. 15, n. 1, p.158-173. jan./abr. 2010.
[22] STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.347.

Constituição); (d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal); (e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo); e (f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio constitucional que se revelar preponderante.

Fora desses casos, o texto se encontra dentro do espaço de confirmação do legislador democraticamente eleito, e o juiz a ele deve obediência, ainda que com ele não simpatize, que o julgue errado por quaisquer motivos ou que com ele não compactue.

Seguir ou não o texto, aqui, não é questão de gosto. Trata-se de respeito ao princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. É um princípio formal pois não determina nenhum conteúdo, somente estipula quem deve definir o conteúdo, enquanto princípio procedimental, reclama que as decisões importantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador eleito democraticamente, o qual possui legitimidade para tanto, e, como corolário, também "...ordena prima facie, seguir las decisiones del Legislador democráticamente legitimado." (BOROWSKI, 2000, p. 48).

Como se vê, é necessário compreender os limites e os compromissos hermenêuticos que exsurgem do paradigma do Estado Democrático de Direito. Se o juiz não é "boca da lei", também não é seu dono (Ângelo I e Ângelo II da peça Medida por Medida) nem livre para escravizar o texto e fazer dele o que quiser, atribuindo-lhe sentidos de forma arbitrária – como *Humpty Dumpt*, de Alice através do espelho – ou simplesmente afastando a aplicabilidade de regra constitucionalmente válida e democraticamente produzida. Não sendo caso de invalidade da regra, o texto deve ser aplicado pelo julgador, sob pena incorrer no odioso decisionismo.

4 COERÊNCIA E INTEGRIDADE DO DIREITO

Em um regime democrático, o magistrado faz escolhas somente em sua vida privada; no âmbito do Poder Judiciário, suas decisões devem lançar argumentos de coerência e integridade que emanam da própria comunidade e política, sujeitando-se sempre à supremacia constitucional. Essa é a doutrina do norte-americano Dworkin: As decisões devem obedecer a integridade e a coerência do Direito, que guardam uma essência ético-político em sua concretização, ou seja, são dotadas de consciência histórica (tradição) e consideram a facticidade do caso[23].

[23] HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, 2005, p. 90.

Para explicar sua teoria do direito como integridade, o jusfilósofo faz uma analogia com o processo de criação literária. Assim, o direito como integridade pode ser exemplificado por um "romance em cadeia"[24] – *chain novel*, no qual vários autores escrevem um romance em conjunto. O romance deve ficar o mais coerente possível e os autores devem pensar em qual interpretação daria maior significado tanto ao que já foi redigido, quanto ao que será escrito. Desta forma, ao continuar a "obra" do autor anterior, o escritor atual deverá analisar toda a história do romance e escrever de maneira a permitir que as pretensões da obra possam ser melhor escritas no futuro. Nesse passo, Dworkin evidencia que não se pode compor um romance sem levar em conta trajeto trilhado no pretérito. Contudo, caso não haja um exame minucioso dos seus propósitos futuros, ele poderá tomar outros rumos não queridos. Em suma, a prática jurídica e a crítica literária são tidas como um trabalho em cadeia em que a interpretação é o prolongamento de uma história institucional feita de inumeráveis decisões, estruturas, convenções e práticas.

A partir dessas premissas, Dworkin propõe uma *interpretação construtiva* em que a justificação deve atender aos princípios de moralidade política que (con)formam o Direito, obstando, desta forma, os juízes de incidir em qualquer forma de decisionismo. Defende que a norma do caso concreto precisa resultar de uma produção de sentido autêntica dentro da tradição[25] na relação de compatibilidade com o primeiro e maior referencial em nossa tradição jurídica: a Constituição.

Por sua vez, a coerência está associada a uma responsabilidade política dos juízes, enquanto autoridades políticas, no sentido que somente profiram as decisões políticas que possam justificar na ótica de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se dispõem a tomar. Interpretando Dworkin, Lenio afirma que coerência significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se propiciar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Existirá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para as hipóteses iguais; mas, mais do que isto, estará garantida a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

Assim, integridade e coerência caminham juntas com o desiderato de que os juízes utilizem aos novos casos o direito como interpretação (como produção de sentido no caso concreto), de maneira "que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas

[24] DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 285.
[25] Op. cit. p. 121.

normas".[26] Nessa senda, afastam-se decisões discrepantes com arrimo no suposto poder discricionário do juiz, de empregar artifícios que acabem, em última análise, constituindo simples exercício da vontade de poder.

Um exemplo da não aplicação dessa teoria, pode ser observada na decisão de 12 de maio desse ano, em que o ministro Joaquim Barbosa revogou para trabalho externo obtida por Delúbio Soares na Vara de Execuções Penais do Distrito Federal[27].

O fundamento adotado para justificar a impossibilidade de trabalho externo dos condenados na AP 470 foi a falta de cumprimento do requisito objetivo disposto no artigo 37 da Lei de Execuções Penais: a exigência do cumprimento de um sexto da pena. Ocorre que, há mais de uma década, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aceita a concessão de trabalho externo independentemente do cumprimento de um sexto da pena ou de qualquer outro lapso temporal. Entrementes, para contornar a jurisprudência consolidada, o ministro Joaquim Barbosa utilizou duas ementas do STJ — uma delas de 1998 e outra de 1991 —, bem como trouxe à baila um precedente isolado do ministro Eros Grau (HC 86.199/SP, de 2006), sem, no entanto, apresentar qualquer argumentação. Simplesmente se furtou de encarar a jurisprudência existente sobre o tema. É o famoso *porque sim!*

Há de ser aplicado, no caso, aquilo que Lenio Streck chama de *fator Julia Roberts*[28], em referência à personagem por ela interpretada no filme *Dossiê Pelicano*, que, surpreendendo o seu professor em Harvard, o interpela para afirmar que a Suprema Corte norte-americana ("The Supreme Court is wrong") errou no julgamento do famoso no caso *Bowers v. Hardwick.*

Eis o "fator Julia Roberts": sustentar/asseverar que o Tribunal Maior (ou qualquer outro tribunal) cometeu um erro. Na realidade, é uma forma de advertimos que a "doutrina deve voltar a doutrinar" e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária das decisões tribunalícias, o que, infelizmente, ainda ocorre no Brasil. Destaca-se, nesse ponto, a decisão do então ministro Humberto Gomes de Barros (AgrReg em ERESP 279.889), do Superior Tribunal de Justiça, em que afirmava para os quatros cantos da nação que: "Não me importam o que pensam os doutrinadores", importando, para ele, somente o que dizem os Tribunais...!

Com essa decisão do ex-ministro Joaquim Barbosa, retrocedemos aos capítulos iniciais do direito, quando a aplicação do dispositivo legal era de modo ainda literal. Como pondera

---

[26] Op. cit., p. 291.

[27] TRINDADE, A, K. O *dia em que o romance em cadeia virou cadeia sem romance*. Diário de Classe. - CONJUR**.** Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2014-mai-17/diario-classe-dia-romance-cadeia-virou-cadeia-romance >. Acesso em 10 de outubro de 2014.

[28] STRECK, Lenio Luiz. Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico. Vol.2 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.123.

André Karam, em cotejo a *chain novel* de Dworkin, no caso relatado," virou cadeia sem romance. E, com isto, o Direito perdeu sua integridade".

Por outro lado, existem também boas práticas, um exemplo é o novo código de processo civil. Com o acatamento de algumas sugestões propostas por Lenio Streck, o relator na Câmara Federal, deputado Paulo Teixeira (PT-SP) e juristas (Fredie Didier, Dierle Nunes) envolvidos no projeto, adotaram um detalhamento nas exigências de fundamentação e uma criteriologia no uso da jurisprudência, de modo a garantir um sistema com um acentuado grau de estabilidade, coerência e integridade das decisões judiciais[29].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal qual a metáfora de Kantorowicz – *dois corpos do rei*, o juiz também possui dois corpos. Em seu corpo político, o juiz não pode decidir conforme seus humores, pendores, desejos, crenças etc. Deve deixar de lado o seu outro corpo, o privado, o da razão prática, o de sua convicção moral. O juiz não é uma *persona gemina.* Além disso, a moral não corrige o direito, são cooriginários.

Em uma democracia, a sentença ou acórdão não deve ser fruto da vontade individual, do sentimento pessoal do decisor, como queria Kelsen e os juízes Ângelo e Azdak. Fora de seu corpo físico, há uma responsabilidade política (*accountability*) dos juízes e tribunais, representada pelo dever de justificar suas decisões com base em argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais (Dworkin), em consonância ao artigo 93, inciso IX, da CF. Assim, não se pode dizer qualquer coisa sobre coisa, dar as palavras (da lei) o sentido que quer, como faz o personagem *Humpty Dumpty*, na obra de Lewis Carroll, Alice através do espelho, como se existisse um grau zero de sentido.

Além disso, sentença não vem de *sentire*, tampouco decidir é igual a escolher. Escolhas são da ordem prática, relaciona-se a gostos e opiniões, denota discricionariedade, apenas apropriada para o corpo privado do Juiz. Decidir é ter comprometimento com as determinações constitucionais e, ainda, com a integridade e a coerência do Direito.

A atuação no Poder Judiciário é superior à esfera privada do juiz. Há que se ter uma clara separação entre *os dois corpos do juiz*. Esse é o compromisso que todo magistrado deve assumir numa república democrática. Agindo desta forma, o poder judiciário conseguirá dar

[29] "art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

uma resposta constitucional mais adequada para cada situação concreta. Trata-se de direito fundamental de todo cidadão.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAZ, Elias. *Estado de derecho y derechos humanos. Novos estudos jurídicos*, Itajaí, ano I, n.1, p.16, jun.1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Borba. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias. La ley del más débil***.** *Introdución de P. Andrés*. Trad. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2v., 1997

_____. La lógica de las ciencias sociales. In. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 2007.

_____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso.* Tradução Manuel Juménez Redondo. 3. ed. Madri: Trotta, 2001 (Coleção Estructuras y Procesos).

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo***.** *Parte I*. Trad. Márcia Cavalcanti. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GUASTINI, RICCARDO. *Das fontes às normas***.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: O Juiz Cidadão*. Revista *ANAMATRA*, São Paulo, n. 21, 1994, p. 50.

STRECK, Lenio Luiz. *A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. In: Vinte anos da constituição federal de 1988**.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. *Aplicar a "Letra da Lei" é uma Atitude Positivista?. Revista Novos Estudos Jurídicos*, eletrônica, v. 15, n. 1, p.161 jan./abr. 2010.

_____; MORAIS, Luis Losé Bolzan de. C*iência política & teoria do estado***.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. Vol1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico.* Vol2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Diretas Já no Judiciário é ponto para a democracia*. Senso Incomum - CONJUR**.** Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>. Acesso em 1 de setembro de 2014.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.321.

_____. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito?* Senso Incomum - CONJUR. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>. Acesso em 1 de setembro de 2014.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

_____. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.p3.

TRINDADE, A, K. O *dia em que o romance em cadeia virou cadeia sem romance*. Diário de Classe. - CONJUR**.** Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2014-mai-17/diario-classe-dia-romance-cadeia-virou-cadeia-romance >. Acesso em 10 de outubro de 2014.

_____; ROSA, A, M. *O porquê não ao "princípio" do porque sim! no Direito*. Diário de Classe. - CONJUR. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2014-fev-08/diario-classe-porque-nao-principio-porque-sim-direito>. Acesso em 10 de outubro de 2014.