

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS**



**JÉSSICA DE MELO ALVES**

**LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO NO ÂMBITO DO STF: UMA ANÁLISE  
ENTRE A SUBJETIVIDADE E A ARBITRARIEDADE NA ADO 26**

**UBERLÂNDIA**

**2024**

JÉSSICA DE MELO ALVES

**LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO NO ÂMBITO DO STF: UMA ANÁLISE  
ENTRE A SUBJETIVIDADE E A ARBITRARIEDADE NA ADO 26**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito de graduação da Universidade Federal de Uberlândia como requisito para aprovação no TCC 2.

Orientador: Prof. Alexandre Garrido da Silva

UBERLÂNDIA

2024

## **LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO NO ÂMBITO DO STF: UMA ANÁLISE ENTRE A SUBJETIVIDADE E A ARBITRARIEDADE NA ADO 26**

### **RESUMO**

No presente artigo pretende-se realizar uma análise sobre os limites da discricionariedade dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) em suas tomadas de decisões no âmbito do poder judiciário, sob o enfoque no exame entre a subjetividade e possibilidade de arbitrariedade. Partindo do conceito de discricionariedade, serão abordadas questões quanto ao procedimento de justificação durante os julgamentos do STF e como isso pode refletir na segurança jurídica do Brasil. O presente trabalho partirá da premissa de que a subjetividade é inerente ao julgador, entretanto, ao tomar decisões, é crucial que não sejam fundamentadas apenas baseando em suas inclinações pessoais, pois é imprescindível analisar os limites legais para evitar decisões arbitrárias no âmbito da Corte Suprema. Para isso, será realizado um exame sob um enfoque retórico, partindo de uma perspectiva jurídica ampla, através da análise jurisprudencial da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do estudo de diversas bases teóricas, considerando a atividade argumentativa decorrente da interpretação hermenêutica-epistemológica no processo judicial.

**Palavras-chave:** Arbitrariedade. ADO 26. Discricionariedade. Limites. STF. Subjetividade.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>4</b>
<b>2. A DISCRICIONARIEDADE NO ÂMBITO DO STF.....</b>	<b>6</b>
<b>3. A SUBJETIVIDADE INERENTE AOS MINISTROS DO STF.....</b>	<b>14</b>
<b>4. LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO NO CONTEXTO DO STF: UMA ANÁLISE SOBRE A ARBITRARIEDADE.....</b>	<b>20</b>
<b>4.1 A arbitrariedade a partir do exame dos limites do poder discricionário no julgamento da ADO 26.....</b>	<b>23</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>29</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>31</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, ao examinar os limites do poder discricionário no âmbito do Supremo Tribunal Federal, partindo da análise entre a subjetividade e arbitrariedade em suas decisões, é necessário avaliar o contexto em que essa problemática está inserida. Além disso, é imperioso elucidar os principais conceitos relacionados ao assunto, a fim de facilitar a compreensão do tema e das questões centrais que o envolvem.

Insta salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF) é a cúpula máxima do Poder Judiciário brasileiro. Compete a este órgão, denominado guardião da Constituição, a defesa da Carta Magna e o julgamento dos casos de constitucionalidade e inconstitucionalidade, atuando como última instância de recursos. Considerando essa premissa, as decisões do STF têm um impacto significativo na sociedade brasileira, justificando assim a importância de uma análise crítica dos limites do seu poder decisório.

No que diz respeito à discricionariedade judicial, cumpre ressaltar que, diante da ausência de objetividade absoluta no comando legal, os magistrados detêm a prerrogativa de exercer sua liberdade na tomada de decisões nos casos concretos, desde que observado o devido processo legal. Portanto, em hipóteses bastante específicas, os ministros do STF devem atuar com discricionariedade atentando às limitações legais.

Nesse contexto, as decisões dos ministros nos casos em que demanda o exercício da discricionariedade devem ser fundamentadas nos preceitos legais e nos princípios que regem o sistema jurídico brasileiro, visando, sobretudo, resguardar a segurança jurídica nos seus julgamentos. É relevante salientar que, ao deliberar sobre determinada questão, os ministros tomam suas decisões conforme suas próprias inclinações pessoais e, desde que priorizem o respeito aos limites estabelecidos pela legislação, o fato de serem sujeitos à influências internas não compromete a integridade do direito no Brasil.

Posto isso, traz-se à tona a noção de subjetividade no contexto jurídico, sendo fundamental compreender que nas atividades de aplicação e interpretação do direito o raciocínio moral e as considerações individuais dos ministros compõem sua metodologia hermenêutica. Por si só a predisposição para julgar não é um problema, desde que as decisões sejam bem fundamentadas, conforme a determinação legal.

Nesse sentido, é inquestionável que os julgamentos são influenciados por interferências das propensões individuais dos ministros, entretanto, é necessário cuidado para que essa subjetividade do julgador não seja utilizada como mecanismo de arbitrariedade no

poder jurisdicional, sob pena de ameaça a segurança jurídica do sistema democrático brasileiro.

Assim sendo, o cerne da questão entre a subjetividade e a possibilidade de arbitrariedade por parte dos ministros do STF reside na necessidade de prezar pela fundamentação legal e pela observância dos limites impostos pelos ditames processuais. A partir dessa premissa, o presente trabalho visa analisar os riscos decorrentes da inobservância das limitações do poder discricionário desse órgão de cúpula do poder judiciário, uma vez que tal situação pode comprometer a integridade de toda ordem jurídica do país.

Ao considerar a magnitude dos reflexos das decisões judiciais proferidas pelo STF no Brasil, destaca-se que este Tribunal é alvo de inúmeras críticas em relação a sua atuação discricionária. Há várias indagações de juristas e de parcela da sociedade em que é questionado se as decisões dessa cúpula são pautadas na legalidade ou se há resquícios de arbitrariedade que possa afetar a segurança jurídica nacional.

Nesse contexto, o presente artigo abordará temas de grande relevância e debate, especialmente na comunidade jurídica do Brasil. Dentre diversas decisões passíveis de análise no que concerne a discricionariedade dos ministros do STF, será examinada de forma concisa a decisão proferida pelo Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, que criminalizou a homotransfobia equiparando este crime ao racismo. Considerando que esse julgado foi alvo de inúmeras críticas, justifica sua apreciação neste estudo a partir da compreensão do liame existente entre a discricionariedade e arbitrariedade do julgador.

Além disso, visando coibir abusos e autoritarismos por parte desta corte, diante dos amplos reflexos das decisões do órgão de cúpula do poder judiciário e dos diversos julgados considerados arbitrários por parte dos juristas brasileiros, torna-se crucial realizar a promoção de articulações e amplas discussões em relação ao poder arbitrário dos ministros do STF para assegurar a segurança jurídica e o Estado de Direito.

Ademais, a pesquisa em tela examinará diversas bases bibliográficas e conceitos de suma relevância para o tema. Considerando que este artigo parte do exame dos limites do poder discricionário no âmbito do Supremo, pretendendo obter uma compreensão mais abrangente da problemática em questão, é de grande interesse realizar uma análise comparativa de diferentes fontes doutrinárias. Portanto, para embasar a fundamentação teórica, o trabalho terá como referência obras de renomados doutrinadores, a título exemplificativo cita-se Luiz Cademartori, Di Pietro, Ronald Dworkin, Riccardo Guastini e Hart.

Com base nos pressupostos apresentados, a presente pesquisa oferece uma compreensão mais aprofundada e crítica do papel dos ministros do STF no sistema judiciário brasileiro. Ao analisar os desafios associados à discricionariedade neste contexto, especialmente sob o enfoque das premissas existentes entre a subjetividade e arbitrariedade do julgador, este tema revela sua relevância científica, social e jurídica, ao passo que possibilita a cobrança por decisões mais consistentes e fundamentadas, contribuindo assim para o fortalecimento da segurança jurídica e o aumento do grau de previsibilidade no âmbito do Estado Democrático de Direito, o que tem um impacto direto na sociedade como um todo.

## **2. A DISCRICIONARIEDADE NO ÂMBITO DO STF**

Ao analisar os limites do poder discricionário no âmbito do STF, é necessário compreender como esse tribunal atua no sistema jurídico brasileiro. Este órgão de cúpula representa a instância máxima do poder judiciário no Brasil e sua principal função é realizar a guarda da Constituição Federal, sendo responsável pelo julgamento de ações de constitucionalidade e inconstitucionalidade, dentre outras importantes atribuições.

Conforme o art. 92, §2º, da Constituição Federal, o STF possui jurisdição em todo território nacional, o que justifica a relevância de analisar suas decisões considerando seus amplos reflexos na sociedade brasileira. Sendo assim, levando em conta sua competência para preservar os ditames constitucionais, esse órgão possui um papel de suma relevância para o desenvolvimento da democracia no Brasil.

Nesse contexto, o STF possui um numeroso rol de competências e atribuições no sistema jurídico brasileiro. A compreensão das funções deste órgão é fundamental para examinar seus poderes e os limites de suas ações. Dessarte, destaca-se que o STF, assim como os demais órgãos do poder judiciário, possui a liberdade de exercer a discricionariedade em sua atuação e, sendo assim, torna-se imprescindível analisar os limites dessa prerrogativa no âmbito do direito nacional.

Em síntese, a discricionariedade no âmbito do poder judiciário pode ser compreendida como a liberdade dos magistrados para proferirem as decisões no caso concreto quando há ausência de objetividade absoluta do aplicável comando legal. Esse mecanismo é de grande relevância para o sistema jurídico, entretanto, é necessário salientar que o direito brasileiro admite a discricionariedade com certa limitação. Nesse sentido, Bruno Almeida afirma que

“não há como admitir a existência da discricionariedade judicial sem, antes, aceitar que o Direito possui limites.”<sup>1</sup>

Em um contexto geral na esfera pública, a atividade discricionária, de acordo com Luiz Cademartori<sup>2</sup>, consiste na faculdade outorgada à autoridade pública para que ela possa agir com certa liberdade de escolha frente às medidas a serem adotadas em determinadas circunstâncias, onde a norma jurídica determine explícita ou implicitamente, desde que em consonância com os parâmetros normativos.

No campo do direito brasileiro há pensamentos diversos quanto à possibilidade de aplicação de discricionariedade no sistema judicial. Há inúmeros juristas que criticam o poder discricionário no Brasil, negando que os magistrados possam criar qualquer direito, outros doutrinadores admitem certo poder criativo dos magistrados de forma limitada e há, ainda, quem apoie a discricionariedade baseada em um amplo poder de criação do direito por parte do magistrado visando a adequação das normas aos fatos.

O renomado jurista brasileiro Celso de Mello acolhe a ideia de que não só é possível a aplicação da discricionariedade no âmbito da administração pública, mas é necessária e não pode ser negada ou suprimida. Segundo o autor, o poder discricionário é fundamentado na liberdade para adequar as normas e atos administrativos ao caso concreto e na regulação das decisões sobre o que não pode ser previsto especificamente. Nesse sentido, ele destaca que:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de suprir o dever de adotar a solução mais adequada a satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>3</sup>

No sistema jurídico brasileiro, é essencial a observância estrita do que está prescrito na legislação, conforme estabelecido no caput do art. 37 da Constituição, que trata do princípio da legalidade na administração pública. Dentro desse contexto, no que diz respeito à

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Teoria do Direito. Discricionariedade judicial e teoria do direito. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013. p. 56

<sup>2</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional no Estado Constitucional e Democrático de Direito. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000. pg. 3

<sup>3</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

discricionariedade dos ministros do STF, é crucial que atuem em conformidade com as leis em vigor, contudo, diante da ausência de objetividade das normas expressas, para resolver algumas demandas, esses julgadores podem se valer de certa margem de liberdade para proferirem suas decisões, sempre com base nos princípios legais. Nesse sentido, Almeida<sup>4</sup> aponta que “Por mais reprovações que existam na atualidade, é uma tarefa impossível eliminar a discricionariedade quando se está diante de normas com alto teor de imprecisão, vagueza, generalidade.”.

Destaca-se que a discricionariedade judicial tem como base o princípio da juridicidade, sendo este um desdobramento do princípio da legalidade, que busca a conformação do ato administrativo como parâmetro não somente a lei em sentido estrito, mas também os valores em colisão em determinado caso. Carmem Rocha<sup>5</sup> trata sobre esse princípio, ressaltando sua finalidade de promover a Justiça Social. Dessa forma, ela destaca que o julgador deve levar em consideração os valores presentes na legislação pátria ao exercer sua função decisória.

Apesar das divergências doutrinárias quanto à possibilidade de “criação do direito” por parte dos julgadores, é inegável entre os diversos estudiosos do direito que as normas jurídicas não conseguem prever todas as situações possíveis de direito nos casos em concreto. Conseqüentemente, em algumas circunstâncias, os magistrados precisam interpretar a legislação de forma abrangente, adequando-a em suas decisões para suprir as lacunas legais. O próprio ordenamento jurídico, no caput do art. 140 do CPC, aborda a possibilidade e a necessidade de se utilizar a discricionariedade nos julgamentos: “Art. 140 O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”<sup>6</sup>

Nesse sentido, ao analisar o poder discricionário dos ministros do STF, é necessário partir de uma compreensão mais ampla da natureza do Direito, que visa alcançar a adequação das normas aos fatos sociais. Mesmo com o extenso conteúdo da Constituição Federal brasileira, é evidente que existem certas omissões que devem ser consideradas, dada a inviabilidade de que a legislação antecipe todos os casos em que haja a necessidade de deliberação.

Diante da limitação de a lei abordar de forma específica os inúmeros casos possíveis, a teoria da textura aberta do direito tem sido amplamente discutida na doutrina nacional e

---

<sup>4</sup> ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Teoria do Direito. Discricionariedade judicial e teoria do direito. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013. p. 61.

<sup>5</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

<sup>6</sup> BRASIL. L13105. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil.

internacional. Segundo essa teoria, quando as normas jurídicas apresentam indeterminações linguísticas, é incumbência do julgador interpretá-las de forma extensiva para resolver uma demanda específica.

Hart revolucionou o direito ao apresentar a teoria da textura aberta do direito, tratando, sobretudo, a respeito do poder discricionário no âmbito do poder judicial. Para o autor, os tribunais podem exercer uma função criadora do Direito, considerando as questões abertas que o permeiam. Nesse sentido, ele destaca que,

textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso<sup>7</sup>.

Essa teoria, entretanto, não é consensual entre os diversos doutrinadores da área do direito. Nesse sentido, vale destacar que Guastini<sup>8</sup> também trata sobre essa questão. Ao seu ver, as decisões das cortes constitucionais parecem dispor de um poder legislativo não só “negativo”, mas também “positivo”. Ele observa que algumas decisões constitucionais não se limitam a “declarar” o direito constitucional existente, mas introduzem novas normas de ordem legislativa no sistema jurídico. Para Guastini, “essas normas são consideradas como normas de modo algum novas, mas implícitas na Constituição (“escondidas” no texto ou no espírito da Constituição).” Portanto, fica subentendido que os magistrados têm o poder discricionário de deliberar sobre normas implícitas nos princípios constitucionais.

Por outro lado, Dworkin trata a discricionariedade dos magistrados de maneira mais restrita, disciplinando que não é possível decisões meramente objetivas por parte do julgador, devendo ser fundamentadas com coerência e imparcialidade. Para este doutrinador, quando algumas questões vão ao tribunal, há a exigência de que a decisão seja, ao mesmo tempo, específica e calcada em princípios. Devem ser decididas pormenorizadamente, na sua plena complexidade social e fundamentada como a emanção de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça, considerando que isso é o que o “império da lei” realmente significa.

Apesar das discussões sobre os limites do poder discricionário no âmbito do poder judiciário, é consensual entre os diversos doutrinadores de que em determinadas questões há a necessidade de uma posição mais ativa dos magistrados quando as normas carecem de objetividade. Considerando o que dispõe a legislação, a visão de Dworkin é a que mais se

---

<sup>7</sup> HART, H.L.A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª Edição, p. 148.

<sup>8</sup> GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

adequa ao sistema jurídico brasileiro, considerando que ele preza pela necessidade de fundamentação e imparcialidade do julgador.

Neste sentido, destaca-se que o art. 4 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro dispõe que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Assim, o julgador tem permissão para realizar uma interpretação ampla na ausência de clareza normativa, utilizando os recursos permitidos pelo direito brasileiro para decidir sobre o caso específico. Quanto a isso, Bruno Almeida disciplina que,

Constituições como a brasileira possuem a peculiaridade histórica de exigirem que o juiz aplique diversas normas extrajurídicas com conteúdo de boa moralidade. Princípios reconhecidos por uma fonte social (Constituição) como a dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, da igualdade material, da moralidade administrativa, nada mais são do que mandamentos de que o magistrado, quando os fatos sociais esgotam-se, saia dos terrenos do Direito para realizar as melhores considerações morais possíveis, usando de seu poder discricionário para criar o Direito nessas situações. Esse Direito criado será usado, em casos futuros, como Direito preexistente assentado em outra fonte social – a jurisprudência.<sup>9</sup>

Ademais, destaca-se que ainda que seja utilizada essa interpretação extensiva pelos julgadores com base em analogias, costumes e princípios gerais de direito, é preciso que a decisão seja devidamente fundamentada para garantir que não seja mero exercício arbitrário do magistrado. Nesse sentido, a legislação é enfática em destacar a necessidade de fundamentação de quaisquer decisões judiciais, conforme verifica-se na disposição do art. 93, IX, da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

**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;

---

<sup>9</sup> ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Teoria do Direito. Discricionariedade judicial e teoria do direito. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013. p. 59-60.

A vista disso, a discricionariedade nos julgamentos da Suprema Corte possui limites. Os ministros devem agir com observância a necessidade de fundamentação, respeitando o devido processo legal e buscando pela justiça. Nos moldes do art. 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, o juiz só poderá decidir com base nestes valores abstratos com a devida motivação, considerando sobretudo as consequências práticas da referida decisão:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Em síntese, o poder discricionário no âmbito do STF diz respeito à competência dos Ministros para julgar determinados casos específicos, considerando os critérios de conveniência e oportunidade, desde que seja dentro do limite da legalidade e em conformidade ao princípio da finalidade do direito, que visa a busca da justiça e a satisfação do interesse público.

Quanto a isso, Celso de Mello esclarece que a margem de liberdade de atuação concedida pelo poder discricionário deve estar intrinsecamente relacionada à realização da finalidade legal. Assim, quando não houver uma solução clara para uma situação vertente, o julgador deve agir de maneira razoável visando alcançar esse objetivo.

Para mais, a discricionariedade dos ministros do STF deve ser analisada a partir do exame da atividade hermenêutica do julgador, considerando que suas decisões decorrem não somente da aplicação direta da lei, mas especialmente da interpretação legal. A hermenêutica jurídica tem suma relevância para o direito brasileiro, sendo esta a área do direito responsável por tratar sobre a interpretação das normas legais, desenvolvendo métodos para sua devida compreensão.

Considerando isso, os ministros do STF no ato de julgar determinadas questões são intérpretes da legislação e podem utilizar de elementos textuais e extratextuais para chegar a determinada conclusão. Ocorre que, nessa condição, o julgador está sujeito a pluralidade de soluções e involuntariamente tende a julgar conforme seu entendimento do que entende por justiça naquele caso. Nesse sentido, Marly Fernandez e Atahualpa Fernandez apontam que essa interpretação se trata de um jogo entre vínculo e liberdade:

A interpretação é, em efeito, um espaço de jogo entre vínculo e liberdade, entre rigidez e flexibilidade, entre lógica do provável e do razoável por um lado, e lógica do necessário e do constritivo por outro, quer dizer, um espaço dentro do qual é certamente possível uma pluralidade de soluções alternativas, ainda que isso não signifique em absoluto que todas as interpretações sejam igualmente legítimas: e dado que não existe certezas demonstrativas nem verdades empíricas, somente a argumentação, entre as distintas hipóteses interpretativas possíveis, pode orientar no sentido de uma interpretação satisfatória e razoável, no sentido de eleições prudentes e responsáveis, guiadas por “boas razões”, que sirvam às nossas intuições e emoções morais e à justiça e não as traicionem.<sup>10</sup>

Esses juristas tratam sobre a questão da legitimidade da interpretação, considerando, sobretudo, a necessidade de prudência na análise e julgamento nas causas de direito. Eles destacam que todo ser humano está predisposto à prejulgar, e o fato do raciocínio moral interferir nas decisões judiciais não é, por si, um problema, mas deve fazer parte da justificação da decisão, haja vista que a pré compreensão constitui um processo unitário na metodologia hermenêutica.

Quanto a isso, destaca-se que parte desse pensamento está em consonância com a legislação que disciplina sobre a necessidade de fundamentação da decisão. Ocorre que fundamentar sobre o raciocínio moral do julgador, ao considerar as influências do subconsciente, pode ser um grande impasse levando em consideração que nem sempre é possível que o ministro explique de forma clara e objetiva o porquê de optar por interpretar determinada questão daquela maneira.

Contudo, esse óbice para justificar as decisões tomadas em decorrência das convicções do julgador e de sua compreensão de justiça não pode ser utilizado como fundamento para proferir decisões meramente arbitrárias. Para resolver essa questão, é preciso buscar o equilíbrio calcado no que determina a legislação nas hipóteses em que couber a discricionariedade: a decisão deve ser fundamentada e motivada nos costumes do direito, analogias ou princípios, respeitando, sobretudo, o devido processo legal.

Ao abordar essa questão, torna-se evidente e inegável que há a influência da subjetividade do julgador no processo decisório. A moralidade pessoal e o inconsciente de quem julga acaba por induzir a forma como determinado tema é interpretado e determinada norma é aplicada. Portanto, este trabalho tem como foco analisar o que baliza o poder

---

<sup>10</sup> FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. *Hermenêutica jurídica: mente, cérebro e “prejuízo”*. Migalhas, 2008. pg. 20.

discricionário no âmbito do STF, a partir da compreensão da subjetividade dos ministros e dos limites de sua atuação, visando evitar o exercício de meras arbitrariedades nas decisões desta corte de cúpula.

O STF como o órgão que representa a instância máxima do Poder Judiciário no Brasil desempenha um papel central nas questões de interpretação da Constituição e do ordenamento jurídico, o que justifica a importância da análise de seu poder discricionário. Insta destacar que seus julgamentos possuem amplos reflexos na sociedade brasileira e geram intensos debates em torno de possíveis abusos no exercício de suas deliberações.

Com a crescente visibilidade do STF e de suas decisões em decorrência da ampla publicidade e intervenção midiática nas últimas décadas, esse órgão que representa a instância máxima do poder judiciário tem sido alvo de inúmeras críticas e questionamentos sobre os limites de seu poder decisório. A discricionariedade dos ministros, por vezes, é associada ao ativismo judicial e possibilidade de arbitrariedade, tornando fundamental examinar essas acusações sob o ponto de vista das limitações de atuação da Suprema Corte.

Ao considerar que o STF julga matérias de âmbito nacional, tendo em vista que é responsável pela preservação dos ditames constitucionais, a análise de seu poder discricionário a partir da perspectiva da segurança jurídica do país é de suma importância. As decisões desse órgão de cúpula têm o potencial de afetar diretamente toda população brasileira. Além de seus julgados possuírem repercussão nacional por tratar sobre questões que versam sobre a Constituição Federal, essa corte também possui o poder de vincular determinadas decisões aos demais órgãos do poder judiciário através de suas Súmulas Vinculantes.

Posto isso, ao considerar a possibilidade de que os ministros do STF ultrapassem os limites de seu poder discricionário, todo sistema jurídico brasileiro fica comprometido. Esse órgão é responsável por criar as principais jurisprudências pátrias e é crucial para dar legitimidade ao poder judiciário. Portanto, faz-se necessário examinar as diversas alegações de decisões arbitrárias dos ministros deste tribunal, uma vez que toda segurança jurídica do país é colocada em xeque.

Diante do exposto, é preciso analisar a discricionariedade sob uma perspectiva ponderada. Levando em conta a impossibilidade de que o ordenamento pátrio aborde especificamente sobre todas as questões passíveis de julgamento, o poder discricionário dos ministros do STF é essencial para o exercício de sua função decisória. Desde que as decisões sejam fundamentadas em costumes, analogias ou princípios jurídicos, prezando pela

finalidade legal, a discricionariedade permite que o julgador delibere sobre diversas questões mesmo diante de lacunas legislativas.

Portanto, a discricionariedade é um importante mecanismo para o poder judiciário e é digna de análise. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo examinar o poder discricionário dos ministros do STF, especialmente a partir do exame dos limites de suas atuações. É imprescindível compreender o contexto em que essa questão se insere e elucidar os conceitos fundamentais relacionados ao tema.

Sendo assim, a partir do propósito de investigar os limites da discricionariedade no âmbito do STF, este artigo trata essa questão de forma pormenorizada, levando em consideração as principais nuances do tema. Quanto a isso, é importante ressaltar que essa liberdade de decisão possui uma linha tênue entre a subjetividade do julgador e a possibilidade de arbitrariedade. Visando evitar decisões que comprometam o sistema jurídico brasileiro, é preciso compreender esses conceitos e buscar decisões devidamente fundamentadas e motivadas, conforme determina a legislação.

Este tribunal, na qualidade de instância máxima do Poder Judiciário brasileiro, possui um papel fundamental na preservação da Constituição e, por conseguinte, na consolidação do Estado Democrático de Direito. Diante disso, torna-se essencial realizar uma análise cuidadosa para delimitar sua atuação. Dessarte, o trabalho em tela visa contribuir para o desenvolvimento da integralidade do sistema jurídico nacional, através da compreensão das diferenças existentes entre a subjetividade do julgador e entre o exercício arbitrário no processo decisório, levando em consideração as restrições impostas ao poder discricionário dos ministros do STF.

### **3. A SUBJETIVIDADE INERENTE AOS MINISTROS DO STF**

Visto que os ministros do STF possuem o denominado poder discricionário para proferirem suas decisões quando não há norma objetiva aplicável no caso concreto, o processo de julgamento acaba por permitir uma interpretação mais ampla do direito. É necessário observar, entretanto, que essa liberdade decisória possui determinados limites calcados na lei, haja vista que a legislação exige que as decisões sejam devidamente fundamentadas e, para isso, os ministros devem se valer de vários mecanismos, como as analogias, costumes e princípios gerais de direito.

Sendo assim, os votos dos ministros não se limitam à mera aplicação do direito, uma vez que o processo de julgamento de determinada questão decorre da interpretação da norma

jurídica. Nesse contexto, é importante destacar que em alguns casos existem infinitas possibilidades de decisões judiciais, considerando as inúmeras opções de analogias, costumes e princípios do direito que podem ser aplicados a determinado caso.

Portanto, quando a lei for omissa e houver a necessidade de que o julgador exerça sua discricionariedade, ele possui a liberdade de optar pela aplicação de determinado mecanismo de frente a outro. Nesse sentido, Lenio Streck disciplina sobre a existência de várias respostas para um mesmo caso concreto:

Confundir o conhecimento ("processo" compreensivo) com o modo de explicitação desse conhecimento (justificação do compreendido) implica colocar-nos diante de um dilema, representado pelo problema da escolha ou da "melhor escolha" de um standard de racionalidade, como bem alerta Stein: nenhuma filosofia vem para ornamentar um discurso jurídico e nem servirá de refúgio para as perplexidades nascidas dos limites e das tentativas de fundamentação. Esse problema, aliás, aparece fortemente na dogmática jurídica praticada no Brasil, mesmo naquela que se pretende mais crítica, ao admitir a possibilidade da existência de várias respostas para um mesmo "caso concreto", ainda que diferentes juízes sigam o mesmo procedimento.<sup>11</sup>

No que tange às infinidades de possibilidades decisórias nos casos em que se exigir o exercício da discricionariedade, Schauer<sup>12</sup> aponta que, por um lado, há um cuidado excessivo na argumentação, mas de outro, continuam existindo possibilidades decisórias igualmente bem fundamentadas, que apontam para lado diverso. Sendo assim, há a completa e fatal inexistência de critérios seguros para dizer que uma das decisões possíveis é legalmente incorreta.

Nesse sentido, Schauer traz uma resposta interessante para essa questão, para ele pode-se dizer que, por um motivo ou outro, determinada decisão seria inadequada, além disso, também pode-se dizer que quando a decisão é justificada moralmente sob determinados aspectos, outros aspectos morais deveriam ter sido considerados; para mais, seria possível criticar como quer que se deseje, mas jamais chegar à conclusão de que se trata de uma decisão legalmente incorreta.

---

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009. pg. 59

<sup>12</sup> SCHAUER, F. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. London: Harvard University Press, 2009. pg. 190

Posto isso, o exercício da liberdade em decorrência da discricionariedade torna evidente a existência da subjetividade do julgador. Em síntese, a subjetividade está ligada à individualidade e a maneira de pensar do outro, no contexto do presente trabalho, é realizada a análise de como as questões pessoais dos ministros do STF podem acabar por influenciar a forma como julgam determinada questão.

Dworkin ressalta que qualquer tese, seja ela jurídica ou não, abrange um conjunto de opiniões a respeito das relações entre a experiência, a autoconsciência e a percepção ou formação de valores. Posto isso, retém-se que às diversas interpretações que se fazem no âmbito do poder judiciário estão ligadas intrinsecamente à subjetividade de quem interpreta determinada demanda.

Nesse sentido, insta destacar que a subjetividade é inerente a qualquer pessoa, e isso não seria diferente para o julgador. O próprio ato de julgar exige não só o conhecimento técnico do julgador, mas também de suas formações e ideologias. Nesse sentido, esclarece Lédio Rosa Andrade:

Ora, se o ato de julgar resulta não só do conhecimento técnico do julgador, mas também, com muito maior intensidade, de sua formação, de sua ideologia, fica evidente exercer, a visão conservadora dos juízes, forte subsídio, ou toda a base para suas decisões judiciais. A convivência define o modo de pensar, e daí saem as considerações sobre a lei e as formas de aplicá-la.<sup>13</sup>

Esse entendimento é evidenciado na própria relação da psicologia jurídica com o direito pois considera a existência de interferências dos fatores psicológicos intrínsecos ao ser humano nas decisões jurídicas. Na renomada obra “Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica”, David Zimerman dispõe de um capítulo específico para tratar sobre essa questão. Para o jurista, há a influência dos fatores psicológicos inconscientes na Decisão Jurisdicional: “é preciso levar em conta os aspectos subjetivos, ou seja, o fato de que a capacidade de julgar a realidade exterior depende diretamente de como é o juízo crítico de cada pessoa em relação ao seu mundo interior”.<sup>14</sup>

No mesmo sentido, de acordo com o “Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito” de Jorge Trindade, o ato de julgar decorre não somente da aplicação da lei, mas especialmente dos conhecimentos extrajurídicos:

---

<sup>13</sup> ANDRADE, Lédio Rosa de. Juiz alternativo e poder judiciário. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

<sup>14</sup> ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Campinas: Editora Millennium, 2002. pg. 103.

Na verdade, o ato de julgar implica conhecimentos extrajurídicos, verdades naturais ou matemáticas, princípios psicológicos, regras do comércio ou da vida social, que compõem o acervo inesgotável de noções do saber humano, genericamente denominado cultura. As ideias são frutos dessa sedimentação, que se cristaliza em hábitos e percepções psíquicas e dá lugar ao desenvolvimento de uma direção psicológica.<sup>15</sup>

Essas considerações desencadeiam vários questionamentos no âmbito do direito, inclusive quanto às possibilidades de decisões arbitrárias. Ao analisar os limites do poder discricionário dos ministros do STF, é preciso compreender que a discricionariedade, a subjetividade e a arbitrariedade são conceitos distintos, mas que possuem uma intrínseca relação na esfera jurídica, e devem ser devidamente diferenciados.

Ao tratar sobre a subjetividade dos julgadores, parte da doutrina que aborda as questões da psicologia jurídica entende que o magistrado sequer fica subordinado à lei, considerando que suas fundamentações aparentes somente exprimem suas decisões internamente concebidas, considerando que a interpretação da norma se faz pelo emprego da intuição, sendo esta o desvelamento do inconsciente.

Portanto, ao aplicar esse pensamento em um contexto que necessite da aplicação da discricionariedade dos ministros no caso concreto, na ausência de objetividade normativa, as possibilidades de interpretação e fundamentação dos julgadores são mais amplas ainda. Visto que os ministros devem fundamentar-se aplicando analogias, costumes e princípios do direito, são múltiplas as possibilidades decisórias. Nesse sentido, destaca-se que no estudo da teoria do direito há inúmeras discussões, inclusive, quanto às colisões dos próprios princípios jurídicos e como dirimir essa complexa questão.

Nesse sentido, os ministros do STF ao julgarem os casos concretos conforme seu poder discricionário acabam por “criar o direito”. Em contrariedade a este pensamento, o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, em sua obra “Interpretação e aplicação da constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora” ressalta que o juiz deve-se pautar meramente pela objetividade e neutralidade:

O direito é concebido como uma ciência, com objeto específico e acentuado grau de auto-suficiência. Rigorosamente separado da política, não se inclui na sua esfera

---

<sup>15</sup> TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. pg. 50.

própria de atuação qualquer questionamento acerca da legitimidade e da justiça das leis. É a sua pureza científica. Ademais, o ordenamento jurídico é uma emanção estatal e tem a pretensão de completude, colhendo todas as situações verificáveis na vida social. O Estado é o árbitro imparcial dos conflitos que ocorrem na sociedade, e o juiz, como aplicador do direito, se pauta pela objetividade e neutralidade. Correndo o risco das simplificações, mas com proveito didático, é possível afirmar que, na concepção clássica, amadurecida desde o final do século passado, incluem-se entre as principais características do direito: a) o caráter científico; b) o emprego da lógica formal; c) a pretensão de completude; d) a pureza científica; e) a neutralidade da lei e do intérprete.<sup>16</sup>

Ocorre que nem sempre a legislação traz respostas objetivas a determinado caso concreto. Posto isso, na prática, o pensamento de que o aplicador do direito deve pautar-se pela objetividade e neutralidade pode encontrar óbice ao considerar a subjetividade inerente do julgador e a impossibilidade de que a norma preveja todas as situações possíveis no direito. Nesse sentido, traz-se à tona o questionamento quanto à possibilidade da existência de objetividade e neutralidade nos julgamentos. Quanto a isso, destaca-se que essa indagação é objeto de inúmeras discussões no que tange à hermenêutica jurídica e interpretação dos magistrados nos julgamentos.

No presente trabalho, parte-se da ideia de que não é possível afirmar que os ministros do STF decidem simplesmente de forma neutra, haja vista que subjetividade afeta o modo de interpretar e aplicar a lei. Nesse sentido, Zaffaroni afirma que,

É insustentável pretender que um juiz não seja cidadão, que não participe de certa ordem de idéias, que não tenha uma compreensão do mundo, uma visão da realidade. Não é possível imaginar um juiz que não a tenha, simplesmente porque não há homem que não a tenha.<sup>17</sup>

Partindo desse pressuposto, é necessário destacar que a neutralidade não se confunde com o dever de imparcialidade do juiz. Enquanto a neutralidade diz respeito à isenção do juiz de qualquer influência ideológica e subjetiva, destaca-se que um dos principais princípios fundidos no direito brasileiro é o da “imparcialidade do juiz”, segundo o qual o juiz não deve se comprometer com as partes e objeto do processo. Posto isso, destaca-se que o dever de imparcialidade é perfeitamente conciliável com sua subjetividade, sendo este pressuposto de

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição - Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1999.

<sup>17</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário. Crises, acertos e Desacertos*. Tradução: Juarez Tavares. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1927. p. 92

validade do processo e condição essencial para que o julgador possa exercer sua função jurisdicional.

Quanto a relação da subjetividade com o dever de imparcialidade do julgador, o doutrinador Benigno Núñez Novo<sup>18</sup> trata sobre essa questão de forma clara e traz os conceitos de capacidade e incapacidade subjetiva. Para ele, a capacidade subjetiva refere-se à habilidade do juiz de agir em conformidade com o princípio da imparcialidade, enquanto a incapacidade subjetiva do juiz surge quando há a suspeita de imparcialidade, o que impacta profundamente a relação processual. Por isso, para garantir a imparcialidade do juiz, a Constituição Federal de 1988 estabelece garantias (Art. 95, CF) e impõe restrições aos magistrados (Art. 95, § único, CF).

Trazendo esse tema para o contexto do STF, os ministros devem julgar as diversas demandas de forma imparcial, garantindo o tratamento igualitário às partes e respeitando seus direitos de atuação no processo. O fato de que a subjetividade influencie o modo de como o julgador decide determinada demanda, quando o exercício da discricionariedade é exigido, não exime o dever de agir com imparcialidade. Ainda que as ideologias e visões de mundo dos ministros interfiram em suas interpretações e julgamentos, isso por si só não significa que as decisões serão arbitrárias, para mais, é necessário observar os limites impostos pela legislação e a necessidade de fundamentação no processo.

Um ponto que merece destaque é o fato de que muitas vezes as convicções pessoais do magistrado que interferem diretamente seu julgamento sequer são justificadas ou aparecem no voto. Nesse sentido, Diego Werneck Arguelhes traz a seguinte reflexão:

Reconhecer que decisões judiciais são tomadas por fatores que não se resumem a argumentos técnicos não é, em si, nenhuma novidade. Em qualquer país do mundo, em qualquer sistema, em qualquer época, a decisão judicial apresenta um traço desconfortável: ela pode ser justificada com argumentos jurídicos “técnicos” mesmo quando, no fundo, essa decisão pode ser motivada por convicções pessoais “não-técnicas” do juiz, que podem inclusive nem aparecer no voto escrito ou na sentença.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> NOVO, Benigno Núñez. Juiz parcial e a nulidade do processo desde a primeira intervenção do magistrado. Jusbrasil, 2019. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/juiz-parcial-e-a-nulidade-do-processo-desde-a-primeira-intervencao-do-magistrado/721889050>>. Acesso em: 20 de fev. 2024.

<sup>19</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 4, n. 7, pg. 85-121, 2013. pg. 88.

Esse pode ser um grande problema frente a necessidade de fundamentação e motivação das decisões judiciais. Ocorre que não é possível solucionar essa questão de forma simples, considerando a impossibilidade de extrair as reais motivações de determinado julgador. Portanto, mesmo quando uma decisão está de acordo com o devido processo legal e é fundamentada em princípios, costumes e analogias do direito, muitas vezes é difícil compreender as verdadeiras motivações do julgador. Assim, para mitigar o risco de arbitrariedade, é essencial que a fundamentação legal esteja, pelo menos, em consonância com a “motivação aparente” da decisão e não contrarie o que é estabelecido pela legislação.

Diante da complexidade envolvida no processo de julgamento e das diversas influências que podem afetar as decisões dos ministros do STF, torna-se evidente a necessidade de buscar um equilíbrio entre a subjetividade inerente ao julgador e a observância das garantias e limitações impostas pela legislação. A capacidade subjetiva do juiz de agir conforme o princípio da imparcialidade é crucial para o adequado exercício da função jurisdicional, porém, quando essa subjetividade ultrapassa determinados limites surgem questionamentos sobre possíveis arbitrariedade neste órgão de cúpula.

Portanto, a subjetividade não necessariamente compromete a parcialidade e a segurança das decisões judiciais. De outro modo, desde que observados os limites adequados do poder discricionário e respeitados os princípios legais, o fato de um juiz utilizar de sua subjetividade pode ser uma ferramenta valiosa para lidar com a individualidade dos casos concretos, levando em consideração suas nuances específicas e circunstâncias únicas.

#### **4. LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO NO CONTEXTO DO STF: UMA ANÁLISE SOBRE A ARBITRARIEDADE**

Ao tratar sobre os limites da discricionariedade no âmbito do STF, um tema que merece destaque é a arbitrariedade. O juízo arbitrário muitas vezes é confundido com a subjetividade do julgador e até com o próprio poder discricionário do mesmo. Posto isso, é preciso compreender o que se trata a arbitrariedade e as diferenças entre esses conceitos.

Hart aponta que a discricionariedade difere de arbitrariedade. De acordo com o autor, na hipótese de haver a necessidade de que o magistrado “crie o direito” quando determinado caso não é devidamente regulado pelo ordenamento jurídico, o julgador não deve fazer isso de forma arbitrária, mas deve sempre se ater a “certas razões gerais” para justificar a sua decisão:

É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juizes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer essas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juizes confrontados com casos difíceis semelhantes.<sup>20</sup>

Ademais, a arbitrariedade também difere da subjetividade. Enquanto a subjetividade está ligada a capacidade de julgar a realidade exterior mediante o juízo crítico de cada pessoa (neste caso, dos ministros do STF) em relação à sua intuição e seu “mundo interno”, conforme aponta o psicanalista David Zimmerman, a arbitrariedade consiste no poder arbitrário delegado em favor do magistrado que busca atender seus desígnios ao justificar determinada decisão. De forma concisa e precisa, Gervasoni e Bolesina tratam sobre o subjetivismo do intérprete presente tanto na discricionariedade como na arbitrariedade, diferenciando cada um desses termos:

A discricionariedade, assim como a arbitrariedade, traz em si o problema da falta de controle conteudístico (STRECK, 2012, P. 47), sendo que o subjteivismo do intérprete estaria presente em ambas. Assim, na arbitrariedade essa percepção se daria de modo mais explícito por justamente estar em desconformidade com um padrão prévio, ou seja, desviando de toda uma história jurisdicional construída de modo escancarado enquanto que, na discricionariedade, por meio de subterfúgios esta percepção demandaria maiores esforços interpretativos e investigativos, por estar na “conformidade da lei (moldura/textura aberta).<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> HART, H.L.A. O conceito de direito. Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª Edição. Lisboa, 2001. pg. 336.

<sup>21</sup> BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. Discricionariedade e arbitrariedade judicial na perspectiva positivista de Kelsen e Hart. DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/barbaroi.v0i0.7423>. Barbarói, Santa Cruz do Sul, Edição Especial n.44, p.<69-86>, jul./dez. 2015. pg. 82/83.

Portanto, destaca-se que a subjetividade inerente ao julgador por si só não acarreta decisões contrárias à lei. Entretanto, a arbitrariedade que ocorre quando os ministros ultrapassam os limites estabelecidos pela legislação e fundamentam suas decisões visando seus interesses pessoais afeta diretamente o sistema jurídico, contrariando o direito. À vista disso, Di Pietro conceitua a arbitrariedade no âmbito das decisões judiciais da seguinte maneira: “a arbitrariedade coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei.”<sup>22</sup>

Assim sendo, há uma linha tênue entre a subjetividade e a arbitrariedade no contexto da discricionariedade. Destaca-se que no exercício do poder discricionário não é possível que os ministros se atenham à rigidez das normas, considerando que essa abordagem se revela incompatível com a aplicabilidade prática nos casos concretos. No entanto, na hipótese de haver conceitos jurídicos indeterminados, é responsabilidade do julgador interpretar e decidir conforme julgar apropriado, respeitando, sobretudo, os limites de sua atuação, os critérios de fundamentação das decisões judiciais e as diretrizes legais estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Em suma, no contexto em questão, a arbitrariedade acontece quando os ministros do STF extrapolam os limites estabelecidos pela legislação, especialmente a Constituição, e decidem com base em seus próprios interesses pessoais ao invés de seguir estritamente o que é determinado pela lei ou, na ausência de objetividade, pelos princípios, costumes e analogias do direito. Posto isto, é preciso analisar a discricionariedade sob a ótica da legalidade, partindo da diferença entre a subjetividade e o risco de arbitrariedade dos ministros em suas decisões.

De acordo com Lenio Streck, a discricionariedade abre portas para a arbitrariedade:

Quando digo que a discricionariedade abre portas para a arbitrariedade é justamente porque, tanto numa quanto noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle contencioso. Pode-se dizer que o espaço disso que se chama de discricionariedade é um espaço de “anomia”, no qual o intérprete põe o direito.<sup>23</sup>

Portanto, o que diferencia a arbitrariedade, a discricionariedade e a subjetividade é o respeito às balizas de atuação impostas ao julgador pela legislação. Dessa forma, ao

---

<sup>22</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991. pg. 41.

<sup>23</sup> STRECK, Lênio. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2014. pg. 56

considerar a relevância das decisões do STF para a sociedade brasileira e a necessidade de garantir a segurança jurídica, torna-se crucial analisar cuidadosamente os limites do poder discricionário desse órgão, a fim de evitar possíveis juízos arbitrários que comprometam a integridade do sistema jurídico do país. Nesse contexto, a fundamentação jurídica simboliza um freio indispensável ao processo decisório, uma vez que é por meio dela, ou da sua ausência, que é possível avaliar se foram respeitadas as diretrizes legais ou não.

Em suma, quanto às limitações do poder discricionário no âmbito do STF, é preciso observar o que dispõe o ordenamento jurídico. Nesse sentido, destaca-se que os ministros do Supremo devem respeitar suas competências dispostas no art. 103 da Constituição, ademais, é preciso que suas decisões sejam devidamente fundamentadas, conforme disciplina o art. 93, IX da Carta Magna. Além disso, em um contexto geral, o art. 95 da Constituição traz as garantias e vedações dos magistrados que devem ser consideradas e o art. 4 da LINDB dispõe sobre a necessidade de que o juiz decida o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito quando a lei for omissa.

Portanto, o poder discricionário dos ministros do STF é limitado pelas competências do referido Tribunal, pela necessidade de fundamentação da decisão e pela observância do devido processo legal. Assim, quando determinado ministro não observa essas limitações e julga visando alcançar seus interesses pessoais, trata-se de uma decisão meramente arbitrária que precisa ser combatida.

Ao considerar a relevância e os reflexos das decisões da Suprema Corte brasileira, possíveis decisões arbitrárias colocam em xeque todo sistema jurídico do Brasil. Posto isso, é preciso observar suas decisões sob uma ótica crítica e ponderada, analisando os julgamentos a partir dos princípios da legalidade, imparcialidade e finalidade, além de levar em consideração os limites de atuação dos ministros dispostos no ordenamento jurídico.

#### **4.1 A arbitrariedade a partir do exame dos limites do poder discricionário no julgamento da ADO 26**

Compreendida a relação entre a discricionariedade dos ministros do STF e as questões que envolvem a subjetividade do julgador e da arbitrariedade nas decisões, é necessário analisar como este tema se aplica nos diversos julgamentos deste importante órgão. A atuação dos ministros diversas vezes é objeto de críticas no que tange a exceção aos limites estabelecidos em lei quanto ao seu exercício. Diferentes doutrinadores e estudiosos do direito

brasileiro analisam os julgamentos do Supremo advertindo quanto à limitação de julgamento desta corte.

Ao considerar os limites do poder discricionário no âmbito do STF, insta salientar que alguns julgados deste órgão de cúpula são alvos de inúmeras críticas e acusações de arbitrariedade. Dentre diversas decisões passíveis de análise, a título exemplificativo, cita-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 que tratou sobre a criminalização da homotransfobia no Brasil.

Na ausência de objetividade normativa, como ocorreu no referido julgado a ser analisado, destaca-se que Suprema Corte goza da prerrogativa da discricionariedade para proferir suas decisões. Ocorre que, como apresentado no presente trabalho, o poder discricionário dos ministros é limitado e essas limitações devem ser observadas, sob pena de incorrer em arbitrariedade.

A ADO 26 reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional para legislar sobre a criminalização da homotransfobia, entretanto, para isso, equiparou a homotransfobia ao tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989). Destaca-se que foi uma decisão densa, com 566 laudas e trouxe inúmeros princípios como fundamentação. Contudo, parte dos juristas brasileiros alegam que o STF teria inobservado os limites da legislação impostas ao caso em questão, incorrendo na “*analogia in malam partem*” que é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, acarretando em uma decisão arbitrária.

Para realizar essa análise, insta destacar o relatório da referida decisão:

O fundamento em que se apoia a pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor nesta sede processual reside, essencialmente, na alegação de que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo, tal como concebida, na latitude dessa expressão, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), de tal modo que o legislador ordinário, ao restringir-se, tão somente, a dispensar tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República (CF, art. 5º, XLII).<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26. Distrito Federal. Relator: Min. Celso De Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 12 de jan. 2024.

Quanto ao princípio da proibição da *analogia in malam partem*, destaca-se que diz respeito ao impedimento da adequação típica por semelhança entre os fatos, onde é adotada lei prejudicial ao réu, com base em caso semelhante, na hipótese de haver omissão do legislador quanto a determinada conduta. Posto isso, tal conduta é vedada no ordenamento jurídico, sendo esta uma limitadora do poder discricionário. Ademais, no que tange o debate da arbitrariedade dessa decisão, destaca-se que muitos pontos são levantados por diversos juristas brasileiros, dentre os principais, Thamirys Alves sintetiza da seguinte maneira:

Há três pontos que tornam o julgamento da ADO arbitrário: o primeiro ponto sendo no tocante ao princípio da reserva legal, encontrado no art. 5º, inc. XXXIX da CRFB/88, que fala que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”, “Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”. Segundo o princípio da reserva legal, ainda que houvesse sido alegada a omissão do Congresso Nacional, não seria possível ao Judiciário suprir a eventual lacuna apontada, pois tal medida tentaria frontalmente ao referido princípio, por ser matéria penal.

O segundo ponto é pelo fato de que já existe tipificação penal para tutelar os bens jurídicos em debate, mediante normas penais como homicídio, lesão corporal, e crimes contra a honra, por exemplo. Também, não havendo que se falar em mora legislativa, pois há diversas leis em andamento, em fase de maturação pelo Congresso.

O terceiro ponto é que, deve-se respeitar a independência e harmonia entre os poderes, trata-se de um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito. Com base nesse princípio cabe ao congresso nacional decidir o tempo. Assim, não se considera adequado que o STF legisle na seara penal, por ser inconstitucional, ferir o princípio da legalidade e da separação de poderes.<sup>25</sup>

Apesar de sofrer grandes críticas, a referida decisão é defendida por parte da doutrina, segunda a qual o STF não teria “legislado” nem realizado *analogia in malam partem* ao considerar a homotransfobia como racismo. Alegam que o conceito de racismo é amplo e foi devidamente aplicado pela Corte Suprema ao considerar seu poder discricionário. De acordo com Lotti:

Logo, a homotransfobia foi considerada espécie de racismo e enquadrada nos crimes raciais (“por raça”, por exemplo, artigo 20 da Lei 7.716/89): não por “analogia”,

---

<sup>25</sup> ALVES. Thamirys Teles. Ativismo Judicial: uma análise crítica do julgamento da ADO nº 26 pelo Supremo Tribunal Federal. Centro Universitário Fametro Curso De Direito. Fortaleza, 2020.

pois “criminalizar por analogia” demandaria dizer que a homotransfobia seria “tão grave quanto” o racismo, a merecer mesma punição, mas não foi isso que o STF reconheceu. Fez-se interpretação literal do termo legal raça e do termo constitucional racismo, ainda que evolutiva, caso se entenda que a compreensão biológica teria sido a “original”.<sup>26</sup>

Posto isso, é evidente que este debate é de extrema importância para o tema em questão. Diante dessas considerações, é preciso analisar isto sob a ótica do poder discricionário dos ministros para julgar essa demanda. Portanto, é crucial investigar se a decisão na ADO 26 resultou simplesmente da discricionariedade dos julgadores, que interpretaram o conceito de racismo de forma extensiva de forma legal, ou se foi uma decisão arbitrária marcada pela inobservância das vedações normativas expressas no ordenamento.

Nesse sentido, é objeto do presente trabalho realizar o desenvolvimento das nuances que envolvem o tema em questão partindo da conjectura da discricionariedade e das diferentes interpretações quanto a equiparação realizada pelo STF da homotransfobia ao racismo. Se partir do pressuposto de que os ministros neste caso utilizaram o conceito de racismo como *analogia in malam partem* para criminalizar os crimes contra a comunidade LGBT, de fato teriam incorrido em arbitrariedade. De outro modo, partindo do pressuposto de que o conceito de racismo poderia ser utilizado no contexto da criminalização da homotransfobia, seria uma decisão válida, mas é preciso analisar os limites de atuação dos ministros ao tratar sobre “conceitos indeterminados” no âmbito do direito.

Em um contexto geral destaca-se que a legislação não dispõe de forma clara sobre a permissão de que o julgador faça a interpretação extensiva de determinado conceito quando este for indeterminado. Entretanto, no âmbito da hermenêutica jurídica, a doutrina majoritária brasileira disciplina que o julgador pode regulamentar determinada questão quando o conceito jurídico houver indeterminações, em decorrência de seu poder discricionário e competência para interpretar na esfera do poder judiciário. Nesse sentido, considerando as particularidades do presente caso em análise, é necessário destacar que há algumas balizadoras que precisam ser analisadas. Irene Patrícia Nohara busca trazer uma solução equilibrada para essa questão:

O conceito jurídico indeterminado pode ou não conferir discricionariedade, e o critério para essa verificação não se pauta na natureza do conceito, mas na sua

---

<sup>26</sup> LOTTI, Paulo. Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo/>>. Acesso em: 05 de mar. 2024.

disciplina legal concretizada, ou seja, aliada à aptidão que os fatos possuem para comprovar a realidade normatizada.<sup>27</sup>

Conforme disciplina Nohara, para determinar se é apropriado ou não utilizar a discricionariedade neste caso, é fundamental examinar o contexto em que esse conceito é apresentado e quais são as implicações práticas dessa aplicação de forma extensiva. No que diz a respeito análise do poder discricionário dos ministros do STF na ADO 26 frente à equiparação de racismo aos crimes praticados contra a comunidade LGBT, é crucial considerar que se trata de uma criminalização e, sendo assim, essa decisão versa não somente de matéria constitucional, mas também atinge de forma especial a esfera penal. Sendo assim, é preciso analisar as limitadoras de ambas jurisdições para examinar as balizas decisórias dos ministros na questão.

Posto isso, destaca-se que o crime de racismo conforme previsto no ordenamento jurídico penal possui um rol taxativo e é destinado contra determinada “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Assim, ao enquadrar a homotransfobia ao racismo, o STF ampliou o escopo desse conceito. Ocorre que apesar da regra geral prever que na ausência de objetividade legal o julgador deva utilizar de princípios, analogias e costumes do direito para proferir suas decisões, destaca-se que esses mecanismos devem ser utilizados com moderação, analisando o contexto em que são inseridos. Posto isso, Cezar Bitencourt disciplina que:

O recurso à analogia não é ilimitado, sendo excluído das seguintes hipóteses: a) nas leis penais incriminadoras – como essas leis, de alguma forma, sempre restringem a liberdade do indivíduo, é inadmissível que o juiz acrescente outras limitações além daquelas previstas pelo legislador.<sup>28</sup>

No mesmo sentido, destaca-se o seguinte apontamento de Greco:

Em matéria penal, por força do princípio da reserva, não é permitido, por semelhança, tipificar fatos que se localizam fora do raio de incidência da norma, elevando-os à categoria de delitos. No que tange às normas incriminadoras, as lacunas, porventura existentes, devem ser consideradas como expressões da vontade negativa da lei. E, por isso, incabível se torna o processo analógico. Nestas

---

<sup>27</sup> NOHARA, Irene Patrícia. O motivo no ato administrativo. 2002. Dissertação (Mestrado)– Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 78.

<sup>28</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – 1 Parte Geral. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

hipóteses, portanto, não se promove a integração da norma ao caso por ela não abrangido.<sup>29</sup>

Nesse sentido, tendo em vista a matéria abordada na ADO 26, é imperioso destacar que quando se trata de seara criminal, as balizadoras do poder discricionário são mais restritas ainda. De acordo com o art. 5, XXXIX da CF “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” ademais, o art. 1º do Código Penal dispõe que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Posto isso, no presente caso, é evidente que os ministros que julgaram procedente a ADO 26 não observaram importantes limitadoras que balizam o direito penal. Dentre as questões a serem observados, destaca-se o princípio da reserva, que disciplina que só pode ser considerada como Infração penal a conduta prevista como tal na Lei, e a garantia criminal *Nullum crimen nulla poena sine lege* que determina que somente a lei pode criar crimes e cominar penas.

Diante do exposto, sob uma ótica crítica e limitadora, é possível depreender que o STF teria, de fato, usufruído da *analogia in malam partem* para justificar a referida decisão na ADO 26. Considerando isso, haja vista que o mecanismo utilizado é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a Suprema Corte não observou os limites de sua atividade discricionária e em decorrência disso, atuou de maneira arbitrária.

Portanto, tendo em vista o papel desta corte de cúpula de preservar os ditames constitucionais e o Estado Democrático de Direito, ao considerar a existência de julgamentos arbitrários como este no âmbito do STF, que são alvos de várias críticas, o ordenamento jurídico como um todo fica comprometido e a segurança jurídica é colocada em xeque.

Nesse sentido, destaca-se a necessidade de limitação do poder discricionário do STF. Considerando os amplos reflexos das decisões do Supremo e os diversos julgados considerados arbitrários por parte dos juristas brasileiros, é preciso destacar que a atuação desta corte é limitada, especialmente quando no âmbito de sua discricionariedade. Sendo assim, essas balizas devem ser observadas para preservar o sistema jurídico brasileiro.

Portanto, é preciso que haja articulações e amplas discussões especialmente que concerne à limitação do poder arbitrário dos ministros da Corte de cúpula. Sendo assim, os juristas brasileiros desempenham um papel de suma relevância na busca por decisões devidamente balizadas e fundamentadas conforme determina e limita a legislação.

---

<sup>29</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2004, p. 48.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do Poder Judiciário no Brasil, os ministros do STF possuem legitimidade para julgar litígios, realizar controle de constitucionalidade das normas, tutelar direitos fundamentais e assegurar a conservação e progresso do Estado Democrático de Direito. Considerando isso, as decisões judiciais exercem influências significativas na sociedade, uma vez que envolve questões de grande importância nacional e possui reflexos abrangentes.

Diante do exposto, à luz do que fora defendido no decorrer do texto, verificou-se que o STF, enquanto órgão maior do Poder Judiciário, tem um papel de suma relevância para garantir a proteção aos direitos e garantias fundamentais no Brasil. Considerando que suas decisões afetam diretamente a nação brasileira como um todo, restou demonstrada a necessidade de examinar as limitações do poder discricionário desse órgão de cúpula.

No presente trabalho, haja vista a impossibilidade de que o ordenamento pátrio preveja todas as hipóteses para aplicação do processo de subsunção da norma, ficou claro que a discricionariedade é um importante mecanismo para a prática do exercício das funções no âmbito dos poderes que regem o Estado Democrático brasileiro, considerando que permite a adequação das normas e atos no caso concreto.

Partindo desse pressuposto, foram analisados os limites do poder discricionário no âmbito do STF, considerando, sobretudo, as premissas que delineiam a fronteira entre a subjetividade e a arbitrariedade. Sob essa ótica, depreende-se que o ponto central da diferença entre a subjetividade e a arbitrariedade dos ministros do STF está na observância aos limites de atuação deste Tribunal.

Nesse sentido, considerando as vastas discussões sobre a questão, conclui-se que os ministros possuem certa liberdade para proferirem suas decisões judiciais e o ato de julgar é resultado não somente de seu conhecimento técnico como julgador, mas também do exercício de sua subjetividade. Sendo assim, o exercício da subjetividade é intrínseco ao papel dos ministros do STF no sistema judiciário, já que ele é responsável pela interpretação e aplicação das leis em cenários complexos e diversificados.

Posto isso, é fundamental destacar que a subjetividade não necessariamente compromete a imparcialidade e a segurança das decisões judiciais. De outro modo, desde que observados os limites adequados e respeitados os princípios legais, o fato de um juiz decidir de forma subjetiva pode ser uma ferramenta valiosa para lidar com a individualidade dos casos concretos, levando em consideração suas nuances específicas e circunstâncias únicas.

Entretanto, partindo dos pontos levantados, essas decisões pautadas pelas inclinações pessoais do julgador precisam ser feitas em observância às determinações legais, sob pena de incorrer em arbitrariedade. Nesse sentido, destaca-se a necessidade de buscar pela imparcialidade do julgador, evitando decisões que comprometam o sistema jurídico brasileiro.

Tendo em vista que no exercício da discricionariedade não é possível que os ministros se atenham à rigidez das normas, considerando que essa abordagem se revela incompatível com a aplicabilidade prática nos casos concretos, fica a cargo do julgador interpretar e decidir conforme julgar apropriado, desde que respeite os limites de sua atuação, os critérios de fundamentação das decisões judiciais e as diretrizes legais estabelecidas no ordenamento pátrio aplicáveis àquele caso.

Partindo do ponto que as decisões do STF possuem reflexos abrangentes na sociedade brasileira e que há intensos debates em torno de possíveis arbitrariedades em algumas deliberações desta corte, o artigo abordou uma jurisprudência de grande relevância para a discussão, especialmente na comunidade jurídica do Brasil. A título exemplificativo, sob uma ótica crítica e limitadora, foi realizada a análise da decisão na ADO 26 a partir do poder discricionário dos ministros do STF. Ao criminalizar a homotransfobia equiparando ao crime de racismo, verifica-se que o órgão de cúpula não observou os limites de sua atuação, especialmente no que tange o princípio da reserva e a vedação da *analogia in malam partem*. Posto isso, a referida decisão possui resquícios de arbitrariedade e precisa ser combatida.

Em síntese, visando coibir decisões arbitrárias neste âmbito, os ministros devem respeitar suas competências, observar as garantias e vedações de sua função, fundamentar suas decisões conforme determina a legislação e julgar os casos em que se exija a discricionariedade, observando, sobretudo, os limites de sua atuação.

Posto isso, no que concerne a necessidade de limitação do poder discricionário do STF, conclui-se que é necessário que haja articulações e amplas discussões sobre o tema em questão. Assim, os juristas brasileiros exercem um papel de extrema importância na busca por decisões juridicamente embasadas e fundamentadas de acordo com as normas e balizas estabelecidas pela legislação.

Portanto, destaca-se que a presente pesquisa buscou contribuir para o fortalecimento da segurança jurídica no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, destacando a relevância de uma atuação dos ministros do STF devidamente pautada na legalidade, imparcialidade e finalidade. Diante disso, é imprescindível que os julgadores do órgão de cúpula observem os limites de sua atuação dispostos no ordenamento jurídico e evitem decisões que comprometam o sistema jurídico do país.

## REFERÊNCIAS

- A hermenêutica jurídica e suas implicações na prática.** Damarest, 2022. Disponível em: <<https://www.damarest.com.br/a-hermeneutica-juridica-e-suas-implicacoes-na-pratica/>>. Acesso em 12 de mar. 2024.
- ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Teoria do Direito. **Discrecionalidade judicial e teoria do direito.** Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.
- ALVES, Thamirys Teles. **Ativismo Judicial: uma análise crítica do julgamento da ADO nº 26 pelo Supremo Tribunal Federal.** Centro Universitário Fametro Curso De Direito. Fortaleza, 2020.
- AMORIM, Lucas Silva de. **A criminalização da homotransfobia e a vedação à analogia in malam partem.** Jus, 2020. Disponível em: <[https://jus.com.br/artigos/79027/a-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-vedacao-a-analogia-in-malam-partem#google\\_vignette](https://jus.com.br/artigos/79027/a-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-vedacao-a-analogia-in-malam-partem#google_vignette)>. Acesso em: 14 de jan. 2024.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário.** 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- ARAÚJO, Clara Skarlleth Lopes de; JÚNIOR, José Gutemberg de Sousa Rodrigues. **O papel do Supremo Tribunal Federal na frágil democracia brasileira.** Conjur, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-out-17/rodrigues-jr-araujo-papel-stf-fragil-democracia-brasileira/>>. Acesso em 02 de fev. 2024.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro.** Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 4, n. 7, pg. 85-121, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. **INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO - FUNDAMENTOS DE UMA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL TRANSFORMADORA.** 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Parte Geral. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.
- BLUME, Bruno André; MORAES, Isabela. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: O QUE FAZ O STF?** Politize, 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/6-coisas-para-saber-sobre-o-stf/>>. Acesso em 18 de fev. 2024.
- BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tamiris Alessandra. **Discrecionalidade e arbitrariedade judicial na perspectiva positivista de Kelsen e Hart.** DOI: <http://dx.doi.org/10.17058/barbaroi.v0i0.7423>. Barbarói, Santa Cruz do Sul, Edição Especial n.44, p.<69-86>, jul./dez. 2015. pg. 82/83
- BOUJIKIAN, Kenarik. **Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever.** Consultor Jurídico. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. Decreto - Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**.

BRASIL. L13105. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26**. Distrito Federal. Relator: Min. Celso De Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em 12 de jan. 2024.

BRESCOVIT, Leandro. **O voto do ministro Celso de Mello na ADO 26 (homofobia). A questão da analogia em malam partem. A escolha certa pelos meios errados**. Jusbrasil, 2019.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2000.

DANOSO, Denis. **DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UMA VISÃO PROCESSUAL CIVIL**. Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba, SP |Ano 1| n. 1| p.120-134|2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FACHINI, Tiago. **Os fundamentos da discricionariedade administrativa**. Projuris, 2023. Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/blog/discricionariedade-administrativa/>>. Acesso em: 28 de mar. 2024.

FERNANDEZ, Marly; FERNANDEZ, Atahualpa. **Hermenêutica jurídica: mente, cérebro e “prejuízo”**. Migalhas, 2008.

FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. **Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie**. Revista Direito e Praxis. Rio de Janeiro, Vol. 11, nº 02, DOI: 10.1590/2179-8966/2020/50270| ISSN: 2179-8966, p. 1211-1237, 2020.

FUGA, Bruno ; CENCI, Elve Miguel. **Discricionariedade do juiz: discussão entre Dworkin e Hart**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4997, 7 mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55984>. Acesso em: 25 de fev. 2024.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2004, p. 48.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª Edição. Lisboa, 2001. pg. 336

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOTTI, Paulo. **Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo/>>. Acesso em: 05 de mar. 2024.

LUCENA, Guilherme Morais Régis de. **O CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE NA OBRA DE RICCARDO GUASTINI: UMA CRÍTICA AO CONCEITO DE TEXTURA ABERTA DE HERBERT HART**. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, v. 12, n. 1, p. 364-380, 9 set. 2021.

MACHADO, Isadora Vier; RUFFO, Luiz Augusto. **Criminalização da homotransfobia no brasil: crise representativa, ativismo judicial, ou garantia da democracia constitucional?** 30º Encontro Anual de Iniciação Científica. 10º Encontro Anual de Iniciação Científica Júnior. Novembro, 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAIS, Breno Panetto; ZAGANELLI, Margareth Vetis. **GOVERNO DOS JUÍZES: NUANCES ENTRE DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE NO ATO DE CRIAÇÃO DO DIREITO**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2017, vol. 9, n. 16, Jan.-Jun. p. 233-247.

NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. 2002. Dissertação (Mestrado)– Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

NOVO, Benigno Núñez. **Juiz parcial e a nulidade do processo desde a primeira intervenção do magistrado**. Jusbrasil, 2019. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/juiz-parcial-e-a-nulidade-do-processo-desde-a-primeira-intervencao-do-magistrado/721889050>>. Acesso em: 20 de fev. 2024.

PENNA, Bernardo Schmidt Teixeira. **“PAPEL CRIADOR DO INTÉRPRETE” X ‘PAPEL CRIATIVO DO INTÉRPRETE’: DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS DO ATIVISMO JUDICIAL À BRASILEIRA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. RDFG – Revista de Direito da Faculdade Guanambi v. 3, n. 1, julho-dezembro 2016.

REIS, Leonardo Delgado Caúla. **A RETÓRICA DA OBJETIVIDADE E AS ESCOLHAS INTERPRETATIVAS NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA COMO FORMAS DE RACISMO: uma cartografia de votos selecionados do julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733 pelo STF**. Universidade Federal De Pernambuco. Recife, 2022.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSA, Íris Vânia Santos. **Poder discricionário**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Tributário, Edição 1, Maio de 2019.

ROZAS, Luiza Barros. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Cadernos Jurídicos, nº 47, p. 191-201, Janeiro-Fevereiro/2019. São Paulo, 2020.

SABOIA, Jéssica Ramos. **A ATUAÇÃO POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A (IN)COMPATIBILIDADE COM A DEMOCRACIA BRASILEIRA**. Revista de Direito Brasileira | São Paulo, SP | v. 19 | n. 8 | p. 335 - 347 |Jan./Abr. 2018.

SCHAUER, F. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. London: Harvard University Press, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. **Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário. **Crises, acertos e Desacertos**. Tradução: Juarez Tavares. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1927.