

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

DENER TOLEDO MACHADO

**DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: DE VOLUNTARISMOS A
AUTORITARISMOS E A (IM)POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE
PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA**

Uberlândia

2018

DENER TOLEDO MACHADO

**DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: DE VOLUNTARISMOS A
AUTORITARISMOS E A (IM)POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE
PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA**

Monografia apresentada com o objetivo de aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, no curso de Graduação em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva.

Uberlândia

2018

114 – Limites do domínio moral – Quando nos deparamos com uma nova imagem, instantaneamente a construímos com a ajuda das nossas antigas experiências, conforme o grau da nossa integridade e do nosso espírito de justiça. Não há vivência que não seja moral, mesmo no domínio da percepção dos sentidos.

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003, p. 110.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo estabelecer uma reflexão acerca da possibilidade ou não de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para tanto, são analisados os votos proferidos pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski no *habeas corpus* 152.752, o qual versa sobre a matéria. Para responder a pergunta inicial parte-se de um contexto mais amplo no qual se analisa a discricionariedade em *terrae brasilis* e o fato de que o mal uso das teorias reputadas neoconstitucionais estão estimulando a livre atribuição de sentidos por parte do intérprete. A fim de demonstrar e denunciar faticamente o problema da discricionariedade, também são analisados casos concretos da *práxis* jurídica em que a interpretação se dá com um voluntarismo exacerbado. O pano de fundo e pressuposto fundamental desta pesquisa é a interpretação, por isso também ela e suas nuances são analisadas neste trabalho. Aqui compreende-se interpretação como uma atribuição de sentido exercida por um sujeito condicionado histórica e culturalmente. Neste plano, conquanto seja uma atividade atributiva, o sujeito não pode fixar os sentidos conforme sua consciência, deve respeitar os limites inerentes de uma interpretação conforme a Constituição da República. Assim, conclui-se que é ilegítima uma interpretação que confira ao enunciado do artigo 5º, LVII da Constituição Federal um sentido que possibilite a execução provisória de pena.

Palavras chaves: Interpretação – Discricionariedade – Execução provisória de pena

ABSTRACT

This research aims to establish a reflection upon the possibility or not of enforcing a conviction before all appeals are exhausted. In order to accomplish that, it will review the votes announced by Justices Luis Roberto Barroso and Ricardo Lewandowski in the *habeas corpus* 152.752, which deals with that matter. To answer the initial question, it starts from a broader context that examines the discretionarity in *terrae brasilis* and the fact that the improper use of the so called neoconstitutional theories are stimulating the free attribution of meanings by the interpreter. To demonstrate and factually denounce the problem of discretionarity, concrete cases of judicial praxis, in which the interpretation occurs with an exacerbated voluntarism, will also be reviewed. The background and cornerstone of this research is the interpretation and that is why it and its nuances will be examined. Here, interpretation is understood as an attribution of meaning exercised by an individual who is culturally and historically conditioned. In this plan, although it may be an attributive activity, the individual cannot fix the meanings according to his conscience, but must respect the inherent limits of interpretation in agreement with the Constitution of the Federative Republic of Brazil. Therefore, it regards as illegitimate an interpretation that gives the statement of section LVII of article 5th, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, a meaning that allows the provisional execution of a sentence.

Keywords: Interpretation- Discretionarity- Provisional execution of a sentence

Sumário

1 - Introdução.....	1
2 - O problema da discricionariade	3
3 - Da interpretação	18
4 - Da casuística dos decisionismos	25
5 - Análise dos votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski no <i>habeas corpus</i> 152.752 e a (im)possibilidade da execução de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.....	29
6 - Considerações Finais.....	41
7 - Referências Bibliográficas	43

1 - Introdução

O presente trabalho parte de uma preocupação que parece ser um local comum no decorrer da história do direito, qual seja, a livre atribuição de sentidos por parte do intérprete. A questão da interpretação permanece um problema corrente durante a história do direito e, notadamente, no contexto hodierno, no qual o Poder Judiciário exerce a função de guardião da Constituição. Nos tempos de antanho, acreditava-se ser possível uma divisão de tarefas estanques na atividade estatal, na qual caberia ao Poder Legislativo produzir a lei e o Poder Judiciário aplicá-la de maneira mecânica (tal como um silogismo), garantindo a segurança e a previsibilidade do sistema jurídico. Sucede que a complexidade do ato interpretativo não se reduz a isso, pois não é possível interpretar sem um sujeito e sem um contexto e assim sendo todo ato interpretativo carregará consigo uma carga subjetiva do intérprete. Neste sentido:

A tradição iluminista supôs que os parlamentares seriam controlados mediante sufrágio universal e periódico, enquanto que os juízes seriam controlados pelos próprios legisladores (teoria da separação de Poderes, articulada por Montesquieu). Por conseguinte, os julgadores apenas poderiam deliberar nos exatos limites impostos pelas leis: *nulla poena sine lege praevia et stricta*. [...]

Imaginava-se, então, que as decisões judiciais estariam previamente programadas na lei; partia-se da premissa de que a sentença seria mera concretização de uma norma efetivamente veiculada pelos textos legais, suscetível de ser meramente descoberta (e não construída!) a partir do emprego do método jurídico – o caminho correto para a interpretação da lei.

O problema todo é que essa suposição tem sido alvo de profundos e inexoráveis ataques. Sabe-se, hoje em dia, que não há métodos acurados para se descobrir o sentido pleno, escorreito, das fontes normativas. Enquanto atribuição de sentido, a interpretação depende de contexto e de intérprete.

Ademais, tem-se abandonado a concepção representacional da linguagem (teoria pictórica do ‘primeiro’ Wittgenstein, por exemplo), em prol de uma conceituação pragmática – o sentido como a projeção do uso dos signos. Com isso se reconhece que não há ‘museus de sentido’, e que as palavras não carregam um conteúdo imanente, Não há como ter uma interpretação verdadeira da lei.¹

Porém, insta indagar: será o direito aquilo que os juízes e tribunais dizem o que ele é? Por certo que não, a atividade judicante encontra limites últimos de legitimidade na Constituição Federal. Ou seja, não é possível que se diga qualquer coisa sobre qualquer coisa sob pena de fazer soçobrar o próprio Direito.

¹ CRUZ, Flávio Antônio da. **O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória**. Dissertação (Tese de Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 21-22.

É neste contexto que o presente estudo procura refletir sobre a (im)possibilidade de execução de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com efeito, indagar sobre tal temática permite conjecturar sobre a problemática maior que diz respeito à livre disposição de sentidos por parte do intérprete na atividade judicante, pois discute ao fim e ao cabo os limites da atividade interpretativa.

Assim, levando-se em conta esta ordem de questões, esta pesquisa busca em um primeiro momento refletir acerca das relações entre o positivismo e a discricionariedade no direito. Com efeito, embasado na ideia de fé na razão para resolver todos os problemas do conhecimento o modo de pensar positivista influenciou as ciências como um todo, inclusive as ciências sociais – aqui inserido o Direito (trata-se do chamado endurecimento das ciências do espírito). Neste contexto – influenciado por ideias de segurança, previsibilidade e métodos – é que se desenvolveu um direito caracterizado pelas grandes codificações. Até então, acreditava-se que o ato interpretativo consistia em uma aplicação lógica e mecânica da lei, na qual o intérprete nada mais faria que reproduzir os sentidos do texto (algo ao modo da metafísica clássica – acreditar em essências das palavras, sentidos imanentes). Ao se perceber que a atividade interpretativa do aplicador não poderia se restringir ao mito de uma pretensa completude do ordenamento, surgem teorias de cunho voluntarista, tais como o movimento do direito livre, em que a interpretação passa a ser entendida com argumentos de cunho sociológico, psicológico e ideológico. Neste quadro e com o objetivo de refutá-las e expurgar a ciência do direito, surge Hans Kelsen e o seu positivismo normativista. Aqui, a interpretação é dividida em ato de vontade (direito – linguagem objeto) e ato de conhecimento (ciência do direito – metalinguagem). Como ato de vontade, a interpretação, a nível de aplicação, não seria controlável, restando sempre um âmbito de atuação em que o intérprete poderia atuar. Com efeito, Kelsen aposta na consciência do intérprete (metafísica moderna). Refletir sobre o positivismo e a discricionariedade é relevante na medida em que viabiliza um senso crítico quanto à recepção de algumas teorias que a pretexto de se julgarem pós-positivistas nada mais fazem que apostar na consciência do julgador ou atestar velhas “novidades” tais como a de que o juiz não é a boca da lei. Com efeito, disso já se sabe de há muito.

Posteriormente, será discutido nesta pesquisa a questão da interpretação e a importância da linguagem (giro linguístico). Defende-se aqui que a linguagem é condição de possibilidade da compreensão e que a interpretação é um existencial à medida que interpretar depende sempre de um ser no mundo condicionado por suas pré-compreensões, vicissitudes e idiossincrasias, ou seja, interpretar é uma atividade atributiva condicionada historicamente e culturalmente.

Refletir sobre a interpretação e sobre cerco inevitável da linguagem é importante, pois evidencia que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Enquanto seres no mundo não nascemos com um grau zero de sentido, deve-se respeitar a tradição que nos precede para emitirmos preposições. Ao fim e ao cabo, trata-se da constatação de que o intérprete não é o dono das palavras, ao contrário, é constituído por elas. Assim sendo, deve-se afirmar que a Constituição é o ponto de partida e não o contrário.

A fim de demonstrar o assenhramento das palavras por parte do intérprete na prática jurídica são analisados também nesta pesquisa alguns casos concretos em que é permitido notar o livre afastamento da regra democraticamente produzida. Ora o intérprete simplesmente afasta a norma conforme seu senso de justiça, outrora utiliza-se, de maneira equivocada, da técnica da ponderação. Este é o momento da pesquisa em que fica claro como a livre atribuição de sentidos e uma recepção equivocada de teorias neoconstitucionais são um problema latente.

Por fim e considerando todas as conjecturas realizadas, o estudo propõe-se a analisar os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski proferidos no HC 152.752 e classificá-los entre hermeneuticamente apropriado e hermeneuticamente inapropriado à medida que são ou não consentâneos à Constituição da República. Tal exercício classificatório é possível porquanto cada voto se direciona para um sentido. Durante o exercício classificatório, há inevitavelmente um exercício interpretativo, neste contexto, espera-se ao final, firmar uma reflexão acerca da possibilidade da execução provisória de penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

2 - O problema da discricionariedade

Para situar o local da fala e a problemática desta monografia é importante responder aos seguintes questionamentos: quando é que se pode falar que ocorre uma ruptura em direito? Quando efetivamente se rompe com o *status quo* até então vigente?

Estas indagações são importantes não só para que se possa enxergar o novo, mas também o velho que se apresenta em novas roupagens. No âmbito do direito contemporâneo fala-se e se escreve muito sobre neoconstitucionalismo, pós-positivismo, valores, ponderação, mas o ponto fulcral é saber se hodiernamente há realmente uma ruptura paradigmática no direito que nos permite falar no novo.

Com o escopo de desenvolver uma resposta adequada à problemática é necessário conhecer mais a fundo o positivismo como paradigma filosófico e científico e os seus deslindes com a teoria do direito.

O positivismo como postura filosófica e científica trabalha com a ideia de percepção de fenômenos, estabelecimento de padrões e previsibilidade. De outro modo:

O positivismo é a forma de pensamento filosófico que busca conhecer a explicação da natureza (verdade) por meio da observação e da experimentação, buscando abstrair padrões de comportamento para identificar quais leis regem determinados fenômenos. Para isso, o positivismo primitivo busca neutralizar os efeitos do sujeito: qualquer carga valorativa, humana, pode afetar a pureza do experimento. Logo, ‘objetifica-se’ o conhecimento.

A vantagem em se conhecer as leis de funcionamento da natureza é a possibilidade de prever os acontecimentos, por intermédio da relação direta entre causa e efeito (usando da matemática, astronomia, física, química ou biologia). O positivismo proporciona poder: dominar a natureza, significa aproximar o homem dos deuses, e torná-lo senhor do seu próprio destino.²

Neste passo, o positivismo influenciou todas as ciências, inclusive o direito. A maneira de pensar positivista trouxe um modo “matematizante”³⁴ de compreensão para as ciências sociais, havendo uma supervalorização do método. Para o que importa ao ponto em desenvolvimento, cabe trazer à colação:

Kolakowski, ao explicar a história do pensamento positivista, trabalha com quatro características fundamentais, dentre as quais nos interessa para este ensaio a característica da ‘unidade do método científico’. Tal regra, em sua leitura mais *standard*, enuncia que o método para a aquisição válida de conhecimento é essencialmente o mesmo para todas as áreas científicas, sejam naturais, sejam sociais. Isso fica muito claro em David Hume já no subtítulo de sua obra: ‘Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais’. No limite, tal regra é uma reivindicação metodológica que estabelece o modo como o cientista atuará. Explicando de um modo mais didático, se na biologia um cientista observa e descreve como as plantas se desenvolvem (se abstendo de afirmar como as plantas

² HERZL, Ricardo Augusto. **Crítica hermenêutica do direito processual civil: uma exploração filosófica do Direito Processual Civil Brasileiro em tempos de (crise do) protagonismo judicial**. Dissertação (Tese de Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016, p. 72.

³ “Para Comte, a realidade, seja natural ou social, deve ser analisada e explicada a partir de suas leis, que seriam as relações abstratas e constantes entre os fenômenos observáveis. Entendia ele que as ciências exatas e naturais já tinham atingido o grau de positividade, servindo de parâmetro para as demais ciências. Assim, denominou Física Social o que posteriormente se tornaria a Sociologia.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5º ed. rev. modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32, nota 6.

⁴ “Se conhecer significa quantificar e o rigor científico encontra-se relacionado ao rigor das medições, não é de se estranhar o lugar central da matemática na ciência moderna. Tudo que não é quantificável é, por óbvio, cientificamente irrelevante. Conhecer significa dividir e classificar para depois poder determinar relações sistemáticas entre o que se separou.” TRINDADE, André Karam. **A Filosofia no Direito: com Gadamer contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente o direito contemporâneo**. Dissertação (Tese de Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006, p. 31.

deveriam ser, por exemplo), não poderá ser diferente no âmbito das ciências sociais. Um jurista deve se limitar a observar o modo como o Direito é, e descrevê-lo. Tudo o que passar desse ponto não se tratará mais de atividade científica.⁵

É, pois, neste sistema epistemológico que se desenvolve as bases de um positivismo jurídico, do qual podemos extrair a preponderância das grandes codificações, eis a era dos códigos, por exemplo o Código Civil da França de 1804. Não se pode olvidar que a evolução do positivismo se deu em um contexto de ascensão da concepção moderna de Estado, quadro este que tem como característica o monopólio da produção jurídica emanada pelo poder soberano. Antes tinha-se o pluralismo de fontes, o juiz poderia decidir buscando subsídios no costume, equidade, dentre outras formas. Com o advento do Estado moderno, o juiz passou a observar a lei enquanto ordem formalmente válida propalada pela única fonte legítima: o Estado.

Importante também neste contexto é a teoria de Montesquieu que propugnava por uma teoria (rígida) da separação dos poderes, segundo a qual caberia ao órgão legiferante produzir a lei e ao juiz aplicá-la ao caso concreto (aplicação mecanicista concretizada pelo método lógico da subsunção). Como destaca André Karam Trindade “a subordinação dos juízes à lei tende unicamente a garantir aquilo que é o mais valioso para o liberalismo: a segurança jurídica, para que o cidadão tenha certeza a respeito da legalidade de seus comportamentos”⁶.

Acreditava-se à época ser possível desenvolver um sistema de regras que trouxesse segurança e previsibilidade para as relações jurídicas, de modo que ao juiz caberia a função de aplicar as regras ao caso concreto sem maiores problemas (subsunção).

Há um dispositivo importante no Código de Napoleão que é condição de possibilidade para entender a trama positivista. Em seu artigo 4º, o Código francês de 1804 dispunha que o juiz não poderia se recusar a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, pois, caso o fizesse, poderia ser processado como culpável de justiça denegada. Neste contexto, cabe destacar que:

A pretensão dos redatores do art. 4º do Código era deixar aberta a possibilidade da livre criação do direito por parte do juiz. No entanto, a solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito foi a de que o dogma da onipotência do legislador está ligado ao dogma da completude do ordenamento jurídico, isto é, de que o juiz deve sempre encontrar as respostas no interior da própria lei, tendo em vista

⁵ DIETRICH, William Galle; PESSOA, Frederico. É possível um positivismo prescritivo ou isso já não seria mais positivismo? *Conjur*, 11 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-11/diario-classe-seria-possivel-falar-positivismo-prescritivo>> Acesso em: 05 jun. 2018.

⁶ TRINDADE, André Karam. *Op. cit.*, p. 35.

que nela estão contidos os princípios que permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso através da interpretação.⁷

O positivismo jurídico (clássico) partilhava do dogma de completude do ordenamento, acreditando ser possível ao juiz, analisando a codificação, retirar a regra para o caso concreto encontrando assim a “vontade do legislador”, neste contexto é que se desenvolve a escola da exegese na França⁸, ou seja, um corpo de estudiosos que centravam seus estudos tão somente na codificação, única fonte do direito⁹. O calcanhar de Aquiles reside justamente aqui, pois se perceberá que a realidade é mais complexa que as codificações, então como resolver a seguinte aporia¹⁰: de qual maneira deve proceder o juiz para retirar da codificação a vontade imanente do legislador e resolver o caso *sub judice*, considerando ainda que ao juiz cabe apenas reproduzir a “essência” (*sic*) que da lei consta? Arthur Kaufman explica:

A decadência do *positivismo jurídico* começou logo quando este exteriorizou os seus sucessos mais impressivos: as grandes obras legislativas dos fins do século XIX [...] A crítica ao positivismo jurídico foi, a princípio, imanente. Os seus dois dogmas, de que o juiz não pode criar direito, mas que, ao mesmo tempo, não pode denegar a justiça, isto é, a proibição de criação de direito e a proibição de denegação de justiça, pressupõem, por imperativo lógico, um terceiro: o de que a ordem jurídica positiva seja um todo fechado e completo. Mas esta *pressuposição da ausência de lacunas das leis* mostrou-se insustentável. Todavia, uma vez que não se podia abdicar da proibição de denegação de justiça, a proibição de criação do direito teve que cair.¹¹

⁷ TRINDADE, André Karam. *Op. cit.*, p. 37.

⁸ “Um equívoco bastante comum é considerar o positivismo jurídico como sinônimo de positivismo exegetico (ou legalista). O positivismo exegetico é apenas uma das variadas manifestações de positivismos.

Na Alemanha o positivismo foi consequência da construção do “direito científico” por intermédio do formalismo conceitual – também conhecido como pandectismo –, fruto do estudo rigoroso dos juristas acerca do Direito Romano na busca da formação de conceitos jurídicos (dando origem à escola da jurisprudência dos conceitos). Trata-se do positivismo pandectista.

Já na Inglaterra predominou o positivismo utilitarista (agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar social), onde a lei deveria ser clara (para exprimir a vontade do legislador) e breve (para ser de fácil fixação na memória do cidadão).

É na França que se desenvolve o conceito de positivismo exegetico.” HERZL, Ricardo Augusto. *Op. cit.*, p. 73.

⁹ “Com o positivismo jurídico, portanto, ocorre a exclusão do direito natural da categoria conceitual do direito e, consequentemente, a redução de todo o direito ao direito positivo, o que resulta na seguinte fórmula: o positivismo jurídico é a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.” TRINDADE, André Karam. *Op. cit.*, p. 38-39.

¹⁰ Neste termos: “É claro que, já neste período, apareceram problemas relativos à interpretação desse ‘texto sagrado’.

De algum modo se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre a realidade. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não seja ‘destruída’? E, ao mesmo tempo, como excluir da interpretação do direitos os elementos metafísicos que não eram benquistos pelo modo positivista de interpretar a realidade?” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. *Op. cit.*, p. 34.

¹¹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 121.

Com efeito, deve-se ter em conta duas questões primordiais no que toca à interpretação para o positivismo clássico. Primeiro, a interpretação era concebida como reprodução de sentidos¹². Segundo, a interpretação trabalhava no nível sintático. Ou seja, a interpretação se dava em uma relação signo-signo, produzindo abstrações¹³. Pode-se dizer:

Para melhor compreender o positivismo legalista, podemos recorrer a uma análise semiótica do direito. A semiótica divide a análise da linguagem em três níveis: sintática, semântica e pragmática. No nível da sintaxe, a linguagem é considerada a partir de sua estrutura dos signos e a análise obedece a uma lógica de relação signo-signo. Não se considera, aqui, para efeitos de análise, a relação do signo com o objeto ao qual ele faz referência. Por outro lado, a semântica opera uma análise da linguagem na perspectiva de determinar o sentido do signo a partir de sua relação com o objeto. Já a pragmática considera a linguagem na perspectiva do uso (prático) que dela faz aqueles que com ela operam. Nessa perspectiva, o positivismo legalista pode ser considerado uma teoria jurídica-sintática. Isso porque o direito aqui é conhecido e analisado apenas a partir dos conceitos que compõem a legislação. Não se problematiza, aqui, a relação deste conceito com a concretude fática. O conceito pode ser conhecido em si mesmo apenas a partir da utilização das fórmulas lógicas do entendimento. Neste caso, o direito nunca poderia ser analisado numa perspectiva quer semântica, quer pragmática. Esse fato acaba por produzir um reducionismo na análise do direito, na medida em que os problemas interpretativos não são problematizados em análises exclusivamente sintáticas.¹⁴

É neste contexto de insuficiência do positivismo clássico que surge novas teorias (antipositivistas) que buscavam resolver os problemas concernentes à interpretação e aplicação do direito. Tem-se então, em reação ao positivismo exegético (França) o Movimento do Direito Livre, em reação à jurisprudência dos conceitos (Alemanha), a jurisprudência dos interesses, em reação ao positivismo utilitarista (Inglaterra) o realismo jurídico¹⁵. Desta reação, a interpretação do direito passa a ser concebida por argumentos de cariz sociológico, psicológico

¹² Esta problemática será retomada mais a frente quando da análise das concepções metafísicas encobertas no direito

¹³ “Dito de outro modo: no nível sintático, como ocorre com o positivismo legalista, a linguagem jurídica obedece à relação lógica entre signo-signo – os conceitos são deduzidos a partir de formas lógicas de entendimento entre si, distantes dos fatos concretos –, diferentemente do que ocorre no nível semântico, onde se busca determinar o sentido do signo a partir de sua relação com o objeto, ou, ainda, de maneira diversa ao *nível da pragmática*, em que a linguagem se estabelece no uso (efetivo) dos atos comunicativos.

Logo, para o positivismo legalista, o *Direito seria uma metalinguagem* – um mundo de *faz de conta* –, onde os conceitos (signos) são inter-relacionados para fazerem sentido abstratamente (coisa julgada, litispendência, preclusão) e que, por isso, seriam autossuficientes nas relações que travam entre si, apenas a partir da utilização de fórmulas lógicas do entendimento (v.g., há coisa julgada quando há identidade entre partes, causa de pedir e pedido, e desde que não caiba mais nenhum recurso contra decisão definitiva de mérito). A conclusão é que o positivismo legalista produz grande reducionismo na análise do Direito, pois os problemas interpretativos serão sempre fruto de *especulação meramente teórica*, longe da perspectiva semântica ou pragmática. A *facticidade* sempre sobra para o legalista, portanto. O positivismo legalista “descola” o direito dos fatos.” HERZL, Ricardo. *Op. cit.*, p. 76.

¹⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 31, nota 42.

¹⁵ Cf. Ricardo Herzl. *Op. cit.*, p. 75.

e ideológico. E é levando em conta todo este quadro de insuficiência do positivismo clássico e a invasão no direito de argumentos de segunda ordem (argumentos voluntaristas-axiologistas¹⁶) que surge Hans Kelsen e o seu positivismo normativista.

Hans Kelsen em seu intento juspositivista realiza uma cisão entre Direito (linguagem objeto) e Ciência do Direito (metalinguagem), buscava afastar os argumentos voluntaristas-axiologistas do direito enquanto ciência.¹⁷ É partindo desta premissa que constatará que a questão da interpretação no Direito é um problema de semântica, sendo relegada ao segundo plano. Como explica Lenio Streck:

No fundo, Kelsen estava convicto de que *não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática*. Desse modo, todas as questões que exsurtem dos problemas práticos que envolvem a cotidianidade do direito são menosprezados por sua teoria na perspectiva de extrair da produção desse manancial jurídico algo que possa ser cientificamente analisado.

Aqui reside o ponto fulcral, cujas consequências podem ser sentidas mesmo em ‘tempos pós-positivistas’: um dos fenômenos relegados a esta espécie de ‘segundo nível’ foi exatamente *o problema da aplicação judicial do direito*. Com efeito, não é sem razão que a interpretação judicial é tratada como um *apêndice* em sua *Teoria Pura do Direito* e apenas apresenta interesse para auxiliar a diferenciação entre a interpretação que o cientista do direito realiza e aquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões.¹⁸

Hans Kelsen era um relativista moral¹⁹, não acreditava ser possível conceber uma moral absoluta, desta forma a interpretação a nível de aplicação não seria controlável, haveria um

¹⁶ “Em resumo, nas diversas tentativas de superação do positivismo primitivo (nas suas variadas tradições ‘nacionais’), construíram-se teses voluntaristas-axiologistas, passando da ‘razão’ para a ‘vontade’.” HERZL, Ricardo. *Op. cit.*, p. 74-75, nota 119.

¹⁷ “[...] como já demonstrou Warat em priscas eras, Kelsen tem um tributo epistemológico principalmente com Carnap, e isso fica muito claro quando ele, Kelsen, escolhe fazer ciência apenas na ordem das proposições jurídicas (ciência), deixando de lado o espaço da ‘realização concreta do direito’. Com efeito, nos termos propostos por Manfredo Oliveira, também Carnap excluía de sua construção teórica a análise dos enunciados chamados pragmáticos: para Carnap, apenas a sintaxe e a semântica eram as dimensões da linguagem que interessavam ao labor filosófico. A pragmática, sendo uma ciência empírica, estava excluída da filosofia. Kelsen, portanto, privilegiou, *em seus esforços teóricos, as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos*, deixando a pragmática para um segundo plano: o da discricionariedade do intérprete. Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX [...]” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 64-65.

¹⁹ “[...] Kelsen era uma pessimista moral, uma espécie de cético que apostava em uma moral *relativista*. Para ele, o problema da vinculação do direito à moral se apresenta problemático, porque não há como sustentar uma moral absoluta – válida e vigente em todos os lugares e em todos os tempos – que possa servir como parâmetro para determinação dos conteúdos das normas jurídicas. Sua argumentação procura demonstrar como há vários sistemas morais que variam de acordo com a época e o lugar de onde se originam: ‘o que é mais importante, porém – o que tem de ser sempre acentuado e nunca o será o suficiente – é a ideia de que não há uma única Moral, ‘a’ Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes entre os outros e muitas vezes antagônicos’. Ou seja, há uma impossibilidade de conhecimento dos *conteúdos* morais expressos nas condutas dos indivíduos.” *Id., ibid.*, p. 64.

espaço discricionário em que o interprete atuaria. Para deixar mais claro, Kelsen trabalhava com uma cisão entre interpretação como ato de vontade (linguagem objeto) e como ato de conhecimento (metalinguagem). No plano metalinguístico – âmbito de atuação do cientista do direito – a interpretação funciona em um nível sintático, ou seja, estruturação entre os signos em que se questiona pela validade da proposição²⁰. Por sua vez, a interpretação como ato de vontade é aquela produzida quando da aplicação das normas, aqui o juiz teria um âmbito de atuação (discricionariedade) em que poderia atuar e decidir, justamente em razão dessa moral relativista kelseniana.

Eis o nó górdio! Ao trabalhar com a ciência jurídica, relegando a razão prática (aplicação), Kelsen não consegue combater os axiologismos-voluntaristas. Sendo mais claro:

[...] É neste sentido que se pode afirmar que, no que tange à interpretação do direito, Kelsen amplia os problemas semânticos da interpretação, acabando por ser picado fatalmente pelo ‘agulhão semântico’ de que fala Ronald Dworkin.

Portanto, em um ponto específico, Kelsen ‘se rende’ aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor, esse ‘desvio’ é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen chega a falar que as normas jurídicas [...] são aplicadas no âmbito de sua ‘moldura semântica’. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizado a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso [...].²¹

O problema que permanece(u) vivo e latente é o da discricionariedade. Transitou-se apenas entre os polos da metafísica (clássica e moderna). Com efeito, é neste caldo teórico que se inserem as teorias hodiernamente, as quais, por sua vez, parecem não se atentar ao “fator discricionário”. Porém, para esclarecer de maneira aceitável o intrincado problema convém falar sobre a metafísica.

A metafísica clássica, já presente em Aristóteles, acreditava que a verdade estava nas coisas, que por sua vez possuíam uma “essência”.

[...] é possível dizer que, para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência). A metafísica foi entendida e projetada como ciência por Aristóteles e é a ciência primeira no sentido que fornece a todas as outras o fundamento comum, isto é, o objeto ao qual todas se referem e os princípios dos quais todas dependem [...].²²

²⁰ [...] A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz proposições.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. *Op. cit.*, p. 35.

²¹ *Id.*, *Ibid.*, p. 36.

²² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** *Op. cit.*, p. 13.

Essa ideia de essência denota o objetivismo filosófico, ou seja, a concepção de que o ser pensante conhece o objeto em sua objetividade, sem manifestações de ordem subjetiva/psíquica. Trata-se da ideia de *adequatio intellectus ad rem/adequatio intellectus et rei*, em que supõe-se que “o conhecimento seja uma espécie de concatenação entre a representação psíquica e o objeto cogitado”²³. Cabe destacar que tendo por base este enfoque “o ato de conhecer envolveria certa mediação entre linguagem e mundo; a necessidade de que – colocando-se em situação de absoluta imparcialidade – alguém pudesse contrapor a realidade e os signos”²⁴. Porém “esse *locus* não existe, dado que a linguagem é necessária para o próprio pensamento; ela é como a água em que os peixes nadam”²⁵. Podemos conjecturar sem mais esforços que o positivismo clássico aqui delineado estava inserto neste paradigma filosófico, afinal no que consistiria a vontade do legislador (*voluntas legis*) ou a vontade da lei (*voluntas legislatoris*)²⁶ do que uma busca por essências (metafísicas)? Andre Karam conclui que:

Todavia, a questão nevrálgica é que, de uma maneira ou de outra, independentemente da posição adotada, o resultado disso tudo é o aparecimento de um arbitrário juridicamente prevalecente, mascarado através da busca do correto e fiel sentido da lei, mas que, ao fim e ao cabo, reflete o modo como as ‘correntes dominantes’, os ‘entendimentos pacíficos’ e as ‘jurisprudências majoritárias’ determinam ao seu bel prazer o que é que a lei diz [...].²⁷

Por sua vez, a metafísica moderna desloca o polo da relação sujeito-objeto. Do objetivismo filosófico ao sujeito “assujeitador” (aquele que adjetiva o mundo conforme sua consciência). Do objeto dotado de essência à consciência atribuidora de sentidos do sujeito solipsista. Nestes termos:

A superação do objetivismo (realismo filosófico) dá-se na modernidade (ou com a modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (*Aufklärung*). O fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença de *illuminatio divina*. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra ‘sujeito’ muda de posição. Ele passa a ‘assujeitar’ as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão [...].²⁸

²³ CRUZ, Flávio Antônio da. *Op. cit.*, p. 38.

²⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 39.

²⁵ *Id.*, *ibid.*, p. 39.

²⁶ “O legislador não tem personalidade física individual, cujo pensamento, pendores e vontades se apreendem sem custo. A lei é obra de numerosos espíritos, cujas ideias se fundam em um conglomerado difícil de decompor.” GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 44.

²⁷ TRINDADE. André Karam. *Op. cit.*, p. 51.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** *Op. cit.*, p. 13.

Podemos aqui claramente demonstrar a ligação entre a metafísica moderna e o positivismo normativista em que a interpretação é um ato de vontade, dependendo, pois da consciência do intérprete que atribuirá o sentido em seu espaço de discricionariedade. E aqui está o problema que devassa direitos e garantias: a livre atribuição de sentidos pelo sujeito solipsista ou o sujeito egoísta (*selbstsüchtiger*)²⁹.

Esta é enfim a discussão fundamental muito cara a esta monografia: a discricionariedade. Para aprofundar a discussão devemos revisitar um aspecto fundamental do positivismo jurídico, a equiparação entre *jus* e *lex* e a aceção formal de validade do direito. Como destaca Luigi Ferrajoli:

Entende-se o alcance extraordinário da revolução que se produziu com a afirmação do princípio de legalidade como efeito do monopólio estatal da produção jurídica. Trata-se de uma mudança de paradigma que investe muito mais a forma do que o conteúdo da experiência jurídica. Se compararmos o código civil de Napoleão ou o código civil italiano com as *Institutiones* de Gaio, as diferenças substanciais podem parecer pequenas. O que muda é o título de legitimação: não é mais a respeitabilidade dos doutores, mas a autoridade da fonte de produção; não é mais a verdade, mas a legalidade; não é a substância, isto é, a justiça intrínseca, mas a forma dos atos normativos [...].³⁰

Ainda:

Em primeiro lugar, muda com o princípio de legalidade a própria noção de ‘validade’ das normas, a qual se dissocia da noção de ‘justiça’ ou de ‘verdade’. E muda, portanto, o critério de identificação do direito existente: uma norma existe e é válida não porque é intrinsecamente justa e ainda menos ‘verdadeira’, mas somente porque é proclamada em forma de lei por sujeitos habilitados por ela. Trata-se de uma mudança que se expressa naquela que chamamos costumeiramente de ‘separação entre direito e moral’ [...].³¹

²⁹ “É preciso entender que o sujeito solipsista – que está na base de afirmações do tipo ‘decido conforme minha consciência’ – é uma construção filosófica que deita suas raízes no que antes delinee. Essa concepção tem como ponto de partida o *cogito ergo sum* de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo eu transcendental de Kant, até chegar a seu extremo em Schopenhauer, com a ideia de *mundo como vontade e representação*. Com efeito, como afirma Blackburn, o solipsismo ‘é a consequência de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles’. Trata-se, portanto, de uma corrente filosófica que determina que existe apenas um *Eu* que comanda o Mundo, ou seja, o *mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito*. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. O *mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é*. [...]

Desse modo, quando falo aqui – e em tantos outros textos – de um sujeito solipsista, refiro-me a *essa consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir* [...].” *Id.*, *ibid.*, p. 58-59.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Org.). **Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 421.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 423.

Sucedem que, a ausência de uma concepção material de validade no direito possibilitou a ascensão de regimes autoritários³² (por todos, o nazismo alemão). Devido a este cenário catastrófico é que, no pós-guerra surgem – mormente no continente europeu – aceções de Estados fundados e legitimados por uma Constituição, responsável por tutelar/assegurar os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático³³.

Com efeito, há uma nova “rematerialização” da teoria do direito que passa a trabalhar com um fator de legitimidade para o ordenamento jurídico, qual seja, a Constituição. Surge uma aceção material de conformidade³⁴. As leis (*lato sensu*) infraconstitucionais somente serão legítimas se válidas formalmente (procedimento de constituição das normas/processo legislativo) e materialmente (conforme a Constituição).

É nestes termos então que aparece o epíteto neoconstitucionalismo, que é um termo polissêmico. Pode-se dizer que este termo em muito está relacionado com concepções resultantes da guinada paradigmática que ocorrera no direito no século XX, qual seja, o reconhecimento da força normativa da Constituição. Como destaca Daniel Sarmento:

A palavra ‘neoconstitucionalismo’ não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003.

Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se

³² “A isto somou-se uma circunstância ainda mais gravosa, que, aliás, permaneceu latente durante muito tempo: o positivismo é impotente face a leis injustas ou imorais. Vimos que Feuerbach, para obviar esta situação, introduziu uma cláusula: não há dever de obediência face a uma *lex corrupta* (neste ponto, ele não era um verdadeiro positivista). Contudo, nos finais do século, deixou-se cair esta barreira. Tomou-se o positivismo à letra, identificando lei e direito, pelo que não só *apenas* a lei é direito, mas também *qualquer* lei é direito [...]” KAUFMAN, Arthur. *Op. cit.*, p. 122.

³³ “Com a redemocratização ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, houve uma verdadeira revolução copernicana no direito público, a partir da qual os Estados soberanos optaram por instituir em suas Constituições uma gama de valores e princípios vinculantes, representando o acordo e o consenso de uma comunidade política e fundando um novo paradigma constitucional, cujos dois pilares estruturantes são os ideais democráticos e o respeito aos direitos fundamentais.” TRINDADE, André Karam. *Op. cit.*, p. 90.

³⁴ “No ‘Estado constitucional de Direito’, as leis são submetidas não só a normas formais sobre a produção, mas também a normas substanciais sobre o seu significado. De fato, não são admitidas normas legais, cujo significado esteja em contraste com normas constitucionais. A existência ou vigor das normas, que no paradigma paleojuspositivista tinham sido separadas da justiça, separam-se agora, também, da validade, tornando possível que uma norma formalmente válida e, portanto, vigente, seja substancialmente inválida quando o seu significado estiver em contraste com normas constitucionais substanciais, como, por exemplo, o princípio de igualdade ou os direitos fundamentais.” FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 425.

apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.³⁵

Dentre as características do neoconstitucionalismo, Daniel Sarmento prossegue:

[...] E pode-se notar, pela leitura dos trabalhos destes e de outros autores brasileiros, que há um relativo consenso na definição das características centrais do novo paradigma: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.³⁶

Com efeito, há uma ideia superação de um paradigma jurídico anterior, agora tem-se uma Constituição normativa, uma acepção ambivalente de normas (princípios e regras), uma mitigação do ser e dever ser³⁷. Neste contexto há o fortalecimento do Poder Judiciário como o

³⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 269-270.

³⁶ *Id.*, *Ibid.*, p. 284-285.

³⁷ Entenda: “As teorias recentemente denominadas *neoconstitucionalistas* constituem um exemplo da supracitada reaproximação entre as dimensões descritiva e prescritiva no âmbito da teoria jurídica hodierna. Por um lado, elas objetivam descrever o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, marcado, sobretudo, pelo papel de relevo exercido por uma ‘constituição invasora’ em um processo de transformação do sistema jurídico que resulta em sua ‘impregnação’ pelas normas constitucionais, capaz de condicionar tanto a legislação infraconstitucional como a jurisprudência, a doutrina, a ação dos atores políticos e o conjunto das relações sociais de uma dada comunidade política. Por outro lado, lembra-nos Alfonso Garcia Figueroa, o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico não se limitou a transformar o direito positivo, tendo, igualmente, repercutido intensamente sobre o estilo do pensamento de juristas e teóricos do Direito. [...]”

Neste sentido, constitui um mínimo denominador comum de tais teorias a insistência na necessidade de superar um modelo teórico que estabeleça que a ciência jurídica deva ocupar-se exclusivamente em descrever o direito formalmente válido segundo a tese positivista das fontes sociais do direito. [...]

A distinção entre o Direito real e o Direito ideal é mitigada, por exemplo, pela função assumida pelos princípios nos sistemas jurídicos contemporâneos, ao evocarem principalmente ‘um ideal [isto é, um estado de coisas a ser alcançado ou salvaguardado] que pode ser otimizado argumentativamente’” GARRIDO, Alexandre. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 103-104.

legítimo protetor da Constituição e o aparecimento no Brasil de teorias para o lidar com a complexidade do momento.

O que se pôde observar, entretanto, é que a importação de teorias “neoconstitucionais” somada com a sua recepção acrítica em *terrae brasilis* nada mais fez do que repristinar axiologismos/decionismos. Ao fundo e ao cabo as teorias que se apresentam parecem querer se contrapor ao positivismo clássico³⁸ de que falamos acima, apostando na discricionariedade do intérprete.

Nestes termos cabe destacar a jurisprudência dos valores e a relação direta com a técnica da ponderação. A jurisprudência dos valores é de origem alemã, trabalha com a noção de um *jus* distinto da *lex* e foi concebida com escopo de ampliar o âmbito de aplicação da norma³⁹. No Brasil, essa tese foi importada com a ideia de que a Constituição é uma ordem de valores, mais precisamente, os princípios seriam a corporificação de valores e que, em razão disso, ocorreria conflitos entre eles, cabendo ao intérprete, quando do conflito, por meio do seu exercício discricionário, resolver o caso concreto (pela técnica da ponderação⁴⁰). Neste sentido:

[...] O processo de interpretação constitucional, deve ser informado, antes e acima de tudo, pelos princípios constitucionais, que contêm a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. São os princípios que contêm as decisões políticas fundamentais e que dão unidade ao sistema constitucional [...].⁴¹

³⁸ “[...] Com efeito, minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismo e protagonismo judiciais). Isso porque considero, no âmbito destas reflexões, *superado o velho positivismo exegético* (ou o positivismo nas suas três vertentes – francesa, alemã e inglesa do século XIX). Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o ‘juiz não é a boca da lei’ etc.; enfim, podemos ser poupados, nessa quadra da história, dessas ‘descobertas polvulares’. Entretanto, essa ‘descoberta’ não pode implicar um império de decisões solipsistas [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. *Op. cit.*, p. 32.

³⁹ Sendo mais claro: “[...] no caso alemão, a *Jurisprudência dos Valores* serviu para equalizar a tensão produzida da outorga da *Grundgesetz* pelo aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada.” *Id.*, *ibid.*, p. 58.

⁴⁰ Ainda sobre a técnica da ponderação: “[...] No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da *argumentação* desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação.” BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363-364.

⁴¹ *Id.*, *ibid.*, p. 300.

É necessário retomar um ponto que pode ser a questão fundamental dos decisionismos no direito brasileiro. A ideia diluída de que a superação que se empreende com este novo paradigma no direito trata-se de uma superação do positivismo exegetico. Este ideário está presente, por exemplo, no livro do ministro Barroso que trata justamente da interpretação e aplicação da Constituição, *verbis*:

Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.⁴²

Repare o cerne da questão. Afastar o juiz *le bouche da la loi* redundará justamente em Hans Kelsen e o positivismo normativo em que a interpretação nada mais é que um ato de vontade. Tem-se então a (livre) atribuição de sentidos pelo sujeito solipsista (encapsulado) ou, se se quiser, pelo juiz que decide conforme sua consciência. No Brasil este ponto é ainda mais agravado, há uma inflação de princípios que permitem ao intérprete dispor do texto democraticamente produzido. Neste mesmo sentido:

Se, até não muito tempo atrás, os princípios não eram tratados como autênticas normas por aqui - só tinha bom direito quem podia invocar uma regra legal clara e precisa em favor da sua pretensão - com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passou-se em poucos anos da água para o vinho. Hoje, instalou-se um ambiente intelectual no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas, e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas - e positivismo hoje no país é quase um palavrão. Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.⁴³

Veja o quanto a questão é problemática, as concepções que estão se erigindo em solo brasileiro estão permitindo o desenvolvimento desta livre atribuição de sentidos. Repare os sintomas: teorias que expandem o âmbito de significação das normas (jurisprudência dos

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 353.

⁴³ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 295-296.

valores à brasileira); ideia da ponderação (como se a divisão em procedimentos/métodos para a aplicação afastasse a possibilidade de decisão conforme a consciência do juiz); uso performático/retórico das palavras⁴⁴; a concepção de um Judiciário que, em reação a inércia dos demais poderes, se empodera cada vez mais passando representar as projeções da sociedade, nesta passada não demora muito para que justiça e opinião pública passem a querer se identificar⁴⁵ (afinal, violar ou não uma garantia constitucionalmente atribuída em nome da eficácia do processo? Não seria também a eficácia um princípio que deve preponderar quando da ponderação com os direitos fundamentais? O que fazer se a opinião pública não aguenta mais a “impunidade” na sociedade brasileira?).

O cenário é ainda mais preocupante, se no Brasil até a legalidade burguesa foi difícil de emplacar⁴⁶, se aqui estamos na terra do “jeitinho” em que prevalece a lógica do compadrio⁴⁷, pode-se ter uma ideia de como é grave o “assenhoramento” das palavras pelos intérpretes.

⁴⁴ “Nesse sentido, não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade foram sendo transformadas em enunciados performativos. Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo existente, nem a uma ideia qualquer; a simples enunciação já faz ‘emergir’ a sua significação. Já ‘não pode ser contestado’; não pode sofrer críticas; consta como ‘algo dado desde sempre’; sua mera evocação já é um ‘em si-mesmo’. O uso performativo de um enunciado objetiva ‘colar’ texto e sentido do texto, não havendo espaço para pensar a diferença (entre ser e ente, para usar a linguagem hermenêutica). Desse modo, expressões como ‘ponderação de valores’, ‘mandados de otimização’, ‘proporcionalidade’, ‘razoabilidade’, ‘decido conforme minha consciência’, no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o ‘sentido próprio’ e o ‘próprio sentido’. São sentidos coagulados que atravessam a gramática do direito rumo a uma espécie de univocidade extorquida no plano das relações simbólicas de poder. Em nome da proporcionalidade e do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada ‘ponderação’), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e da proporcionalidade (ou da razoabilidade).” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. *Op. cit.*, p. 65-66.

⁴⁵ “No cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, o descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos. A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário. E este sentimento é fortalecido quando a Justiça adota decisões em consonância com a opinião pública - como ocorreu no recebimento da denúncia criminal no caso do “mensalão”, na definição de perda do mandato por infidelidade partidária, e na proibição do nepotismo na Administração Pública.” SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 287.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁷ “E há na sociedade brasileira traços que tornam ainda mais perigosa esta tendência à frouxidão e emotividade na metodologia jurídica. Nossa cultura caracteriza-se muito mais pelo “jeitinho” e pelo patrimonialismo do que pela valorização do cumprimento impessoal de regras. O brasileiro - já dizia Sérgio Buarque de Holanda - é o “homem cordial”, que tende a antepor a lógica privada do compadrio e da simpatia à racionalidade objetiva das leis. Esta singularidade das nossas relações sociais não atua de forma neutra em relação a todos os cidadãos. Ela implica na adoção de posturas estatais em geral muito benevolentes em relação aos donos do poder e seus apaniguados, e de posições muito mais duras dirigidas aos grupos excluídos e marginalizados. Uns poucos acabam pairando acima das leis, que não os alcançam para limitar a sua conduta ou sancionar os seus desvios, enquanto outros permanecem abaixo dela, sendo atingidos apenas pelo braço punitivo do Estado, pois a violação rotineira dos seus direitos é naturalizada, tornando-se invisível.” SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 297.

Por todo o exposto, faz-se um alerta no que toca às posturas que se propõem a ser neoconstitucionais, pós-positivistas buscando superar o paradigma anterior⁴⁸. É necessário que se tenha cuidado⁴⁹! Não há que se falar em posturas realmente pós-positivistas se o principal problema do positivismo – a discricionariedade – ainda não foi resolvido. Cabe não olvidar que a discricionariedade aqui discutida vai além daquela enxergada por Hart diante da textura aberta das regras. A ideia de textura aberta foi uma constatação do filósofo inglês segundo a qual:

Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis («Se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é-o certamente») mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não («A expressão «veículo» usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?»). Estes últimos são situações de facto, continuamente lançadas pela natureza ou pela invenção humana, que possuem apenas alguns dos aspectos dos casos simples, mas a que lhes faltam outros.⁵⁰

Hart entendia que a natureza das linguagens naturais era inevitavelmente aberta e que, em razão disso, sempre sobriaria uma discricionariedade ao intérprete para resolver o caso

⁴⁸ “Nos últimos anos, os prefixos neo- e pós-, assim como o adjetivo novo, conquistaram indubitavelmente uma posição de destaque na denominação de teorias jurídicas que pretendem, sob variados enfoques metodológicos e com reflexos nas diferentes disciplinas do Direito, superar o *status quo* teórico que, para muitos, é identificado como uma visão incompleta – para alguns até mesmo reducionista – do fenómeno jurídico.” GARRIDO, Alexandre. *Op. cit.*, p. 94.

⁴⁹ Neste mesmo sentido: “Em condições reais, a existência de princípios em jogo (no sentido de abertura para a introdução de ‘valores’ no Direito) pode propiciar aos juizes a possibilidade de sempre encontrar alguma fundamentação que atenda às suas escolhas pessoais. Melhor dizendo: decido, depois fundamento. Desse modo, tamanha abstração acaba por aumentar a indeterminação do próprio Direito, enfraquecendo-o.

Sob o viés eminentemente crítico, Luigi Ferrajoli acusa e opõe-se à expressão neoconstitucionalismo, por se tratar de terminologia ambígua e enganadora, porquanto nada mais identifica senão a tentativa de um retorno tardio ao jusnaturalismo, de modo a não possuir características próprias.

Ainda, Ferrajoli enfatiza que o neoconstitucionalismo não carrega consigo nada de novo, já que apenas representa a superação (em sentido antipositivista) do próprio positivismo. Propõe, assim, simplesmente falar-se em constitucionalismo jurídico, não mais resultante da conhecida (clássica) contraposição entre o constitucionalismo jusnaturalista e o constitucionalismo juspositivista, mas sim decorrente do atual embate travado entre o constitucionalismo argumentativo (ou principialista) e o constitucionalismo garantista.

Para o referido autor, o constitucionalismo principialista tem como características fundantes o ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre Direito e moral (papel central associado às teorias da argumentação) – mormente as que estabelecem que os direitos, após a sua abdução pela Constituição, ainda que sob a forma de regras, devem ser considerados princípios, a fim de viabilizar a (técnica de) ponderação de “valores” –, e a concepção do Direito como prática jurídica (pragmatismo) confiada ao sabor dos magistrados.

Ferrajoli vai além e denuncia os riscos do constitucionalismo argumentativo. O crescente cognitismo ético conduz ao absolutismo moral (dogmatismo), gerando intolerância às opiniões morais dissidentes. Por consequência, é enfraquecido o papel normativo das Constituições em face da sua constante relativização, diante do crescente ativismo judicial, com a ampliação da discricionariedade e o aumento do grau de incerteza das decisões.

Assim sendo, o constitucionalismo principialista levará à degradação dos direitos fundamentais e ao enfraquecimento dos princípios constitucionais que os representam pela utilização de enunciados vagos, contendo genéricas recomendações de caráter ético-político.” HERZL, Ricardo. *Op. cit.*, p. 33-34.

⁵⁰ HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 139.

concreto quando diante de situações nas quais houvesse uma dúvida razoável sobre a aplicação ou não da regra (*hard case*), no exercício dessa discricionariedade a decisão seria uma escolha, ou seja, seria possível várias respostas⁵¹.

A discricionariedade problematizada nesta monografia vai além, posto que aquela problematizada por Hart trabalha com os chamados casos difíceis, ao passo que nos casos fáceis a lógica de aplicação consistiria no uso da subsunção. Ao contrário, o que preocupa hodiernamente na *práxis* jurídica é a livre atribuição de sentido na qual texto e norma parecem constituir realidades totalmente distintas. Neste contexto, situações que poderiam ser designadas como fáceis têm sido afastadas pelo desígnio solipsista do aplicador. Diante disso que se afirma, e isso deve ficar claro, princípios não podem ser usados para abrir/rasgar o âmbito semântico do texto e afastar a aplicação de uma regra democraticamente produzida. Há que se respeitar o limite semântico do texto. Já é sabido, de há muito, que o juiz não é a mera boca que reproduz os sentidos da lei, mas isso não quer dizer livre atribuição de sentido como se texto e norma⁵² fossem instâncias totalmente dissociadas. Tem que se ter cuidado, pois, para o quão complexo é o Direito, condição de possibilidade para se enxergar, realmente, o novo.

Enfim, conforme Lenio Streck⁵³ destaca o Constitucionalismo Contemporâneo (observe a preferência a este termo do que neoconstitucionalismo) importa uma mudança em dois níveis: no âmbito da teoria do Estado e Constituição, a concepção de um Estado Constitucional Democrático ou Estado Democrático de Direito e na esfera da teoria do direito uma reformulação da: teoria das fontes (papel fundante e legitimador exercido pela Constituição, não mais pela lei); teoria da norma (reconhecimento da normatividade dos princípios); teoria da interpretação (blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Mais especificamente sobre a interpretação cabe falar agora.

3 - Da interpretação

Karl Larenz em seu livro sobre metodologia da ciência do direito afirmou:

⁵¹ “Confrontada com a questão sobre se a regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certa combinação de circunstâncias em que surge indeterminada, tudo o que a pessoa chamada a responder-lhe pode fazer é considerar (como o faz aquele que recorre a um precedente) se o caso presente se assemelha «suficientemente» ao caso simples em aspectos «relevantes». O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional.” *Id., ibid.*, p. 140.

⁵² Aqui entendida como a interpretação feita do texto.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. *Op. cit.*, p. 47.

[...] É de expressões linguísticas que se trata, tanto nas leis como nas decisões dos tribunais e nos actos administrativos, e, em regra, também nos contratos. A compreensão de expressões linguísticas ocorre, ou de modo irreflexivo, mediante o acesso imediato ao sentido da expressão, ou então de modo reflexivo, mediante o interpretar.⁵⁴

Este excerto será o ponto de partida para que se possa refletir um pouco sobre as vicissitudes do fenómeno interpretativo. De início cabe indagar: será mesmo possível que de modo irreflexivo (ou seja, sem interpretar) possa o intérprete ter acesso imediato ao conteúdo/sentido do texto da lei? Ou será que enquanto seres no mundo interpretamos desde sempre? A interpretação é uma reprodução de sentidos?

É comezinha no senso comum teórico dos juristas a noção de que interpretar é sim reproduzir sentidos. Cabe destacar:

Para tanto, basta que se abra qualquer um dos manuais jurídicos mais vendidos sobre Introdução ao Estudo do Direito, para que se encontrem definições como as seguintes: “interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido” (sic); “interpretar a lei é fixar o sentido de uma norma e descobrir a sua finalidade, pondo a descoberto os valores consagrados pelo legislador” (sic); “interpretar é a busca do esclarecimento, do significado verdadeiro em uma expressão; é extrair de uma frase, de uma sentença, de uma norma, tudo o que na mesma se contém” (sic); “interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos; é explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair, da norma, tudo que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente com a decisão” (sic); “pelo processo interpretativo se estabelece o exato sentido da norma, o seu alcance, as suas conseqüências e os elementos constitutivos do caso previsto pela norma” (sic) – as referências bibliográficas foram suprimidas, tendo em vista que, conforme recomenda Streck, a crítica aqui proposta é voltada apenas para o sentido comum teórico e o dogmatismo jurídico, em que pese alguns autores e obras merecessem, de fato, ser denunciados!⁵⁵

Contudo, e isso já deve ficar assente, interpretar será sempre um ato criativo, pensar o contrário⁵⁶ é acreditar no mito da neutralidade⁵⁷ que nada mais faz que obnubilar/maquiar a complexidade do ato interpretativo. Disso já sabia Cappelletti de há muito, para quem:

⁵⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José de Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 282.

⁵⁵ TRINDADE, André Karam. *Op. cit.*, p. 48, nota 131.

⁵⁶ Pensar que a interpretação é um ato de reprodução de sentidos significa redundar no objetivismo da metafísica clássica. Nestes termos: “Geralmente, ainda que não necessariamente, esse modo de pensar está ligado e depende da opinião falaciosa de que as palavras [...] têm um significado seu, que é intrínseco ou ‘próprio’, isto é, um significado independente dos diversos modos de utilizar e de entender as próprias palavras, constituído previamente em relação aos modos de usá-las e entende-las. Nesta perspectiva, toda palavra ‘tem’ o seu significado: não são os homens que ‘dão’ a ela um significado [...]” GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 135.

⁵⁷ “Ocorre que, segundo Cappelletti, todo o elemento do ato (humano, em geral; e jurídico, em especial) reporta-se sempre e necessariamente a um valor, que é precisamente o que põe em movimento; é causa (origem) e fim

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. . Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. [...] Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas [...].⁵⁸

Para entender melhor essa afirmação (interpretação como ato criativo) é condição de possibilidade mencionar a virada linguística ocorrida no século XX. Nesta há uma invasão da linguagem na filosofia. A linguagem deixa de ser enxergada como instrumento pelo qual o sujeito realizava e exata correspondência entre signo e mundo, para se tornar condição e condicionante. Aurora Tomazini destaca que:

De acordo com este novo paradigma, a linguagem deixa de ser apenas instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado e passa a ser condição de possibilidade para constituição do próprio conhecimento enquanto tal. Este não é mais visto como uma relação entre sujeito e objeto, mas sim entre linguagens.⁵⁹

A importância do giro linguístico é incomensurável, pois importou na superação do sujeito solipsista, derrubando a metafísica moderna. Ao intérprete que constrói seu próprio objeto de conhecimento há, finalmente, a objeção de que é desde sempre ser no mundo, mundo este constituído por e pela linguagem, neste sentido restará sempre condicionado, pois não é na

(meta) da vontade humana, o que significa dizer que a pretendida neutralidade radica em uma ideologia bastante clara: a aceitação e a conservação.

Ademais, merece destaque o fato de que, ainda que as normas jurídicas o vinculem, a neutralidade política do intérprete – no caso, do juiz – só existe nos livros e nos discursos jurídicos. Na prática do direito, ela inevitavelmente se dissolve, eis que todas as decisões jurídicas – porque jurídicas – são decisões políticas.

Nesse sentido, radicalizando contra o mito da neutralidade, Faria sustenta que, sob certo ponto de vista, os cidadãos estariam melhor informados das razões de decidir de cada magistrado, caso suas inclinações ideológicas fossem conhecidas, e não encobertas pelo véu da neutralidade.” TRINDADE, André Karam. *Op. cit.*, p. 70-71.

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 21-22.

⁵⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. Dissertação (Tese de Doutorado em Filosofia do Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 26-27.

consciência que se constrói o sentido, mas – e desde sempre – na linguagem. Repare como sempre restamos adstritos ao plano linguístico:

Toda linguagem fundamenta-se noutra linguagem e nada mais existe além dela. Sempre que procuramos o significado de uma palavra ou a justificativa para uma sentença não encontramos a coisa-em-si, nos deparamos com outras palavras ou outras sentenças. É neste sentido que dizemos ser o discurso auto-referente. Por mais que diga, uma linguagem não se reporta a outra coisa senão a outra linguagem. Uma pessoa, por exemplo, diante do enunciado: ‘as nuvens são brancas’, pergunta: ‘que é nuvem?’ e depara-se com a sentença: ‘nuvem é o conjunto visível de partículas de água ou gelo em suspensão na atmosfera’. Em seguida questiona-se: ‘e que é branco?’, obtendo a resposta mediante outra sentença: ‘branco é a presença de todas as cores’. Ao indagar, ainda, ‘por que as nuvens são brancas?’, depara-se com outro enunciado: ‘as nuvens são brancas porque refletem todas as cores’. E, intrigada por saber ‘que são cores?’, também se vê diante de mais palavras: ‘cores são sensações que a onda de luz provoca no órgão de visão humana e que depende, primordialmente, do cumprimento das radiações’. Nota-se que, em momento algum a pessoa deixa o mundo dos vocábulos, é o que denominamos de ‘o cerco inapelável da linguagem’. Isto acontece porque as proposições se auto-referem, sendo as coisas-em-si intangíveis ao intelecto humano.⁶⁰

No plano da guinada linguística é que adquire importância a hermenêutica, concebida não mais como método⁶¹, mas como filosofia transcendental⁶² (indicadora das condições de possibilidade da compreensão). A hermenêutica clássica era entendida originalmente como a teoria da interpretação (métodos) e surge com o escopo de interpretar os textos bíblicos, códigos, obras literárias... A hermenêutica⁶³ enquanto filosofia transcendental trata da questão do ser (ontologia) e o ser que pode ser compreendido é linguagem. Para deixar claro:

⁶⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Op. cit.*, p. 41.

⁶¹ Já sobre o problema dos métodos interpretativos: “Quanto ao problema fulcral da escolha do método, Savigny sustentava não ser necessária uma hierarquização dos quatro cânones, uma vez que estes não seriam «quatro modos da interpretação a serem escolhidos arbitrariamente, mas atividades diferentes, que têm de agir em conjunto se se quiser que a interpretação resulte». [...] Todavia, Karl Engisch tem com certeza razão, quando acusa Savigny de «encobrir o problema com uma formulação hábil»; na realidade, aqueles métodos podem conduzir a resultados contraditórios, podendo, de facto, observar-se na prática dos tribunais o procedimento segundo o qual se «se escolhe o método de interpretação que, consoante os casos, conduz ao resultado mais satisfatório».” LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 167.

⁶² “Ela é filosofia transcendental no sentido em que designa as condições da possibilidade de compreensão do sentido em geral. A hermenêutica, enquanto tal, não prescreve nenhum método. Ela apenas indica sob que pressupostos se pode compreender algo no seu sentido. [...] Não se pode, todavia, de maneira nenhuma, entender esta universalidade da hermenêutica como um absoluto; a hermenêutica é uma das muitas possibilidades de lidar com o mundo e, como tal, com o direito, não podendo, por isso, fechar-se perante outras teorias como, por exemplo, a teoria analítica ou a teoria da argumentação. Aliás, ela mesmo aponta para a necessidade dessas teorias.” KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.*, p. 150.

⁶³ Não se pode falar de hermenêutica sem ao menos mencionar seus grandes desenvolvedores, quais sejam Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Ambos, cada um a seu modo, desenvolveram a base para a hermenêutica filosófica. Em razão das limitações da monografia não será realizada uma análise de ambos e suas obras fundamentais (Ser e Tempo e Verdade e Método, respectivamente), o objetivo em se tratar da hermenêutica

A extensão do modelo interpretativo da hermenêutica bíblica ou da crítica literária à esfera ontológica (a reflexão sobre o ser) parece também justificada pensando numa experiência elementar que os pais da hermenêutica contemporânea (Dilthey, Heidegger, Gadamer), consideraram decisiva. Quando falamos do ser, das coisas e de nós mesmo, com efeito falamos sempre:

a) de realidades historicamente determinadas, de entidades que se desenvolvem, mudam e terminam: por exemplo, se pensamos em nós mesmo, não pensamos numa realidade estável e definida, mas numa espécie de esboço autobiográfico, naquilo que temos sido até este momento ou que projetamos ser;

b) de coisas que nos têm sido referidas e narradas, palavras que nos têm sido transmitidas, mitos nos quais podemos crer ou não crer, mas que pertencem intimamente à nossa visão da realidade e a substanciam: por exemplo, nos tempos de Galileu retinha-se que o Sol fosse um satélite da Terra, ou até pouco tempo atrás se pensava que a geometria concebida por Euclides refletisse o verdadeiro ser das coisas, e agora o sistema ptolemaico e a geometria euclidiana nos aparecem em toda a sua natureza mítica, narrativa (ou então, continuando com o exemplo precedente: pensando em nós mesmos, nós pensamos naquilo que os outros pensam de nós, nos projetos que os nossos progenitores tinham sobre nós, nas opiniões que em geral os outros nos aconselham ou nos impõem a ter sobre nós mesmo).

Quando procuramos compreender a realidade ou dizemos que uma coisa ‘é’, ‘existe’, fazemos referência precisamente a tudo isso conjuntamente fluido, dialogante e mutável, feito de proveniências e destinos, tradições, narrações e presságios, e é a este conjunto que a hermenêutica dá o nome de ‘ser’. Para a hermenêutica, o ser é linguagem (texto, mito, narração, diálogo) e é tempo (fluxo do acontecer). A hermenêutica herda e radicaliza a tese heideggeriana, para a qual ser é evento [...].⁶⁴

A hermenêutica filosófica nos traz a noção de pré-compreensão, para trabalharmos com ela é necessário refletir mais sobre a linguagem. Nesta altura das reflexões já é sabido que o ser que pode ser compreendido é linguagem (que é condição e condicionante), por isso se afirma que:

Determinantes, léxico e sintaxe de uma língua formam um conjunto de categorias e modos de pensar que é só seu, no qual se articula uma ‘visão’ do mundo e do qual só é possível sair quando se passa a habitar outra língua. É assim com os dialetos, a fala, a escrita, a matemática, a física, a biologia, a informática, o direito, etc. Cada língua cria um mundo e para vivenciarmos outros mundos faz-se necessário mudar de língua, ou seja, temos que trocar os óculos de nosso intelecto.⁶⁵

Se se está imerso em uma linguagem que nos condiciona⁶⁶, ao emitir proposições sobre algo, já se carrega todo um caldo cultural, (pré)concepções, ideários, expectativas. Para ser mais claro:

filosófica aqui se dá em virtude de seu contributo teórico quanto às condições de possibilidade da compreensão (filosofia transcendental).

⁶⁴ D’AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 397-398.

⁶⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Op. cit.*, p. 31.

⁶⁶ “[...] não é o eu individual, o sujeito (ou também o corpo individual do homem), o responsável e o depositário da pré-compreensão, exatamente como *não* somos individualmente depositários da linguagem de que nos servimos, embora sendo em parte responsáveis pelas coisas que dizemos; o horizonte da pré-compreensão pode ser visto como o horizonte híbrido, impuro, que a antropologia chama ‘cultura’ e da qual *participa* idealmente

No início de *Ser e Tempo*, Heidegger declara querer ocupar-se do problema do ser, problema generalíssimo, vastíssimos e originário. Mas se refletimos sobre esse problema, logo nos daremos conta de que *já temos* uma certa ideia do que é o ser: já temos dele uma certa compreensão, diz Heidegger, pelo menos ‘mediana e vaga’. É uma experiência facilmente generalizável. Quando formulo uma pergunta, tenho sempre uma certa precognição ou um certo presságio daquela que poderá ser a resposta; já no modo pelo qual formulo o perguntar estão contidas uma direção e uma indicação para a resposta. [...]

[...] o ser-linguagem em que estamos imersos (nós mesmo e as coisas), faz sim, que no compreender nós já sejamos sempre orientados por condicionamentos de tipo linguístico-cultural; há uma *pré-compreensão* das coisas, que antecipa o nosso conhecimento da realidade. Este pré-compreender, se de uma lado nos obriga a pôr em séria discussão a ideia de uma conhecimento ‘neutro’, ‘objetivo’ das coisas, de outro, no entanto, é aquilo que nos *ajuda* a conhecer a realidade, já que nos predispõe para ela.⁶⁷

E isso quer dizer que ao lidar com proposições, algo já se manifesta antes, porque não se emite proposições sem um contexto, sem uma linguagem. O que deve ficar claro então é que não se fala em módulo tábula rasa, o homem é desde o nascimento um ser cultural que compartilha significantes e significados e isso quer dizer que todos tem um local de fala. Neste sentido:

[...] mesmo que o elemento lógico-explicativo se apresente do modo como se apresenta nas teorias analíticas, isto é, de modo único, determinante e autônomo, portanto, dispensando o mundo vivido, *ele já sempre está operando com uma estrutura de sentido que se antecipa ao discurso e representa a sua própria condição de possibilidade*. Por essa razão, é preciso reconhecer que o elemento lógico-analítico já pressupõe sempre o elemento ontológico-linguístico. [...]

Numa palavra: a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento [...].⁶⁸

É este “manifestar-se antes” ao se deparar com o enunciado que permite compreender que a interpretação será também condicionada historicamente. Sendo mais claro e adentrando no campo específico do direito: o texto possui uma potência/latência de sentidos⁶⁹, porém este sentido a ser atribuído dependerá do intérprete que imerso em determinada linguagem (cultura, portanto) historicamente delimitada. Embora o elemento lógico-analítico seja o mesmo (mesmo texto), o elemento hermenêutico pode mudar, pois justamente a linguagem é historicamente

toda a humanidade presente e passada, e participamos nós mesmo junto com os outros (trata-se daquilo que a tradição fenomenológica chama de ‘o mundo da vida’ [...]). D’AGOSTINI, Franca. *Op. cit.*, p. 476.

⁶⁷ *Id.*, *ibid.*, p.399-400.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. *Op. cit.*, p. 16.

⁶⁹ “Aliás, o texto de lei (assim como o corpo) é evento, é fato, possui existência no mundo jurídico. E, assim sendo, é natural ao texto conter em si uma carga latente (oculta) de sentidos, que só se manifestam, ganham vida, quando alguém se dispõe a lê-lo [...]” HERZL, Ricardo. *Op. cit.*, p. 108-109.

referida⁷⁰, mudando-se o tempo a estrutura de sentido que se manifesta antes do discurso também mudará (o que é “mulher honesta” no século XX e nos dias de hoje?). Com isso pode-se entender, por exemplo, como que na Constituição estadunidense a cláusula de igual proteção admitia a doutrina do separados, mas iguais e depois passou a ser inaceitável. Afinal, o que mudou? O texto ou as concepções da época que permitiram uma nova (e legítima) mudança de sentido?

Contudo, a pré-compreensão será sempre um projeto prévio de sentido que deve ser concebida dentro do círculo hermenêutico situação na qual a interpretação será sempre precária/sem pretensão de definitividade, pois dentro deste círculo deve-se entender a parte pelo todo e somente se entende o todo pelas suas partes, nestes termos ao tentar empreender uma compreensão do todo, faz-se juízos provisórios das partes, juízos estes que podem ser reformulados à medida que se percorre no processo de compreensão. Para fixar o ponto:

Todo entendimento depende de uma pré-compreensão – de uma antecipação de sentido do conjunto da obra –, ao mesmo tempo que a compreensão do todo também depende da interpretação das partes. Há um movimento mutuamente imbricado que vai das partes para o (pressuposto) todo, bem como vai do todo para as (provisórias) partes.

Isso significa que toda interpretação é provisória.

Ao longo da leitura de um texto – p.ex., de um romance policial –, alguém pode interpretar o capítulo supondo (tentando adivinhar) que o assassino é o mordomo; até ver-se confrontado com a presença do professor Moriarty. Ao final do texto, revelado o mistério, as passagens anteriores poderão ganhar nova luz, novo sentido. E, lendo-se novamente a obra, provável que também se obtenha nova interpretação do seu desfecho.⁷¹

Ainda:

[...] se eu me pergunto que coisa é uma obra de arte, importa-me, para responder, saber que coisa é arte, mas como posso saber que coisa é a arte se não reconheço as suas obras? Esta circularidade, que segundo a visão clássica do conhecimento (e segundo a própria lógica clássica), é somente um *limite* para o pensamento, na ótica da hermenêutica é uma oportunidade positiva (neste círculo, escreve Heidegger, ‘está toda a festa do pensamento, e a sua força): é o mesmo mecanismo pelo qual num texto conhecemos uma parte, quando temos uma visão do inteiro, e captamos o inteiro a partir do conhecimento das suas partes.

Interpretar significa mover-se nessa circularidade, referindo o conhecimento das partes à compreensão do todo e vice-versa, referindo à nossa pré-compreensão das coisas a experiência efetiva e mensurando os limites da nossa pré-compreensão [...].⁷²

⁷⁰ “[...] Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação.” CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 23.

⁷¹ CRUZ, Flávio Antônio da. *Op. cit.*, p. 247.

⁷² D’AGOSTINI, Franca. *Op. cit.*, p. 400-401.

O intérprete situado no círculo hermenêutico deve ser cuidadoso para que não sobreponha sua pré-compreensão⁷³ quando da interpretação. Deve deixar que o texto também lhe diga algo, pois a despeito de texto e norma constituírem realidades diferentes, são interligadas e isso é insofismável. Dito de outro modo, quando do julgamento não pode o juiz, por acreditar que realiza “justiça” (conceito moral e relativo), afastar o texto legitimamente produzido sob pena de fazer soçobrar a própria democracia.

4 - Da casuística dos decisionismos

Este tópico da monografia tem por escopo trazer à luz alguns casos de decisões, dentre tantas que são proferidas diuturnamente no cotidiano forense, em que há manifesto voluntarismo por parte dos julgadores. É salutar um posicionamento crítico em relação à tais práticas a fim de desobnubilar o ranço solipsista impregnado no senso comum teórico (e acrítico) dos “juristas”.

A começar por uma decisão voluntarista proferida em Guaxupé/MG⁷⁴. A questão residia sobre o direito de livremente testar em relação à parte disponível dos bens do *de cujus*. O problema que insurgiu se deu em razão de a avó testar sua parte disponível da herança em favor de cinco netos preterindo apenas outros dois que eram frutos de uma relação extraconjugal. Argui-se então haver uma discriminação em relação aos dois netos não contemplados uma vez que são aqueles decorrentes de relações não matrimoniais:

O que se indaga, portanto, é se pode ser considerada moral e juridicamente válida disposição testamentária eivada dessa discriminação vedada pela nova ordem constitucional. Isso porque tal disposição testamentária contempla uns netos (no total de cinco), em detrimento de outras (as duas autoras), sabendo-se que a única distinção entre todos eles repousa no fato de que, aqueles, são fruto do casamento das filhas-mulheres da testadora, enquanto estas, são fruto de relação não matrimonial havida, pelo único filho-homem da testadora, com duas distintas pessoas.⁷⁵

⁷³ “O intérprete não pode, porém, aferrar-se à sua pré-compreensão, recusando-se a rever as suas antecipações de sentido. É necessário que haja uma abertura para que o intérprete “ouça” o que lhe dizem a norma e o problema enfrentado. É preciso, também, que tome consciência da sua pré-compreensão, até para evitar a prática de arbitrariedades inconscientes.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 421-422.

⁷⁴ MINAS GERAIS. Vara Cível do Foro de Guaxupé. Ação Cível nº 0058435-49. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/processo-testamento-guaxupe.pdf>> Acesso em: 7 jul. 2018.

⁷⁵ MINAS GERAIS. Vara Cível do Foro de Guaxupé. Ação Cível nº 0058435-49, p. 22.

Ao que o juiz entendeu tratar-se de hipótese discriminatória em real afronta à nova ordem constitucional (o juiz tem como paradigma a constitucionalização do direito civil⁷⁶) que não admite mais tratamentos desiguais entre os filhos, bem como entre os filhos dos filhos. Agir de tal maneira seria abusar do direito e fazê-lo é olvidar que todo direito possui limites impostos pela boa-fé, costumes, fins econômicos e sociais.

Chama a atenção parte da sentença em que o juiz afirma:

Com base em princípios constitucionais que passaram a influenciar e reger as relações privadas, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à honra, iniciou-se a socialização, ou constitucionalização do direito privado. O princípio da eticidade, que estabelece a busca dos valores éticos em vez da aplicação rigorosa da letra da lei, é de fato um grande avanço para a sociedade, que em vez de depender de sucessivas atualizações nos textos legais, pode contar com uma compreensão elástica do que seja ética.⁷⁷

Insta indagar, qual a fonte destes valores éticos donde é permitido ao juiz afastar a “rigorosa letra da lei”? Parece emanar de sua própria consciência ensimesmada. Com efeito, o Código Civil regula a matéria testamentária. Está disciplinado no artigo 1.857 da Lei Civil que toda pessoa é capaz de dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois da sua morte, sendo que a legítima (parte indisponível do patrimônio líquido do testador) dos herdeiros necessários não pode ser incluída no testamento. No caso concreto as netas preteridas buscavam a revogação da disposição testamentária atinente à autonomia privada da testadora, uma vez que já estavam contempladas no tocante ao quinhão indisponível do patrimônio líquido. Eis a sistemática do Código Civil: cinde o patrimônio líquido em duas partes, uma que deve respeitar a ordem sucessória necessária, outra afeita, se assim o testador entender, à liberalidade. Ora, é inconstitucional preterir netos, ainda que advindos de relação extraconjugal em benefício de outros? Onde é que se estabelece ser ilegítimo tal ato? Se o próprio ordenamento já confere uma parte intocável para os herdeiros necessários em qual momento se instaura a legitimidade para a intervenção na autonomia privada? Não há mais autonomia privada? O que permite ao juiz afastar disposição de lei por entender tratar-se de

⁷⁶ Por oportuno, cabe conferir: “Para o juiz, tudo é público. O Direito Civil e o Código Civil não podem dispor disso. Afinal, é tal da constitucionalização do Direito Civil, tirando qualquer autonomia desse ramo do Direito. Goste-se ou não do instituto do testamento, critique-se-o à vontade. No entanto, há 126 referências a testamento no CC, que é bem novinho, aliás (2002). A pergunta é: por que não atiramos fora o Código Civil e ficamos só com a Constituição e com a opinião pessoal dos juizes sobre o sentido da CF? Logo, logo, teremos que fazer licitação pública para casamento de filhas e coisas do gênero, se me permitem a ironia. Afinal, algum pretendente pode alegar que foi preterido pela moça e entrar com mandado de segurança baseado no princípio do amor ou coisas do gênero.” STRECK, Lenio Luiz. Para juiz, vovó pode testar para Lenio, mas não para netos queridos. **Conjur**, 2 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/senso-incomum-juiz-vovo-testar-lenio-nao-netos-queridos>> Acesso em: 9 ago. 2018.

⁷⁷ MINAS GERAIS. Vara Cível do Foro de Guaxupé. Ação Cível nº 0058435-49, p. 20.

hipótese discriminatória? Poderia o juiz afastar a lei (constitucional) sempre que assim entender? O que tem de ficar claro aqui é: o juiz não pode afastar disposição de lei, tendo por base um juízo de valor pessoal sobre (in)justiça. Esse é o problema que está em discussão, a livre atribuição de sentido, a disposição sem critérios do texto da lei possibilitando normas *contra legem*.

Prosseguindo, o próximo caso trata da interceptação telefônica e os devedores de alimentos. Desta vez o *decisum* fora proferido pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A matéria discutida no caso versava sobre a (im)possibilidade de decretação de interceptação telefônica em causas de natureza cíveis. A lide versava sobre execução de alimentos, a qual já se estendia por anos sem que restasse efetiva a citação do executado para o pagamento das prestações. Sua localização foi tentada diversas vezes, porém sem sucesso. Em virtude desta dificuldade de citação para cumprimento do pleito, os exequentes requereram a interceptação telefônica com o escopo de localizar o executado. O Tribunal assim decidiu:

De acordo com o art. 5º, XII, regulamentado pela Lei n. 9.296/96, a interceptação telefônica somente pode ocorrer, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução penal.

Contudo, o presente caso trata de situação excepcional.

[...]

A matéria aqui tratada confronta duas questões de ordem constitucional que merecem ser sopesadas: de um lado está o direito à intimidade do devedor de alimentos, e, de outro, o princípio da proteção integral a crianças e adolescentes, a quem é destinada a verba alimentar.

Ocorrendo choque entre dois princípios constitucionais, é certo que impossível a aplicabilidade de ambos, um deverá necessariamente ser afastado, a partir de uma análise e interpretação sistemática do ordenamento jurídico relativamente ao caso concreto, aplicando-se a este o princípio da proporcionalidade.

[...]

Assim, patente a sobreposição do direito à vida dos alimentados em frente à intimidade do executado. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia o caráter superior da verba alimentar, devendo sobrepor o direito do devedor à intimidade.⁷⁸

A pertinência da análise se dá em razão de sua didática, pois evidencia e eleva a temática da justiça e a disposição dos sentidos por parte do intérprete. De uma lado há a questão dos alimentos e o imperativo de tutela à criança e ao adolescente, do outro a vedação explícita quanto à possibilidade de interceptação telefônica em outras searas do direito.

Nestes termos, importa destacar a trama desenvolvida pelo Tribunal para rasgar o texto constitucional. Com efeito, o órgão assinala que a despeito de estar prevista a interceptação

⁷⁸ PORTO ALEGRE. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 70018683508. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI37571,101048-Decisao+proferida+em+sessao+da+7+Camara+Civel+do+TJRS+em+caso+de>> Acesso em: 12 abr. 2018.

telefônica apenas para os fins de investigação penal e instrução criminal, o caso era excepcional, ou seja, conquanto seja “x” a regra, por se tratar de hipótese excepcional, aplique-se “y”.

Em seguida, utilizou-se do artifício – que demonstra bem como as teorias estrangeiras estão sendo tratadas modo tábula rasa no Brasil – de primeiro considerar como princípio o mandamento do art. 5, XII da Constituição Federal e depois ponderá-lo com o outro “princípio” da proteção integral a crianças e adolescentes, deixando prevalecer aquele que de maior “peso” para o caso concreto. Essa é uma prática comum na *práxis* jurídica: a ponderação do imponderável. É claro que quando adota-se esse procedimento, a decisão já está tomada, o pretenso sopesamento funciona apenas como um legitimador procedural. Deve-se deixar assente, porém, que não se pode contemporizar com regras, notadamente garantias fundamentais. Neste sentido, cabe analisar o art. 5º, XII, *verbis*:

Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Não resta dúvidas que o texto constitucional estabelece (é categórico!) a inviolabilidade das comunicações telefônicas, exceto em investigação ou instrução criminal. Trata-se de regra e não de princípio. Para elucidar melhor a questão cabe trazer à colação o autor da ponderação – Robert Alexy – que estabelece:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁷⁹

Repare que o mandamento é uma regra e não um mandado de otimização que deve ser aplicado na maior medida possível. Para ser mais claro: ou estar-se-á diante um processo criminal sendo possível a interceptação telefônica, ou estar-se-á diante de outro qualquer processo, sendo vedado a interceptação.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 90.

Veja bem, tal situação é alarmante. Se o texto constitucional, notadamente uma garantia fundamental, não é limite, o que pode sê-lo? Deixar-se-á à mercê da vontade dos juízes? Em um Estado Democrático de Direito, pós regimes autoritários, esta não pode ser a resposta, há que se estabelecer limites ao poder, mesmo que os juízos morais, bem como os sentidos de bem e mal (privados) não prevaleçam. Não pode ser admitido flexibilizar garantias fundamentais, estas são trunfos contra a maioria e assim devem ser entendidas. Por todos:

A relativização de garantias constitucionais tem sido aplicada para a solução de casos fáceis; em que pese a sua construção teórica esteja destinada exclusivamente para a solução dos *hard cases*; apenas àqueles casos em que a Lei Fundamental não veicula expressa deliberação sobre o conflito de interesses.

É como se o julgador cogitasse: ‘*dado que não há direitos absolutos, estou livre para sopesar interesses e decidir como me aprouver nesse caso específico*’. Olvida-se que – no mais das vezes – os Constituintes já solucionaram conflitos entre valores políticos em jogo, dado que Direitos Fundamentais são justamente cláusulas de garantia, oponíveis às maiorias eventuais (e que têm sempre, portanto, um custo político).⁸⁰

Enfim, este é o quadro que enfrentamos hodiernamente na prática jurídica e é neste estado de coisas que se desenrola a análise do *habeas corpus* 152.752 tocante à (im)possibilidade de execução provisória de pena.

5 - Análise dos votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski no *habeas corpus* 152.752 e a (im)possibilidade da execução de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Do exposto até aqui pode-se tirar algumas notas: a) há, não raro, arraigado na *práxis* jurídica uma promíscua atividade, por parte do intérprete, de livremente atribuir os sentidos durante a atividade interpretativa, isto é, como se texto e norma fossem totalmente dissociados; b) a discricionariedade permanece um problema da teoria do direito, posto que a maioria das teorias “neoconstitucionalistas” não a resolvem de fato. É claro que é possível questionar sobre a possibilidade de uma “controlabilidade” da decisão (seria possível desatar este nó górdio?), porém defende-se aqui que a impossibilidade de um controle total da decisão, já que como interpretação sempre dependerá do intérprete, não pode resultar em uma zona total de incerteza, há limites que não podem ser desconsiderados (por excelência, a Constituição); c) tudo que discutimos aqui diz respeito à interpretação, interpretação neste contexto é entendida como uma atribuição de sentido condicionada pelas vivências, pré-compreensões, temporalidade do

⁸⁰ CRUZ, Flávio Antônio da. Direito Fundamental deve ser preservado em qualquer hipótese. **Conjur**, 21 nov. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-nov-22/direito_fundamental_absoluto_preservado>. Acesso em: 05 jun. 2018.

intérprete. A interpretação é um existencial, na medida em que depende – sempre – do sujeito e suas visões de mundo. Deve ficar claro também que o ser humano sempre interpreta, derruba-se, pois, o velho brocardo “*in claris cessat interpretatio*”, essa concepção pode servir, inclusive, para compreender a distinção que se realiza entre *easy case* e *hard case*, pois, na verdade, todas dependem das pré-compreensões. Eis um exemplo: Imagine-se o seguinte tipo penal que pode ser entendido como um caso fácil: é proibido matar alguém. O intérprete sabe, por exemplo, que esse “alguém” se refere ao ser humano e não à um macaco. Porém, é legítimo questionar se à daqui uns 300 anos, os possíveis *androids* feitos à imagem e semelhança do ser humano não seriam contemplados pelo tipo. Repare que a despeito do caso apresentar-se aparentemente como fácil o que se sucede é uma pré-compreensão majoritariamente comum entre os intérpretes, pois todos sabem que ser humano não engloba o macaco, mas apenas o *homo sapiens*. Ou seja, sempre haverá uma atribuição de sentido, o que pode acontecer é que a pré-compreensão que opera no processo interpretativo pode ser majoritariamente comum ou não. Quando as pré-compreensões resultarem divergentes, haverá uma dissidência interpretativa (por exemplo, é possível ou não o aborto nos 3 primeiros meses de gravidez?), nestes casos (*hard cases*) é necessário do intérprete um ônus argumentativo ainda maior a fim de que se possa expô-las, sem, portanto, maquiagem a decisão com pretensos ares de objetividade. Em conclusão: o intérprete sempre atribuirá o sentido e, portanto, estará desde sempre interpretando.

É neste contexto que se propõe a análise dos votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski proferidos no *habeas corpus* 152.752. Trata-se de *writ* que, além de se referir ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, discute a possibilidade da execução provisória de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O tema é fator de uma polarização de razões igualmente respeitáveis entre a possibilidade e a impossibilidade. Trata-se, pois, de tema eminentemente e inexoravelmente afeito à interpretação – não há como fugir do cerco da linguagem! A análise dos dois votos se justifica na medida em que um aduz razões contra e outro a favor. Neste quadro, será realizada uma análise dos argumentos primordiais desenvolvidos nos dois votos, classificando-os entre hermeneuticamente apropriados e hermeneuticamente inapropriados, no sentido de uma atribuição de sentido consentânea com a Constituição Federal. É claro que um exercício classificatório envolve uma tomada de posição, ou seja, na medida em que se propõe uma classificação como apropriada ou não à Constituição, inevitavelmente ocorrerá o ato interpretativo de quem também escreve. Assim, espera-se, ao final das reflexões, fixar uma tomada de posição sobre o ponto.

O Ministro Roberto Barroso é a favor da execução provisória de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Seu voto pode ser dividido em três argumentos estruturantes: a mutação constitucional, o fato de que a ordem constitucional brasileira não exige o trânsito em julgado para a decretação da prisão, sendo necessário apenas a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente e o argumento de que a presunção de inocência é um princípio e não uma regra absoluta.

No tocante à mutação constitucional Barroso alega que ela pode ocorrer em três casos: em ocorrendo uma relevante mudança na realidade social; quando houver uma alteração na compreensão do direito e quando uma interpretação produzir impactos negativos no mundo real. Neste último aspecto – interpretação pragmaticamente danosa – é que ele alega que uma interpretação contrária à execução provisória de pena tem por consequência, pois abre azo para uma infundável interposição de recursos protelatórios, os quais teriam por escopo a produção de prescrições artificiais, além do mais ampliaria a seletividade do sistema punitivo, criminalizando a pobreza, uma vez que aqueles que conseguem pagar por “bons” advogados poderiam interpor diversos recursos com o objetivo de gerar a prescrição, por fim entende também que uma interpretação contrária à execução provisória de pena geraria efeitos negativos no mundo real em razão do descrédito do sistema de justiça penal em relação à sociedade, pois a mora estatal geraria impunidade. Barroso também argumenta que a vingar a possibilidade de execução de pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o instituto da colaboração premiada – muito importante no desmantelamento de organizações criminosas, notadamente em relação à corrupção – restaria inepto uma vez que sem o risco da prisão acabariam os incentivos para a colaboração.

O segundo argumento estrutural do Ministro diz respeito à interpretação dos incisos LVII e LXI da Constituição Federal. O primeiro aduz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o segundo que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, salvo nos casos de crime militar ou crime militar propriamente dito, nos termos da lei. Nesse sentido, Barroso entende que tem-se por pressuposto para a decretação da prisão no sistema constitucional brasileiro a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente e não o esgotamento dos recursos com o trânsito em julgado, ou seja, não exige o ordenamento jurídico brasileiro o trânsito em julgado para a decretação da prisão. A Constituição exige, apenas, que a prisão seja decretada por autoridade jurisdicional – ou seja, a prisão é uma matéria afeita à reserva de jurisdição. Por fim, registra-se o argumento complementar trazido pelo Ministro

Barroso de que nenhuma Declaração de Direitos Humanos exige o trânsito em julgado para a execução de pena.

O terceiro argumento estrutural é aquele que compreende a presunção de inocência como um princípio, portanto não sendo um direito absoluto. Neste caso, estariam em jogo os princípios da presunção de inocência, de um lado e, de outro, o princípio da efetividade mínima do sistema penal (abrigoando a realização da justiça, a proteção de direitos fundamentais, a proteção do patrimônio público e privado, a probidade administrativa). O princípio da presunção da inocência também seria aplicado como que em uma gradação (*dégradé*). Assim, no começo da investigação o princípio teria um elevado peso, pois o ônus probatório é exclusivo do Estado-acusação, já no momento da denúncia o princípio tem seu peso reduzido, quando da condenação em primeira instância reduz-se mais ainda, até que na condenação em segunda instância o princípio cederia espaço para que prevaleçam outros valores.

Por sua vez, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski é consoante ao entendimento de que é inadmissível a execução provisória de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contrariamente ao voto do Ministro Barroso – dividido aqui em três argumentos estruturantes –, Ricardo Lewandowski dirige seu voto como um todo monolítico centrado em uma razão primordial: a via interpretativa não admite minimizar a presunção de inocência independentemente dos anseios da sociedade.

Com efeito, aduz Ricardo Lewandowski que a mutação constitucional não é capaz de minimizar os valores fundamentais constitucionais, os quais estão gravados com a cláusula de eternidade (os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas). Lembra que mesmo os parlamentares no exercício do poder constituinte derivado não podem extinguir ou minimizar a presunção de inocência, assim muito menos o poderiam os juízes pelo exercício da atividade interpretativa, pois nem mesmo no mais elástico dos entendimentos seria possível extrair do texto constitucional a possibilidade de execução provisória de pena, ao contrário, o mandamento constitucional é claro, direto e objetivo.

Ricardo Lewandowski também argumenta que a Constituição Federal possui força normativa suficiente para que suas garantias sejam lembradas mesmo em tempos em que os anseios momentâneos – por mais nobres que sejam, como o combate à corrupção – pulsem em sentido contrário. Deve-se, pois, partir de um paradigma segundo o qual não é possível fazer política criminal em face da Constituição, mas sim, com amparo nela.

Também não é possível esquecer o fato de que a despeito do ímpeto de alguns magistrados para flexibilizar a garantia constitucional para combater a corrupção endêmica, tal não se faz com a mesma força no tocante aos outros problemas graves, como exclusão social, desemprego, sucateamento da saúde pública e educação estatal.

Por fim, cite-se a contradição, lembrada por Lewandowski, por parte daqueles que defendem a execução provisória de pena. Não muito tempo atrás o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema prisional brasileiro vive um verdadeiro estado de coisas inconstitucional caracterizado pela existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional. Ou seja, mesmo após reconhecer o inferno de Dante do sistema prisional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação em sentido contrário, de modo que mais pessoas serão submetidas à estas situações.

Expostos os argumentos centrais, deve-se agora realizar as respectivas análises.

Sobre a mutação constitucional cabe destacar seu conceito. Neste sentido:

Consoante Hsü Dau-Lin, imprimindo um sentido ampliado à noção de mutação constitucional, esta consiste na modificação do conteúdo das normas constitucionais sem alteração do texto constitucional, em virtude da incongruência entre a constituição escrita e a realidade constitucional. Em sentido similar, na acepção cunhada por Karl Loewenstein, a mutação constitucional pode ser conceituada como uma transformação no âmbito da realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que tal atualização encontre previsão no texto constitucional, que permanece intocado.⁸¹

Em suma, a mutação constitucional consiste em uma mudança do sentido de advindo de determinado texto constitucional em virtude de mudanças fáticas ou jurídicas pertinentes. Dito de outro forma, em virtude de alterações substanciais dá-se um novo sentido à determinado texto constitucional, surgindo, portanto, uma nova norma. Se outrora do texto “X” resultava a norma “A”, agora resulta a norma “B”. Sucede que, e aqui está o problema, a nova atribuição de sentido deve ser consentânea com a limitação semântica do texto. Se ao contrário, a nova atribuição de sentido exceder a baliza semântica do texto estaremos diante de mutações inconstitucionais. Assim:

Especialmente quando se trata de mutação por via da interpretação judicial, verifica-se que os limites da interpretação são, em certo sentido, também limites da própria

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro Digital. Não paginado.

mutação, visto que como poder constituído, embora a atribuição para interpretar e aplicar de forma vinculante o direito constitucional, o Poder Judiciário não está autorizado (o que não significa que isso não possa vir a ocorrer na prática!) a julgar contra disposição constitucional expressa, ou seja, a mutação não pode justificar alterações que contrariem o texto constitucional, devendo respeitar as possibilidades interpretativas que decorrem (e encontram seu limite) nesse mesmo texto constitucional. Valendo-nos da lição de Konrad Hesse, embora haja possibilidade de uma mutação constitucional pela interpretação, a quebra da ordem constitucional encontra-se vedada, pois, onde o intérprete se coloca acima da constituição, não se trata mais de interpretação, mas, sim, de alteração ou mesmo violação da constituição.⁸²

Neste sentido, entende-se aqui que não é possível defender a tese de uma pretensa mutação constitucional do artigo 5^a, inciso LVII no sentido de possibilitar a execução provisória de pena, tendo em vista que os limites semânticos do mandamento constitucional não possibilitam tal atribuição de sentido. Implícito neste pretenso mantra da mutação constitucional há a atuação do intérprete como poder constituinte originário. Veja que o texto constitucional expressamente aduz que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é manifestamente ilegítimo uma atribuição de sentido no sentido de que o acusado poderá ser preso após a segunda instância. Há, claramente, um rompimento da baliza constitucionalmente atribuída. Assim, por consequência, os argumentos práticos trazidos pelo Ministro Barroso não possibilitam qualquer atribuição de sentido, por mais legítimos que sejam os motivos. Deve-se deixar claro quais são os papéis constitucionalmente atribuídos (o juiz não legisla, está ao fim e ao cabo submetido à proteção da ordem constitucional, a qual é ponto de partida. Deve-se jogar o jogo democrático conforme seus mandamentos e não alterá-lo conforme o alvedrio do intérprete) e respeitar a autonomia garantida pelo Direito nesta era da nossa história institucional.

Outro ponto a ser esclarecido agora é o de que no ordenamento jurídico brasileiro não se exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a decretação da prisão, mas apenas a ordem escrita e fundamentada da autoridade competente. Soma-se a este argumento o fato de que nenhuma convenção de direitos humanos exige o trânsito em julgado para a decretação da prisão.

Não é possível aceitar como válido este argumento, a vingar esta linha de pensamento, o resultado é uma aporia, trata-se de um entendimento teratológico que redundaria em um paradoxo. Com efeito, tal posição resulta da interpretação isolada do artigo 5^o, LXI, *verbis*:

Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*.

[...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Sucedendo que, como harmonizar este inciso com o inciso LVII do mesmo artigo 5º que estabelece a presunção de não culpabilidade ou inocência? Deve-se ter claro que o mandamento do artigo 5º, LVII produz dois efeitos importantes em relação ao imputado⁸³, funciona tanto como regra probatória no sentido de que o Estado-acusação deve comprovar categoricamente a imputação e em sendo o caso de dúvida sobre autoria e materialidade do delito deve-se decidir à favor do réu, trata-se do *in dubio pro reu*, tanto como regra de tratamento no sentido de que ao imputado deve ser conferido o tratamento de não culpado ou inocente⁸⁴. Neste sentido, ao se admitir que alguém ainda presumido como inocente tenha a prisão decretada resulta no seguinte paradoxo: o direito penal estaria responsabilizando alguém sem culpa, estaria então se admitindo uma espécie de responsabilidade objetiva? Como admitir a responsabilização penal de alguém que ainda se reputa como não culpado ou inocente (pois deve ser tratado como tal até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória)?

Percebe-se, pois que tal entendimento não é possível. A harmonização que se deve fazer neste caso pressupõe o conhecimento de duas espécies de prisões, quais sejam, a prisão cautelar e a prisão penal – eis aqui equívoco do argumento que resultou no entendimento teratológico. Sobre ambas as prisões cabe destacar que:

“[...] a prisão penal, prisão-pena ou *carcer ad poenam*, é aquela que resulta de sentença condenatória com trânsito em julgado que impõe o cumprimento de pena privativa de liberdade. [...] Além de expressar a satisfação da pretensão punitiva ou a realização do Direito Penal objetivo, caracteriza-se pela definitividade.

[...] **Prisão Cautelar** (*carcer ad custodiam*): é aquela decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal. Em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Todavia, entre o momento da prática do delito e a obtenção do provimento jurisdicional definitivo, há sempre o risco de que certas situações comprometam a atuação jurisdicional ou afetem profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Daí o caráter imperioso da adoção de

⁸³ Preferiu-se essa expressão a fim de conferir um sentido ampliativo, pois imputar significa atribuir algo a alguém, englobando o investigado, indiciado e o acusado.

⁸⁴ Neste sentido: “Por fim, e este é o ponto de relevo maior para o presente parecer, a presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado.¹⁹ São manifestações claras deste último sentido da presunção de inocência a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal.” LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: do conceito jurídico de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. 2016, p. 9. Disponível em: <https://www.academia.edu/25564572/Parecer_Presun%C3%A7%C3%A3o_de_Inoc%C3%Aancia_Do_conceito_de_tr%C3%A2nsito_em_julgado_da_senten%C3%A7a_penal_condenat%C3%B3ria> Acesso em: 04 de mar. 2018.

medidas cautelares, a fim de se atenuar esse risco. A prisão cautelar deve estar obrigatoriamente comprometida com a instrumentalização do processo criminal. Trata-se de medida de natureza excepcional, que não pode ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, na medida em que o juízo que se faz, para sua decretação, não é de culpabilidade, mas sim de periculosidade. Tendo em conta a função cautelar que lhe é inerente - atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal - a prisão cautelar também não pode ser decretada para dar satisfação à sociedade, à opinião pública ou à mídia, sob pena de se desvirtuar sua natureza instrumental.⁸⁵

Assim, a prisão penal sendo a decorrente de uma sentença penal condenatória cujo escopo é a aplicação da pena não pode ser aplicado exclusivamente por ordem escrita e fundamentada da autoridade jurisdicional competente, devendo respeitar o trânsito em julgado e por consequência a presunção de inocência. A prisão que pode ser decretada neste caso é a prisão de natureza cautelar, a qual é instrumental e, portanto, não tem por objetivo a aplicação de uma pena em razão do crime cometido, mas sim assegurar a eficácia do processo. Não se olvida também que a prisão cautelar tem natureza excepcional⁸⁶, pois a regra, como não poderia deixar de ser, é a liberdade. Por todos:

A “presunção” de inocência, sob o aspecto de regra de tratamento do acusado, significa que uma pessoa que seja presumido inocente e, portanto, goze do *status* de inocente, não pode receber um tratamento, equivalente ao de quem já foi condenado. [...]

Vários conteúdos podem ser extraídos da “presunção de inocência” ou “estado de inocente”, enquanto regra de tratamento do acusado. As duas mais importantes, diretamente ligadas à questão da liberdade, são: (i) a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo, somente se admitindo medidas assecuratórias, de natureza cautelar, ante uma concreta demonstração de *periculum libertatis*; (ii) a vedação de qualquer forma de prisão enquanto espécie de cumprimento da pena, sendo vedada uma execução provisória contra aquele que ainda é inocente.⁸⁷

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ª ed. rev. e ampl.. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 793.

⁸⁶ Neste sentido: “[...] a privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar preso. Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver a conclusão do processo. O princípio da presunção de inocência não proíbe, todavia, a prisão cautelar ditada por razões excepcionais e tendente a garantir a efetividade do processo. Como bem assevera Canotilho (*Constituição da República portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. p. 203), se o princípio for visto de uma forma radical, nenhuma medida cautelar poderá ser aplicada ao acusado, o que, sem dúvida, acabará por inviabilizar o processo penal. Em outras palavras, o inciso LVII do art. 5º da Carta Magna não impede a decretação de medidas cautelares de natureza pessoal durante o processo cujo permissivo decorre inclusive da própria Constituição (art. 5º, LXI), sendo possível se conciliar os dois dispositivos constitucionais desde que a medida cautelar não perca seu caráter excepcional, sua qualidade instrumental, e se mostre necessária à luz do caso concreto. Portanto, por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, não se pode admitir que a medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do réu.” *Id.*, *ibid.*, p. 479-480.

⁸⁷ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 12.

Acrescenta-se ainda que o sistema jurídico brasileiro adota uma concepção de culpabilidade normativa a qual está diretamente relacionada com a presunção de inocência. Somente é possível falar em alguém culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois até então ainda não se formou a culpa, por isso se diz em presunção de inocência. Somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória o título da culpa se consubstancia, permitindo o tratamento de alguém como culpado e legitimando a prisão penal. Neste sentido:

Primeiramente **há que se compreender o que é ‘culpabilidade normativa’ e ‘culpabilidade fática’**. Como explica Geraldo Prado, a presunção de inocência é cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro, estabelecendo uma relação com o conceito jurídico de culpabilidade adotado no Brasil.

Não adotamos o modelo norte-americano de processo penal, assentado no paradigma de controle social do delito sobre o qual se estrutura um conceito operacional de culpabilidade fática; todo o oposto, nosso sistema estrutura-se sobre o **conceito jurídico de culpabilidade**, que repousa na presunção de inocência.

Em apertada síntese, o conceito normativo de culpabilidade exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação. E, mais, somente se pode afirmar que está ‘comprovada legalmente a culpa’ como exige o art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Portanto, é errado afirmar-se que ‘a culpa está provada’ após a decisão de segundo grau. No nosso sistema, com o marco constitucional da presunção de inocência vinculada ao trânsito em julgado, é somente neste momento que se pode considerar ‘estar provada a culpa’.⁸⁸

Amparado no argumento supra – já devidamente desconstruído – segundo o qual é necessária para a prisão apenas a ordem escrita e fundamentada da autoridade jurisdicional competente está a afirmação – a qual se dá por uma dedução lógica do primeiro argumento – de que não se exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a execução da pena, acrescentando-se a isso o fato de que nenhuma declaração de direitos humanos no mundo, bem como a maioria dos países exigem o trânsito em julgado para a prisão como pressuposto para a execução de pena. Tal argumento conquanto um fato – realmente, na maioria dos ordenamentos, não se condicionada a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – é desprovido de importância para a interpretação do ordenamento jurídico pátrio. Deve-se partir do texto da Constituição para realizar a interpretação, é dela a fonte de legitimidade do intérprete. E a Constituição é unívoca em condicionar a presunção de inocência até o trânsito em julgado, foi uma opção política que deve ser respeitada, não cabendo ao intérprete atribuir o sentido completamente diverso. Por relevante, cabe ressaltar que:

⁸⁸ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 20.

Com a definição clara do momento de cessação do estado de inocência, evita-se – ou imaginava-se que se evitaria – discussões sobre se a ideia de presunção de inocência até que seja legalmente provada ou comprovada a culpa, tem por momento final uma sentença condenatória, ainda que recorrível, ou mesmo acórdão em que se julga, pela última vez, matéria fática, ou se somente com o trânsito em julgado de uma condenação penal seria destruído o estado de inocente.

É preciso compreender que os conceitos no processo penal têm fonte e história e não cabe que sejam manejados irrefletidamente (Geraldo Prado) ou distorcidos de forma autoritária e a ‘golpes de decisão’. Não pode o STF, com a devida vênio e máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídicas. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial.

É temerário admitir que o STF possa ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Trata-se de conceito assentado, com fonte e história.

[...]

Diante do texto legal, e mesmo sem confundir o enunciado linguístico com a norma, é preciso reconhecer – nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está imune a isto – que há limites hermenêuticos que parecem insuperáveis para a interpretação de um dispositivo que atribua um direito até o “trânsito em julgado”.⁸⁹

Por fim, cabe destacar a alegação de que a presunção de inocência seria um princípio, o qual ponderado com o princípio da efetividade mínima do sistema penal, deveria ceder espaço, pois à medida que se formaria a culpa, a presunção de inocência iria, gradualmente, perdendo seu peso.

Insta indagar, então, sobre a verdadeira natureza da norma advinda do art. 5º, LVII da Constituição Federal, será mesmo um princípio? É um bom momento este para lembrar um imbróglio hermenêutico bastante utilizado na *práxis* jurídica hodierna, qual seja, considerar como princípio uma regra com o escopo de efetivar a ponderação e afastá-la no caso concreto para aplicação conforme o que o intérprete acha mais justo⁹⁰ – algo do tipo “decido conforme

⁸⁹ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 16-17.

⁹⁰ “Há equívoco em deliberações que convertem, em alegados princípios, verdadeiras regras constitucionais – normas que determinam comportamentos detalhados –, de modo a viabilizar certa flexibilização... [...]

A vingar a lógica desse julgado, os juízes poderão efetivamente decidir da maneira que quiserem, bastando converter ‘regras’ em ‘princípios’ e, voilá, consegue-se argumentos para caminhar para o Sul, mesmo quando a Constituição aponta o Norte.

Com isso, ao invés da comunidade orientar-se pela Constituição, enquanto verdadeira bússola que indicaria novos horizontes, a Constituição é que seria distorcida – em verdadeira gambiarra –, a cada novo interesse tido como relevante por parte do intérprete ou de maiorias eventuais.

A vingar essa lógica, até mesmo a vedação da pena de morte poderia ser burlada, equiparando-se crimes comuns a crimes de guerra; ou ainda ‘ponderando’ vetores inequívocos da Lei Maior. Ao cabo, ter-se-á instalada uma ilegítima assembleia constituinte perene, sob as togas dos juízes.” CRUZ, Flávio Antônio da. Execução provisória de pena: algumas críticas sobre a ponderação do imponderável. **Justificando**, 24 fev. 2016. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2016/02/24/execucao-provisoria-da-pena-algumas-notas-criticas-sobre-a-ponderacao-do-imponderavel/> > Acesso em 10 de abr. 2018.

minha consciência, depois fundamento, visto que o direito é aquilo que o tribunais dizem que é”. Com isso, cabe (re)lembrar que para Alexy os princípios são mandados de otimização, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ou seja, princípio se aplica em uma lógica gradual, ao passo que as regras, por sua vez, são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, percebe-se uma lógica binária nas regras, aplica-se ou não, ou é válida e se aplica ou não é válida e não se aplica. Deve-se ter em conta também que, conforme Alexy, no conflito entre uma regra e um princípio deve prevalecer a regra:

[...] A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.⁹¹

Do exposto, percebe-se que o mandamento do artigo 5º, LVII é uma norma-regra na medida em que se aplica ou não. Assim, ou se presume alguém inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou não se presume. Não há possibilidade de gradação aqui, trata-se de fórmula casuística. É contrário, por exemplo, da norma-princípio da liberdade de expressão, a qual pode possuir diversas matizes no caso concreto, podendo ceder perante outros direitos, pode-se citar, por exemplo, o afastamento da liberdade de expressão diante de uma prática racista.

Ao fim e ao cabo, se a norma do artigo 5, LVII é uma norma-regra, não pode ser contemporizada. Eis a importância das regras, notadamente em se tratando de direitos fundamentais, são verdadeiros trunfos contramajoritários. Isso quer dizer que, a despeito de tudo e de todos, aplique-se a regra. Deve-se ter claro – reforça-se – que os direitos fundamentais são escolhas políticas adotadas pelo poder constituinte originário, as quais possuem papel de verdadeiras garantias. Ao contrário, percebe-se que argumentos pró eficiência penal enxergam a presunção de inocência como óbice. Este parece ser, atualmente, um local comum, por todos:

Hoje, são as regras principais da Constituição da República e, em especial, os direitos e garantias fundamentais, que aparecem como o principal conteúdo rejeitado pelos órgãos estatais de nossa época, por mais que o discurso oficial insista na existência de um Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais não são mais percebidos

⁹¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 140.

como *trunfos contra a maioria* ou como garantias contra a opressão do Estado. Ao contrário, em vários países, com amplo apoio dos meios de comunicação de massa, os direitos e as garantias previstos no ordenamento jurídico integram o imaginário dos atores jurídicos (e de considerável parcela da população) como obstáculos à eficiência repressiva do Estado ou aos fins do mercado.⁹²

Contudo, deve-se ficar claro que enxergar os direitos fundamentais como obstáculo pode dar sinais de uma sociedade em que ainda prevalece algum tipo de autoritarismo, pois, como destacado linhas acima, a hermenêutica enquanto filosofia transcendental trata das condições de possibilidade da compreensão e nesta seara ganha importância a pré-compreensão do intérprete, que condiciona a própria interpretação. Se as pré-compreensões são de viés autoritário, de pouco adiantará o potencial garantista do texto democrático, pois:

As constituições democráticas são textos, eventos fundamentais, que deveriam ser levados em consideração na produção de subjetivismos e na atuação tanto dos agentes estatais quanto dos demais cidadãos, mas que, por si sós, se revelaram incapazes de produzir normas adequadas ao projeto constitucional. Essa impotência do texto constitucional se dá porque a norma, o mandamento que se produz a partir do texto, é sempre produto do intérprete e este, no caso brasileiro, está inserido em uma tradição incapaz de ‘compreender’ o texto tendencialmente democrático. Compreender é aplicar, como percebeu Hans-Georg Gadamer. Se o intérprete é incapaz de compreender o sentido democrático de um texto, a norma que ele irá produzir terá conteúdo antidemocrático.⁹³

Assim, se os intérpretes se assenhoram das palavras, imbuídos por um contexto autoritário, que incita cada vez mais a expansão do Direito Penal (*ultima ratio*), a consequência será a mitigação dos direitos e garantias fundamentais. A naturalização deste estado de coisas redonda naquilo que se chama de uma interpretação retrospectiva⁹⁴, perpetuadora do *status quo*. É necessário, portanto, o estranhamento perante a vulneração dos direitos fundamentais, pois

⁹² CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 69-70.

⁹³ *Id.*, *ibid.*, p. 74.

⁹⁴ Sobre esta interpretação retrospectiva cabe conferir: “É dentro dessa visão tradicional que surge a interpretação retrospectiva, com o intérprete inserido no horizonte da história e da linguagem. Estando, esse intérprete, vinculado a um contexto histórico, mostram-se difíceis (re)leituras desassociadas dos caracteres de determinada sociedade, de onde se conclui que sem mudanças nessa sociedade, isto é, sem rupturas históricas, as interpretações tendem a ser conservadoras, tendem a repetir o que já está sedimentado (“pré-juízos”), impedindo “a dialética que deve existir entre a familiaridade e o estranho”²⁹, isto é, o novo. A consequência imediata desse desvio é o surgimento de uma jurisprudência reacionária, constatável em qualquer repertório jurisprudencial, refratária de mudanças no status quo.” CASARA, Rubens R. R. **Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal**. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_192.pdf > Acesso em 30/02/18, p. 193.

qualquer ato capaz de mitigar uma garantia fundamental é ato autoritário independente dos motivos que o animem⁹⁵.

6 - Considerações Finais

Diante de todo o escrito neste trabalho já é possível firmar um juízo quanto à adequação dos votos dos ministros à Constituição Federal, bem como uma reflexão sobre a (im)possibilidade da execução de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Conforme amiúde exposto, percebe-se que o voto do Ministro Roberto Barroso é hermeneuticamente inadequado, pois a atribuição de sentido dada pelo intérprete foi além dos limites semânticos possibilitados pelo texto. Assim, para compensar a quebra de legitimidade, o Ministro utilizou de alguns discursos de ordem consequencialista a fim de fixar o sentido conforme sua vontade. Notou-se também certas aporias, como o caso de argumentar ser necessário apenas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária para decretar a prisão de alguém. Também não se olvida do imbróglio hermenêutico de considerar o mandamento do artigo 5, LVII como princípio.

Conquanto argumentos de cunho prático como a impunidade, corrupção, prescrição fabricada sejam extremamente relevantes não é por meio da trilha da vulneração de direitos fundamentais que o caminho deve ser seguido, não! Este é, pois, o problema da livre atribuição de sentidos que este trabalho denuncia: o intérprete não pode dizer qualquer coisa no direito, independentemente do senso de justiça que o anima.

Assim, cabe deixar claro e repisar que a Constituição Federal é condição de possibilidade, deve-se fazer Direito a partir dela e segundo os seus ditames, este é preço de se viver em um Estado Democrático de Direito. Nestes termos, o voto do Ministro Lewandowski é reputado como hermeneuticamente apropriado, pois permaneceu lúcido e na trilha dos sentidos permitidos pela Constituição. Não cedeu – ao contrário – aos argumento de política,

⁹⁵ “Não se pode esquecer que os direitos fundamentais, entendidos como os direitos de todos, não são dados da natureza (como defendem alguns metafísicos), mas uma construção a partir de lutas políticas. Por essa razão, por sua natureza provisória e dependente da democracia, os direitos fundamentais estão sempre ameaçados. A cada vez que um direito fundamental é violado ou relativizado, caminha-se um passo rumo ao autoritarismo.” CASARA, Rubens. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. *Op. cit.*, p. 65.

mas votou por princípio, realizou de fato uma interpretação consentânea ao ordenamento e à estabilidade constitucional.

Dito isso, cabe destacar que não se reputa legítima a execução provisória de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ir contrário a este entendimento redundaria esbarrar em inevitáveis aporias, além de resultar em um exercício ilegítimo (porquanto abusivo) da responsabilidade política atribuída àquele que interpreta, pois rasga os limites semânticos do texto.

Deve-se ter assente que em um primeiro momento respostas fáceis podem resolver o problema, mas o ponto é mais abaixo. Em Direito, deve-se partir sempre da força normativa da Constituição Federal e atribuir sentidos em conformidade com sua estrutura semântica. Uma resposta quanto às questões da impunidade gerada pelas diversas prescrições, do anseio para dismantelar grandes organizações criminosas, da credibilidade do sistema de justiça criminal diz respeito à uma reestruturação do sistema e do funcionamento da atividade judicante. Neste ponto podem ser discutidas várias propostas, tais como a restrição das hipóteses de recurso extraordinário e especial, mais causas de interrupção da prescrição, maior estruturação do sistema de justiça aumentando a celeridade. São, pois, questões que demandam a devida atenção e debate, não podendo ser resolvidos conforme à consciência do intérprete.

Nesta quadra da história não é possível mais o assenhoramento, por parte do intérprete, dos sentidos. Conforme bem destacado no decorrer deste trabalho, não se nasce tábula rasa e, portanto, desde já e desde sempre o ser humano é um ser no mundo.

Embora o ato interpretativo sempre dependa do sujeito e o texto contenha uma latência de sentidos, a ninguém é dada a livre disposição dos sentidos. Aquele que interpreta, enquanto ser no mundo, deve estar atento à alteridade do texto e ao fato de que não se parte de um grau zero de sentido (por exemplo, não é possível desvirtuar a coisa julgada positivada no artigo 5º, LVII, pois este é um instituto já consagrado e com história no âmbito jurídico). Não se defende aqui uma total controlabilidade da interpretação, mas uma atribuição de sentido adequada intersubjetivamente (exposição dos pré-conceitos e consciência de ser desde sempre ser no mundo), ou seja, uma atribuição de sentido consentânea com a potencialidade semântica do texto e com a história institucional do Direito, na qual o intérprete possa deixar manifestos os sentidos que animam sua atividade sem a pretensão de conferir ao ato decisório uma presente objetividade. Afinal, se isso não for possível, o que fazer quando os intérpretes passarem a agir como poder constituinte originário e perpetrarem um massacre dos direitos fundamentais?

Hoje, mitiga-se a presunção de inocência em prol da eficiência penal, amanhã o que pode-se esperar? O constitucionalismo surge exatamente para frear o poder, e quando se naturaliza a violação de um direito fundamental, tem-se uma amarra a menos para conter o Leviatã.

7 - Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico**. Dissertação (Tese de Doutorado em Filosofia do Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

_____. **Interpretação Retrospectiva, Constituição e Processo Penal**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista22/revista22_192.pdf> Acesso em 30/02/18.

CRUZ, Flávio Antônio da. **O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória**. Dissertação (Tese de Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

_____. Direito Fundamental deve ser preservado em qualquer hipótese. **Conjur**, 21 nov. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-nov-22/direito_fundamental_absoluto_preservado> Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. Execução provisória de pena: algumas críticas sobre a ponderação do imponderável. **Justificando**, 24 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/02/24/execucao-provisoria-da-pena-algumas-notas-criticas-sobre-a-ponderacao-do-imponderavel/>> Acesso em: 10 de abr. 2018.

D'AGOSTINI, Franca. **Analíticos e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

DIETRICH, William Galle; PESSOA, Frederico. É possível um positivismo prescritivo ou isso já não seria mais positivismo? **Conjur**, 11 ago. 2018. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2018-ago-11/diario-classe-seria-possivel-falar-positivismo-prescritivo>> Acesso em: 05 jun. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Org.). **Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARRIDO, Alexandre. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERZL, Ricardo Augusto. **Crítica hermenêutica do direito processual civil: uma exploração filosófica do Direito Processual Civil Brasileiro em tempos de (crise do) protagonismo judicial**. Dissertação (Tese de Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José de Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ª ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência: do conceito jurídico de trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro Digital. Não paginado.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017

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

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5º ed. rev. modif. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Para juiz, vovó pode testar para Lenio, mas não para netos queridos. **Conjur**, 2 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/senso-incomum-juiz-vovo-testar-lenio-nao-netos-queridos>> Acesso em: 9 ago. 2018.

TRINDADE, André Karam. **A Filosofia no Direito: com Gadamer contra Habermas, à procura de um paradigma de racionalidade a partir do qual seja possível pensar pós-metafisicamente o direito contemporâneo.** Dissertação (Tese de Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2006.