

A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A DISCRICIONARIEDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2022.57.e12219>

Submetido em: 3/4/2021

Aceito em: 15/6/2021

Kálita de Castro Rodrigues

Universidade do Estado de Mato Grosso. <http://lattes.cnpq.br/0193185746666679>.
<https://orcid.org/0000-0002-5970-0699>.

Paulo Henrique Salmazo de Souza

Autor correspondente: Universidade do Estado de Mato Grosso. Rodovia MT 358, Km 07, Jardim Aeroporto.
CEP 78300-000. Tangará da Serra/MT, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/2286053900707878>.
<https://orcid.org/0000-0002-9167-0717>. phss@unemat.br

Humberto Massahiro Nanaka

Universidade do Estado de Mato Grosso. <http://lattes.cnpq.br/8315293650045186>.
<https://orcid.org/0000-0002-3480-3480>.

RESUMO

A decadência do legalismo do positivismo jurídico ocasionou o advento do pós-positivismo jurídico, propondo força normativa a esses princípios, dando azo ao surgimento do *neoconstitucionalismo*, ante a necessidade de garantir efetiva concretização dos direitos fundamentais. Diante disso, origina-se uma Nova Hermenêutica constitucional. Os referidos fenômenos, por conseguinte, empoderam o poder Judiciário e intensificam a discricionariedade judicial. Assim, o objetivo da presente investigação é analisar como a utilização da Nova Hermenêutica pode ocasionar decisões judiciais excessivamente discricionárias. Para tanto, utilizando-se do método dedutivo, por meio de um levantamento bibliográfico, realizou-se revisão da literatura doutrinária, perscrutando a historicidade do fenômeno jurídico mencionado até o advento do *neoconstitucionalismo* e o surgimento de uma Nova Hermenêutica Constitucional dentro deste novo paradigma jusfilosófico. Em seguida, analisa-se a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy como um dos métodos interpretativos oriundos do *neoconstitucionalismo*, demonstrando-se posteriormente que a utilização discricionária da hermenêutica principialista é propiciada por uma falha na aplicação da teoria da ponderação, a qual proporciona ao julgador o livre arbítrio de julgar e também como resultado de uma má aplicação da máxima da proporcionalidade pelo Judiciário brasileiro. Por fim, constata-se que a Teoria de Dworkin e a Teoria Crítica de Lênio Streck, com esteio na Hermenêutica Filosófica e na integridade de Ronald Dworkin, mostram-se como possíveis soluções ao problema que se apresenta, com intuito de superação da discricionariedade na concretização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: hermenêutica filosófica; neoconstitucionalismo; discricionariedade.

THE NEW CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS AND THE DISCRETION OF JUDICIAL DECISIONS IN CONCRETIZING FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

The decadence of legalism from legal positivism caused the advent of legal post-positivism, proposing normative force to legal principles, giving rise to the emergence of neoconstitutionalism, in view of the need to guarantee the effective realization of fundamental rights. In view of this, a new constitutional Hermeneutics originates. These phenomena, therefore, empower the Judiciary and intensify judicial discretion. Thus, the objective of the present investigation is to analyze how the use of New Hermeneutics can cause excessively discretionary judicial decisions. Therefore, using the deductive method, through a bibliographic survey, it was performed a review of the doctrinal literature, looking at the historicity of the legal phenomenon mentioned until the advent of neoconstitutionalism and the emergence of a New Constitutional Hermeneutics within this new jusfilosofico paradigm. Then, the maxim of proportionality of Robert Alexy is analyzed as one of the interpretative methods originating from neoconstitutionalism, later demonstrating that the discretionary use of principalist hermeneutics is propitiated by a failure in the application of the weighting theory, which provides the judge the free will to judge and also as a result of a misapplication of the maxim of proportionality by the Brazilian judiciary. Finally, it appears that Dworkin's Theory and the Critical Theory of Lênio Streck, based on Philosophical Hermeneutics and on the integrity of Ronald Dworkin, are shown as possible solutions to the problem that presents itself, in order to overcome the discretion in the materialization fundamental rights.

Keywords: philosophical hermeneutics; neoconstitutionalism; discretion.

1 INTRODUÇÃO

O cenário complexo da pós-modernidade e o surgimento de novas doutrinas jusfilosóficas provocam uma transformação na teoria constitucional, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais, pois eles deixam de ter um caráter ideológico de apenas limitar o poder estatal, mas também se apresentam como direitos que visam a concretizar a dignidade da pessoa humana. Em contrapartida, urge outro problema: a efetividade desses direitos corre perigo em razão, principalmente, de sua alta natureza abstrata e da possibilidade de mutação hermenêutica, o que possibilita alta carga de discricionariedade nas decisões judiciais interpretativas que visam a concretizar os direitos fundamentais.

Com efeito, a sociedade pós-moderna impõe o afastamento de critérios hermenêuticos apegados ao formalismo para a efetiva concretização dos direitos fundamentais. Surgem, portanto, novos métodos que podem atingir a necessidade social, uma vez que critérios tradicionais, tais como o gramatical, sistemático, teleológico e histórico seriam insuficientes para atingir tal objetivo, inclusive devido à abertura do sistema, que passa a ser encarado como composto por princípios e regras.

Nessa perspectiva, surge o *neoconstitucionalismo*, movimento partidário do pós-modernismo, que tem como substrato filosófico o pós-positivismo. Uma de suas mais importantes características é a positivação dos direitos fundamentais como princípios, com o objetivo de que ocorra uma abertura interpretativa, pautada em inovações hermenêuticas, que visam a garantir a concretização dos direitos fundamentais.

O novo constitucionalismo tem uma vasta preocupação com novos critérios interpretativos a fim de garantir a supremacia da Constituição e assegurar sua força normativa dentro do ordenamento e, principalmente, de proteger e propiciar efetividade aos direitos fundamentais. Essa influência tem provocado fortes alterações nas fontes jurídicas e, como consequência, na hermenêutica constitucional resulta em uma transformação do paradigma positivista, possibilitando uma nova compreensão da constitucionalização, sobretudo em relação aos direitos fundamentais, criando-se uma Nova Hermenêutica.

Apesar disso, o protagonismo do poder Judiciário e a discricionariedade das decisões judiciais estão cada vez maiores nas Cortes e Tribunais Constitucionais, situações autênticas e recentes propiciadas pelo constitucionalismo contemporâneo. O enfraquecimento do paradigma da legalidade é evidente. A lei, que antes era o centro do sistema jurídico e parâmetro de validade das normas, agora é objeto de controle de constitucionalidade. O culto à lei foi substituído pelo culto à jurisprudência constitucional, tonificada por uma nova teoria do Direito baseada na distinção entre regras e princípios, transformando-os na justificação de um decisionismo judicial calcado na subjetividade do intérprete e ocasionando excessiva discricionariedade do intérprete/juiz.

Assim, o objetivo principal desta investigação é avaliar a utilização dos métodos interpretativos da Nova Hermenêutica Constitucional, decorrente do pós-positivismo, bem como o *neoconstitucionalismo* e o protagonismo do poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais para compreender como a utilização de novos meios hermenêuticos e a abertura principiológica, decorrente deste novo construto filosófico, podem originar decisões judiciais excessivamente discricionárias.

Para fins de realização da pesquisa científica, o tema proposto alinha-se, no que se refere aos procedimentos metodológicos, a um levantamento bibliográfico de obras consagradas sobre o assunto, produzidas por autores considerados pós-positivistas, de doutrinas neoconstitucionalistas, além de jurisprudência ou decisões aplicáveis com propósito exploratório-descritivo e crítico sobre o problema apresentado.

O método de pesquisa adotado é o dedutivo, por meio do qual parte-se de uma premissa maior para uma análise específica do tema proposto. Será utilizada uma avaliação qualitativa da revisão bibliográfica coletada, uma vez que se pretende enumerar ideias, fatos e argumentos gerais sobre o tema e, ao final, obter uma conclusão sobre o problema apresentado.

2 PÓS-POSITIVISMO, NEOCONSTITUCIONALISMO E A NOVA HERMENÊUTICA

O pós-positivismo, doutrina jurídica executora dessa transformação no cenário constitucional, apresenta objetivos entre os quais se destaca a reaproximação do Direito com outras áreas, como a Filosofia – especialmente com forte interferência da filosofia da linguagem – reabrindo espaço para a discussão jurídica de valores ético-morais e políticos nesse domínio. Assim, representa uma ascensão ou reação ao positivismo

jurídico, doutrina jusfilosófica com força predominantemente anterior ao pós-positivismo, difundida por um dos jusfilósofos mais importantes da época: Hans Kelsen.

De acordo com Fernandes e Bicalho(2011, p. 112), a crise do positivismo jurídico se deu, principalmente, “pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna [...] e pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista”.

Dessa forma, a complexidade social pós-moderna exigia uma mudança de paradigma filosófico, mormente, no que se relaciona à efetiva concretização dos direitos fundamentais. As ambições dos que defendiam causas da humanidade não eram correspondidas pela rígida separação da ética do Direito (BARROSO, 2009). Diante dessa necessidade de suplantação do positivismo jurídico, surgiram grandes autores que idealizaram um novo conceito jusfilosófico do que se chama de pós-positivismo.

O termo, para Luís Roberto Barroso (2009, p. 351), trata-se da “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais”. Ademais, conforme Paulo Bonavides (2004, p. 264), com o pós-positivismo os princípios passam a ser tratados como direitos, tornando-os “pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” e, conseqüentemente, “a teoria dos princípios hoje o coração das constituições”.

Nesse sentido, a lei abre espaço aos valores e aos princípios, acentuando a predominância axiológica dos princípios dentro de um sistema jurídico. Segundo Marmelstein (2016), o pós-positivismo caracteriza-se pela aceitação dos princípios constitucionais como verdadeiras normas jurídicas, exigindo-se, para legitimação da norma jurídica, o tratamento com igual consideração, respeito e dignidade. Essa nova concepção, no entanto, ao contrário do que possa parecer, não se abstém do Direito Positivo.

Além disso, as regras e leis somente têm validade se o seu conteúdo material estiver em consonância com as diretrizes traçadas pelos princípios, notadamente porque “os princípios possuem uma função de fundamentação e de legitimação do ordenamento jurídico” (MARMELSTEIN, 2016, p. 11). A novidade das últimas décadas está no reconhecimento de sua normatividade (BARROSO, 2009). Assim, a observância a estes princípios é obrigatória, da mesma maneira que as regras/leis têm força vinculante.

Luís Roberto Barroso (2001) pondera que os princípios, nessa nova perspectiva, servem de orientação ao intérprete, que deve se basear nas normas que regem o tema para concluir a formulação da regra concreta. Nesse sentido, para o autor, os princípios desempenham os seguintes papéis: “a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete” (BARROSO, 2001, p. 33-34).

Nesse cenário, surge o *neoconstitucionalismo*, como um dos desdobramentos do pós-positivismo, com essa teoria do Direito constituindo “o marco filosófico do novo direito constitucional” (BARROSO, 2005, p. 8). Com isso, o *neoconstitucionalismo* surge pela necessidade de valorização dos direitos fundamentais e, sobretudo, pela evidência social da necessária concretização e efetivação dos direitos previstos na Constituição. O grande desafio dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, não se encontra na pesquisa de seus fundamentos filosóficos ou na sua origem, mas sim na concretização destes direitos (BOBBIO, 2004).

No plano teórico, o novo constitucionalismo atribui às normas constitucionais *status* de norma jurídica imperativa e de respeito obrigatório por todos, irradiando direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico. Assim, essa nova perspectiva do Direito Constitucional, no que respeita à teoria, influencia a formação de uma moderna Hermenêutica Constitucional, uma vez que reconhece a força normativa dos princípios e a necessidade de efetivar os direitos fundamentais, superando a fase que era vista como apenas um conjunto de aspirações políticas, convidando à atuação dos poderes públicos (BARROSO, 2009).

Além disso, o ministro Barroso (2009, p. 333) acrescenta que a “perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna Hermenêutica Constitucional” e, por consequência, deu origem a um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional, atribuindo-a não apenas aos juristas, mas também à comunidade como um todo.

Nesse viés, denota-se que as distinções entre regras e princípios, bem como entre normas e valores, constituem um dos pilares do *neoconstitucionalismo*. Assim entendido, representam pressupostos para entender por que na interpretação e aplicação do Direito, sob a égide desse novo paradigma jurídico, a ideia de subsunção abre espaço para a de ponderação. A importância que se tem dado a essa diferenciação, entre as espécies normativas, justifica-se por seu caráter fundamental na teoria da interpretação constitucional.

Um dos principais expoentes dessa distinção, Ronald Dworkin (2002), afirma que um sistema formado unicamente por regras não seria capaz de compreender o processo de argumentação desenvolvido nos *hard cases* (casos difíceis) – que se fundamentam em padrões jurídicos distintos das regras, como os princípios. Ademais, segundo o autor, os princípios não poderiam ser reconhecidos por meio do teste do *pedigree* (critério formal), de modo que o modelo de regras deveria ser substituído por um que compreendesse os princípios e outros padrões jurídicos (VALE, 2006).

Para Dworkin (2002), a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica, ou seja, os dois padrões apresentam decisões particulares acerca de obrigações jurídicas em circunstâncias específicas, porém são distintos quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira “tudo-ou-nada”, enquanto os princípios devem ser analisados na dimensão do peso.

Desse modo, “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39). Nesse sentido os princípios não apresentam condições de aplicação necessária, apenas conduzem a argumentação em uma certa direção.

Soma-se a isso o fato de que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância. Consequentemente, quando dois princípios colidem entre si, deve ser analisada a força relativa de cada um. Com relação às regras, não existe essa dimensão, de modo que, se duas regras estão em conflito, uma delas não é válida em razão de sua maior importância. Conforme Dworkin (2002), a resposta para saber qual delas continua válida pode vir da regulação de outras regras, como a promulgada mais recentemente ou por autoridade de grau superior ou mais específica.

Por outro lado, Robert Alexy (2016) afasta-se da doutrina proposta por Dworkin, entretanto, com grande influência deste, propõe distinções entre princípios e regras, afirmando, ao apontar critérios de distinção com relação ao grau de generalidade, que os princípios são normas com grau de generalidade relativamente mais alto. Em contrapartida, o grau de generalidade das regras é mais ou menos baixo.

Ao analisar sob um aspecto qualitativo, o autor alemão afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Por conseguinte, os princípios assumem caráter de *mandamentos de otimização*.

As regras, por sua vez, comportam-se como *mandamentos definitivos*, visto que “se uma regra é uma razão para um determinado juízo concreto [...], então ela é uma razão definitiva” (ALEXY, 2016, p. 108). Além disso, a distinção entre regras e princípios proposta pelo autor germânico é mais evidente nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras, pois a solução do conflito apontada pelo jurista germânico é distinta para os fenômenos envolvendo regras ou princípios (*idem*, 2016).

Assim, Robert Alexy explica por intermédio da *Lei da Colisão* a segunda característica que distingue princípios e regras. De acordo com a referida lei, a solução da colisão entre princípios consiste em estabelecer uma relação de precedência condicionada entre eles. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em analisar cada caso e averiguar sob quais condições um princípio prevalece sobre o outro, podendo, em outras condições, a precedência se resolver distintamente (ALEXY, 2016). Nesse sentido, é possível questionar: *Quais as condições em que o princípio “x” deve prevalecer e qual deve ceder?* A esse respeito, Alexy responde:

Nesse contexto, [...] utiliza-se da muito difundida metáfora do peso. [...]. Esses interesses não têm um peso quantificável. Por isso, é necessário indagar o que se quer dizer quando se fala em “pesos”. O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 , sob as condições C, presentes nesse caso concreto (2016, p. 97).

Nessa perspectiva, a *Lei da Colisão* é utilizada para o exame dos princípios em jogo, permitindo a solução do conflito e resultando em uma regra jurídica que determina as condições por meio das quais um princípio tem precedência sobre o outro. Daí a correta afirmação de Alexy de que as condições, em virtude das quais um princípio se sobrepõe ao outro, constituem a hipótese de incidência de uma regra, que corresponde à consequência do princípio que se sobrepõe.

Destarte, o resultado da *Lei da Colisão*, que estabelece a precedência de um princípio sobre o outro, pode instituir precedentes para a aplicação em casos análogos. Tal ordem de precedência, no entanto, não é vinculante e tampouco, necessariamente, é posta em prática em todos os casos. Basta que as condições sejam diversas, quando novamente deve ser aplicada a *Lei da Colisão*.

Diante desse cenário apresentado, é importante identificar a estrutura dos direitos fundamentais, entendendo a viabilização de utilização do método do sopesamento na aplicação desses direitos. Isso posto, em razão da forte carga axiológica das normas de direitos fundamentais, eles são comumente designados como princípios (VALE, 2006).

Nesse sentido, “do ponto de vista da vinculação ao texto constitucional, da segurança jurídica e da previsibilidade, um modelo puro de regras é, sem dúvidas, a alternativa mais atraente” (ALEXY, 2016, p. 123). São as doutrinas que consideram que as normas de direitos fundamentais não são aplicáveis mediante o recurso da ponderação, renunciando ao sopesamento, em que residem tantas inseguranças.

Não obstante, percebe-se que o modelo puro de regras fracassa e o modelo puro de princípios foi desacolhido, porque “não leva a sério as regulações adotadas pela Constituição” (ALEXY, 2016, p. 135). Assim, deve-se cogitar uma forma mista, “um modelo de regras e de princípios”, de modo a compreender que as normas de direitos fundamentais podem conter determinações entendidas como regras e outras como princípios. Caso essas determinações sejam incompletas, será necessário o uso da ponderação.

Diante disso, atualmente, a doutrina que mais condiz com o ordenamento brasileiro é a que defende que as normas de direitos fundamentais podem ser expressas por enunciados normativos que contemplam regras ou princípios, pois regras e princípios são espécies do gênero norma, como já assentado pela literatura pós-positivista. Apesar disso, há diferenças incontestáveis no modo como se dá a aplicação de cada uma dessas espécies normativas, principalmente em situações em que essas normas estabelecem comandos contraditórios e em que são aplicáveis concomitantemente em um mesmo caso.

Nesse contexto, em decorrência da distinta aplicação normativa dos princípios e regras, conforme já estabelecido por Robert Alexy, a qual enseja a aplicação da Lei da Colisão, a solução somente advém de uma ponderação no plano concreto. Logo, o juízo de ponderação é realizado como método da Nova Hermenêutica, devido à ideia de que as normas de direitos fundamentais, ao assumirem a forma de princípios, comportam mitigação – embora mantenham sua validade jurídica, na medida em que incidam sobre casos concretos em conflitos com outros princípios fundamentais.

Os direitos fundamentais, dessa forma, com caráter de princípios não podem ser realizados e concretizados de maneira absoluta, porquanto se limitam mutuamente. Somente podem se realizar quando for possível que a análise do caso concreto chegue a uma regra específica jusfundamental, a eles aplicável – regra esta que resulta da ponderação entre os princípios envolvidos. Os direitos fundamentais são, então, como quaisquer outros direitos, restringíveis (DIAS JÚNIOR, 2007).

Nesse diapasão, para Ana Paula de Barcelos (2005, p. 23), a ponderação é uma “técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”. É o que ocorre com a colisão das normas de direitos fundamentais, uma vez que, quando estão em tensão, não é suficiente adotar os critérios tradicionais utilizados para as antinomias entre normas (MALMELSTEIN, 2016).

Além disso, a estrutura da ponderação é decorrência da “máxima” da proporcionalidade, expressa pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação ou sopesamento, os quais lhe conferem fundamentação, dado que o procedimento não pode ser discricionário. Com efeito, ele deve ser praticado de maneira racionalmente justificável, argumentando as razões da ponderação a ser realizada de forma criteriosa (MARMELSTEIN, 2016).

O primeiro elemento da máxima da proporcionalidade é o da adequação, de modo que “uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido” (ÁVILA, 1999, p. 172). Com isso, a adequação pressupõe a fixação de um objetivo na limitação que é feita ao princípio; trata-se do dever de se averiguar a legitimidade da medida, tendo como legítimo o desfecho que não agride a Constituição.

A máxima parcial da necessidade, por sua vez, impõe que o meio escolhido para atingir o fim ensejado seja o mais brando possível entre todas as que se mostrem adequadas (DIAS JÚNIOR, 2007).

E, enfim, como último elemento que compreende a proporcionalidade tem-se a proporcionalidade em sentido estrito, à “qual é confiada a delicada tarefa de ponderar e sopesar os bens jurídicos em conflito no caso concreto” (DIAS JÚNIOR, 2007, p. 196). Em resumo, deve-se ponderar os interesses e fim perseguidos, não restringindo excessivamente os direitos expressos pelos princípios.

Importa ressaltar, ainda, que a máxima da proporcionalidade é a técnica estabelecida por Robert Alexy (2016) para apresentar racionalidade e justificação à técnica da ponderação devida na *Lei da Colisão*. Isto é, nos casos em que ocorrem conflitos entre dois princípios, apresentando direitos fundamentais ou não.

Assim, considerando o destaque aos princípios e aos direitos fundamentais, decorrente do paradigma jusfilosófico pós-positivista e do *neoconstitucionalismo*, o próximo tópico abordará as principais alterações e métodos interpretativos utilizados pela Nova Hermenêutica. É de fundamental importância entender a estrutura desses direitos e os novos métodos interpretativos *neoconstitucionais* aplicados para a concretização dos direitos fundamentais e o risco da discricionariedade no exercício da interpretação constitucional.

3 PROTAGONISMO JUDICIAL E A DISCRICIONARIEDADE DAS DECISÕES DECORRENTES DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A Nova Hermenêutica, aliada à complexidade da Constituição e à conseqüente expansão constitucional, ocasiona alteração da atuação do juiz dentro desse novo cenário, colocando-o como protagonista da interpretação e concretização dos direitos fundamentais. Tal fato fica evidente na atuação da jurisdição constitucional que vem sendo feita, notadamente, pela Corte Brasileira, mas também é visualizada em outros países, como na Corte Constitucional Alemã.

Com efeito, a hermenêutica que propõe Lênio Streck (2017), que visa a superar o paradigma positivista, ocasiona maior valorização da jurisdição constitucional. A supervalorização do poder Judiciário, contudo, oriunda do *neoconstitucionalismo* o expõe a muitas críticas. Isso porque a aplicação dos princípios na concretização dos direitos fundamentais, sujeitos à ponderação e menor densidade jurídica, acaba transferindo para o intérprete uma dose importante de abertura ao subjetivismo.

Como referido alhures, a ideia de Robert Alexy orienta-se no sentido de que um princípio nunca pode ser aplicado de forma imediata, ou seja, caso o sopesamento não seja realizado antes, o que resulta na Lei da Colisão, origina-se uma regra que se aplica mediante subsunção. Assim sendo, até que o princípio seja trabalhado pelo intérprete, ele é considerado por Alexy como uma noção indeterminada, que se situaria em um mundo ideal.

É nesse ponto que reside a carga de arbitrariedade e subjetivismo delegado ao intérprete na Teoria de Alexy. Nessas condições, convém a seguinte problematização: *A utilização da ponderação transfere ao aplicador/intérprete grande carga de subjetivismos que origina excessiva discricionariedade?*

Nesse viés, Lorena Duarte Santos Lopes (2014), em dissertação sobre o tema, argumenta que Alexy acredita em uma suficiência ôntico-exegética diante de casos simples, em que há clareza no enunciado legal, pois se resolveriam por subsunção. Fator que evidencia, em parte, que o jusfilósofo, no âmbito das regras, continua apostando no exegetismo. Por outro lado, o processo não se dá desse modo quando o intérprete está diante de um caso difícil. Dessa maneira, o autor, “[...] diante de um caso difícil, apela para o outro nível da semiótica: a pragmática. Contudo, a palavra final será do sujeito e sua subjetividade. A ponderação alexyana, feita para resolver o problema de colisão de princípios, dependerá ao fim e ao cabo da discricionariedade” (LOPES, 2014, p. 37).

Ademais, Ana Paula de Barcelos (2005), em resumo enumerado das críticas em desfavor da ponderação, elucida que, de fato, não há como negar que a ponderação enseja excessiva subjetividade e não há mecanismos

que previnam o arbítrio. Igualmente, o próprio Robert Alexy reconhece a existência da discricionariedade para sopesar, enunciando que o “os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento – de forma a torná-los praticamente sem importância” (2016, p. 611). Há, portanto, discricionariedade para sopesar – uma discricionariedade tanto do Legislativo quanto do Judiciário.

Nesse contexto, Lênio Streck (2017, p. 70) aduz que “é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário delegado em favor do juiz para preencher os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras”. Assim, para Streck (2017), o sentido de discricionariedade acaba sendo sinônimo de arbitrariedade, se considerado o plano da linguagem, em que reside a incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, pois a atitude discricionária do intérprete se traduz em arbitrariedade, ensejando a falta de controle do conteúdo e a ausência de previsibilidade e segurança jurídicas.

No mesmo sentido, Lorena Duarte Santos Lopes (2014, p. 41-42) descreve que a discricionariedade judicial ocorre quando o “juiz cria uma regulação para o caso que, antes da sua decisão, não encontrava respaldo no direito da comunidade política”. Assim, cria-se uma regra, por vontade própria do julgador, para regular o caso julgado e, por consequência, legitima-se a arbitrariedade cometida. Nesse ponto, discricionariedade equivale à arbitrariedade, visto que ambas emperram no mesmo problema: “a falta de controle contudístico sobre elas” (LOPES, 2014, p. 41-42).

Com efeito, Streck afirma que “o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é, indubitavelmente, incompatível com quaisquer posturas discricionário-decisionistas, porque estas estão assentadas em subjetividades assujeitadoras [...]” (STRECK, 2017, p. 228). A resposta judicial deve ser dada em condições que possam ser repetidas em casos semelhantes, caso contrário estar-se-ia ferindo o direito à segurança jurídica, valor basilar do Estado Democrático de Direito.

O intérprete deve evitar que o resultado interpretativo seja influenciado por seu menor ou maior grau de subjetividade no caso concreto. A utilização dos princípios deve ter exatamente o objetivo de evitar discricionariedade ou arbitrariedade nas decisões judiciais (STRECK, 2017). Nessa medida, Streck critica essa visão atual da interpretação jurídica:

[...] hoje, temos uma Constituição que deve ser o alfa e o ômega da conduta dos juristas e, por isso, a tarefa de qualquer teoria do direito preocupada com a democracia e os direitos fundamentais deve ser a de concretizar a Constituição. Isso significa dizer que não há mais espaços para voluntarismos e decisionismos baseados em discursos com pretensão corretiva. [...] Enfim, ao invés de avançar em direção ao novo, o velho senso comum teórico – forjado em perspectivas positivistas-pragmatistas – transformou o direito em um somatório de decisões desconectadas, é dizer, em um verdadeiro “estado de natureza hermenêutico”, no interior do qual cada juiz decide como mais lhe aprouver. Sob o alibi da “abertura interpretativa” proveniente da principiologia constitucional, parece não haver limites para a “criatividade”, a ponto de, por vezes, soçobrar o próprio texto constitucional (STRECK, 2010, p. 100-101).

Outrossim, além das consequências negativas intrínsecas à própria teoria alexyana, por meio da análise da doutrina e jurisprudência no Brasil, vê-se também que Robert Alexy é malcompreendido. Nesse aspecto, é preciso ressaltar que, embora a teoria dos princípios e o sopesamento sejam passíveis de críticas, estes são criticados ainda em maior grau quando verificados os resultados produzidos no Brasil, em razão de sua má aplicação.

O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para racionalizar a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais racionalizadores são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração (STRECK, 2017).

Nesse sentido, a ponderação nos termos propalados por seu criador não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais, isto é, entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um (STRECK, 2017). Por outro lado, Alexy (2016) intenta criar meios legítimos para fundamentar racionalmente e alcançar essas noções de preferibilidade e as razões para justificar essa hierarquização de princípios perante o caso concreto. Logo, “segundo o autor, é fundamental a demonstração de todas as razões que levaram para a tomada da decisão, de modo que se preserve a segurança e a estabilidade jurídica institucional” (MASSAQUE, 2017, p. 68).

Dessa forma, conforme já definido anteriormente, a técnica da solução de conflitos entre princípios – ponderação – não determina a escolha direta entre um dos princípios, porém perpassa o estabelecimento de critérios de precedência e, por meio da Lei da Colisão, especifica uma regra a ser aplicada no caso concreto (LOPES, 2014).

Nesse desiderato, vale ressaltar que Fausto Santos de Moraes (2014), em análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, utilizando como parâmetro 10 (dez) anos de jurisprudência, verificou que a Corte Suprema não segue rigorosamente a proposta teórica de Alexy sobre a proporcionalidade, o que ocasionou uma *concepção sui generis* da teoria. Conforme o autor, “essa concepção *sui generis* dificulta a identificação de um padrão decisório que pudesse fornecer elementos à compreensão do critério da proporcionalidade como *ratio decidendi*” (MORAIS, 2014, p. 59). A esse respeito, algumas das conclusões do autor são:

[...] em muitas decisões, bastou a indicação de um princípio jurídico, tido como violado, para que a proporcionalidade entrasse em jogo para orientar a decisão. [...] O sintoma disso foi visto mediante a aplicação indiscriminada da proporcionalidade para resolver “qualquer tipo de colisão” [...]. Essa questão parece ser indicativa da falta de conceituação rígida sobre a característica dos Direitos Fundamentais, como normas de princípios jurídicos (MORAIS, 2013, p. 218).

Moraes (2013) conclui, ainda, em sua tese, que não foi possível detectar a constituição da *Lei da Colisão* como resultado do sopesamento realizado na decisão, o que ocasiona o “problema da fundamentação das decisões judiciais, servindo, por isso, as críticas quanto ao decisionismo do sopesamento quando desvinculado da responsabilidade argumentativa da apresentação de sua legitimidade (racional)” (MORAIS, 2013, p. 218).

Do modo desacertado como a tese alexyana se propaga no Brasil, há contribuição para a permanência do julgador como sujeito solipsista, que busca o seu convencimento e que discricionariamente se utiliza dos princípios como argumentos aleatórios para as tomadas de decisão. Percebe-se, portanto, que a doutrina ainda está submersa no paradigma da filosofia da consciência, justificando a adoção de princípios de forma aleatória.

Do mesmo modo, Streck afirma que os tribunais, no uso imprudente da teoria alexyana, transformaram a ponderação – que é uma regra – em princípio, usando o conceito como “se fosse um enunciado performático, uma espécie de alibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos” (2017, p. 81-83). Soma-se a isso o fato de que, da forma como o conceito é utilizado na jurisprudência brasileira, chega-se às mais variadas respostas, ocasionando, em casos semelhantes, decisões diferentes, porque relacionado a “tudo sobre o anto da ‘ponderação’ e da proporcionalidade (ou da razoabilidade)” (STRECK, 2017, p. 81-83). Além disso, o autor brasileiro critica essa postura afirmando que “o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade” (STRECK, 2017, p. 82-83).

Corroborando a perspectiva de que casos idênticos acabam por receber distintas molduras diante dos tribunais, Nanaka (2020) elucidou, em sua tese sobre a ação penal 470, que o ministro Marco Aurélio Mello acompanhou o voto divergente de Ricardo Lewandowski durante o incidente de questão de ordem, versando sobre o possível desmembramento do julgamento, a pedido do então advogado Márcio Thomas Bastos. Essa premissa, contudo, mostrou-se contramajoritária em relação aos demais colegas de Plenário. Em suas argumentações, o ministro citou o mensalão “mineiro”, que também se originou das mesmas investigações, ou seja, o “Valerioduto” – contudo acabou sendo desmembrado pelos próprios colegas de Tribunal. Grosso modo, ainda se observou que, posteriormente, os julgamentos criminais, como no caso da “Lava Jato”, foram desmembrados para instâncias inferiores, como a de Curitiba, com o magistrado federal *a quo* Sérgio Moro, ou a do Rio de Janeiro, com Marcelo Bretas.

Nesse contexto, o próprio Robert Alexy sai em defesa da ponderação por ele criada, notadamente, em resposta às críticas formuladas em seu desfavor por Habermas, ao desenvolver uma Teoria da Argumentação Jurídica. Desse modo, “a preocupação de Robert Alexy parece ser no sentido de dotar de racionalidade a atividade de sopesar, o que passaria, necessariamente, pela fundamentação racional como condição legitimadora da adjudicação” (MORAIS; TRINDADE, 2012, p. 156). Com isso, a argumentação jurídica proposta por Robert Alexy tem por intuito servir como instrumento para atribuir racionalidade às decisões judiciais.

Em síntese, para Alexy, a decisão ponderativa de princípios é legítima desde que racionalmente fundamentada, por meio da ação humana discursiva e do procedimento da proporcionalidade, o que pode servir de modelo para exigência de fundamentação das decisões judiciais na Constituição Federal. A discricionariedade do intérprete, todavia, não deixa de existir ao realizar o sopesamento entre os princípios, ainda mais quando não é possível estabelecer somente uma resposta correta.

Sendo assim, percebe-se que nem mesmo a tentativa racionalizadora de conferir objetividade à ponderação, mediante a Teoria da Argumentação do autor germânico Robert Alexy, é o suficiente para superar a discricionariedade do juiz/intérprete na concretização dos direitos, inclusive dos direitos fundamentais. Percebe-se, então, que é necessário recorrer a outros caminhos, a exemplo da Teoria de Ronald Dworkin, que intenta conferir integridade ao Direito e buscar a resposta correta à sua aplicação.

4 A INTEGRIDADE DO DIREITO EM RONALD DWORKIN

O autor Ronald Dworkin (2002), também reconhecido na doutrina como pós-positivista, intentou a criação de uma teoria que impedisse a discricionariedade judicial. O jusfilósofo norte-americano é avesso ao poder discricionário. O Direito, segundo Dworkin, é composto por regras e princípios, porque “[...] uma sociedade é formada por pessoas que além de obedecerem às regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios comuns como norteadores de suas práticas” (STRECK, 2013, p. 359).

Nesse sentido, Dworkin percebe, a partir dos fundamentos que influenciam as decisões dos tribunais e da atividade judicial em geral, que há outros componentes além das regras que conduzem os argumentos dos juízes em determinada direção, como o respeito às decisões passadas, o que contradiz a doutrina positivista do poder discricionário (MOTTA, 2009).

Nesse sentido, o professor da Faculdade de Nova York entende que os casos difíceis devem ter argumentos gerados por princípios, não havendo uma criação discricionária do Direito pelo juiz. Logo, quando as regras não são claras, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes e não inventar o Direito. E, nessa tarefa, são inseridos argumentos de princípios, os quais vedariam um juízo discricionário.

Nota-se, de fato, que Dworkin não admite que a discricionariedade forte, defendida pelos positivistas, corresponde à liberdade de escolha de significados normativos. Segundo o teórico, o Direito nunca seria incompleto, pois “os princípios, considerados na sua globalidade, com a sua carga moral, proveriam a resposta correta, passível de ser encontrada em situação ideal de discurso” (BRANCO, 2009, p. 148).

Os juízes devem, então, aplicar esses princípios para resolver os casos em que as normas postas não são suficientes para gerar uma solução segura. Para Dworkin, seria possível, com base na sua concepção de princípios, encontrar a única resposta correta. Nesse contexto, a tese da resposta correta não se confunde com a existência de uma única solução jurídica. Assim, mesmo existindo mais de uma possibilidade defensível, para o Direito sempre haveria uma única resposta correta. Nesses termos, “o Direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada” (STRECK, 2013, p. 359).

Nesse ínterim, verifica-se que o autor sustenta a existência de uma “única resposta correta”, sendo aquela que se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior. E, ao mesmo tempo, a que seja atualizada de acordo com a moral política da comunidade, por meio de princípios devidamente reconhecidos pela comunidade jurídica. Assim, considerando-se que o professor da Faculdade de Nova York assume a postura de que o Direito é composto por regras e princípios, o sistema de princípios é incapaz de gerar soluções diversamente válidas. Se assim o fosse, o procedimento levaria à discricionariedade, o que é fortemente criticado pelo autor (DWORKIN, 2002).

Destarte, o Direito é um conceito interpretativo em que a prática jurídica é, principalmente, ato de interpretar, uma vez que as partes conflitantes apresentam em juízo interpretações alternativas que pretendem dizer o Direito para o caso, no entanto, “a interpretação não terá como objetivo fornecer um juízo de valor das proposições jurídicas, mas tornar o objeto da interpretação o melhor possível” (STRECK, 2013, p. 360). Com isso, a atitude interpretativa conduziria o juiz a interpretar as práticas dos outros juízes ao decidirem o que é o Direito, refinando-as.

Nesse viés, Dworkin (1999) aproxima a metodologia jurídica à literatura, comparando o trabalho do juiz com o de um romancista em cadeia, escrito de forma coletiva, impondo, portanto, aos envolvidos um dever de continuidade e coerência. Conforme o autor, a produção do romance em cadeia exigiria uma avaliação geral de cada autor à medida que ele escreve e reescreve, de modo que, se o romance é escrito aos poucos, devem ser trabalhados elementos para decidir em continuidade, e não um novo começo (DWORKIN, 1999).

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. [...] em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus antecessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como o produto de muitas mãos diferentes (DWORKIN, 1999, p. 276).

A perspectiva dworkiana dificulta ou até mesmo impede que o intérprete seguinte – agora autor dentro da historicidade estabelecida pelo jusfilósofo – proceda como se a história começasse nele e que, por isso, poderia fazer o que quisesse. Desse modo, “a ideia não é um conjunto de crônicas ou contos com os mesmos personagens, mas única história, iniciada antes dele e continuada como se escrita por um só, mesmo sendo uma obra de inúmeras mãos” (STRECK, 2013, p. 361). Veja-se, nesse sentido, que existe uma interpretação da história coerentemente reconstruída e adequadamente continuada.

Há, conseqüentemente, pela doutrina de Dworkin, uma superação do convencionalismo positivista e do pragmatismo realista, posto que, para os primeiros, há algo a ser respeitado. Nos casos difíceis, contudo, “o intérprete poderia tornar-se um autor sem um passado. Já os realistas, sustentam um desapego às convenções e à tradição, cada decisão é nova, ao invés de intérpretes, seriam apenas autores” (STRECK, 2013, p. 361).

Para isso, Ronald Dworkin (2002, p. 165) criou um jurista com “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, entrando em cena a figura por ele imaginada do juiz Hércules. O personagem se agrega à percepção do Direito em um contexto de coerência do sistema normativo, que se exprime na metáfora do “romance em cadeia”. Denota-se, então, que o jusfilósofo de Oxford, sob influência gadameriana, leciona que os direitos são resultados da história da moralidade.

Ronald Dworkin (2002, p. 165) afirma, ainda, que esse juiz aceita as principais regras não controversas que regem sua jurisdição, ou seja, “ele aceita que os juízes têm o dever geral de criar e extinguir direitos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores, cujo fundamento racional [...] aplica-se ao caso em juízo”. Percebe-se, assim, que não é uma tarefa fácil, pois é necessária a construção de um sistema de princípios que forneçam uma justificação coerente a todos os precedentes e, também, um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas (MOTTA, 2009).

Por outro lado,

[...] Hércules não é de longe, um solipsista, um protagonista, alguém que decide sozinho. Ele é Hércules não pela capacidade sobre-humana de, com bom senso, prudência ou discricção resolver, com justiça, os casos que chegam a sua jurisdição. A sua “extraordinária capacidade” não é voltada à introspecção, mas à compreensão do Direito como totalidade, e isso implica, necessariamente tomar em consideração o que fizeram [...] os demais juízes do passado e do presente, além da produção legislativa. Mais do que isso, implica prestar contas ao conjunto principiológico irradiado a partir da Constituição (MOTTA, 2009, p. 64).

No caso concreto, Hércules há de ter em conta a repercussão sobre o problema de certas virtudes, como a liberdade, a igualdade e a comunidade, que terminariam por compor, no seu inter-relacionamento, uma só visão política. Dessa maneira, “o enfoque de Dworkin não leva a um exercício de *balancing*, mas a uma escala de considerações a respeito do conflito [entre princípios], sobre a base das respectivas [de cada princípio envolvido na colisão] contribuições para a busca da igualdade de consideração e respeito” (BRANCO,

2009, p. 149). A atitude que deve ser tomada pelo “juiz filósofo”, Hércules, fará com que ele encontre no Direito soluções ou respostas que não se ajustam àquelas de sua preferência pessoal.

Nesse ponto, uma crítica que pode, pertinentemente, ilustrar a ausência de integridade no Direito e na jurisprudência brasileira refere-se à decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a permissão ou não permissão da prisão para fins de cumprimento de pena após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância. A História evidencia como o posicionamento sobre o assunto mudou ao longo dos anos.

De proêmio registre-se que, mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, legitimando o princípio da Presunção de Inocência, até o ano de 2009 a prisão antes do trânsito em julgado para fins de cumprimento de pena era permitida. Em 2009, no entanto, a Suprema Corte mudou de entendimento e estabeleceu que a antecipação da pena era incompatível com a Constituição, em decisão prolatada no *habeas corpus* número 84.078-7 de Minas Gerais (BRASIL, 2009).

O caso, apresentado no referido remédio constitucional, discutia a possibilidade de execução antecipada da pena e sua compatibilidade com a Constituição, em análise de um caso concreto de um condenado por homicídio. É possível identificar, nesse caso, uma colisão entre princípios, como os da Presunção de Inocência, da segurança social e da efetividade do poder jurisdicional. Além disso, constata-se, nessa decisão, que voto vencido e vencedor utilizaram a máxima da proporcionalidade como meio para a resolução do “*hard case*” (MORAIS, 2013).

Em 2016, porém, o tema foi novamente objeto de debate pela Corte Suprema, no *habeas corpus* de número 126.292/SP, de relatoria do ministro Teori Zavascki. Processo em que o plenário mudou, por maioria, a jurisprudência da Corte para permitir a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância. Veja-se o entendimento do ministro Gilmar Mendes, que votou a favor da prisão em segunda instância, no HC 126.292, em 2016, exarado de seu respectivo voto:

E quero ressaltar que, tivéssemos nós a compreensão, por exemplo, que têm os alemães em relação à possibilidade da prisão preventiva, mesmo antes do trânsito em julgado, nós teríamos um argumento satisfatório, quer dizer, com base na garantia da ordem pública. Mas, pelo menos, o entendimento que nós temos hoje, aqui, é que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública, em casos de possibilidade de repetição do delito em situações assemelhadas; em muitas situações, nós temos crimes extremamente graves, mas não se pode cogitar de sua possível repetição a justificar a prisão (HC 126.292/SP, p. 75).

O que é mais paradoxal, no entanto, é que, em 7 de novembro de 2019, em mais uma decisão em plenário, a Corte, por maioria dos votos, decidiu pela procedência das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 33 e 54. O intuito foi declarar como constitucional o artigo 283, do Código de Processo Penal,¹ que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para início de cumprimento de pena. Assim sendo, a Suprema Corte determinou, em um prazo de aproximadamente 3 (três) anos, o oposto ao que havia sido decretado em 2016. Com isso, vedou o início imediato de cumprimento de pena após condenação em segunda instância. Desta vez, todavia, segundo o próprio julgador, a justificativa seria que o STF decidiu em 2016 a possibilidade para execução da decisão a partir do julgado em segundo grau. Sendo assim, “decidiu-se que a execução da pena após condenação em segunda instância seria possível, mas não imperativa” (GILMAR MENDES, *Revista Consultor Jurídico*, 7/11/19).

Diante disso, é possível perceber que a teoria dworkiana não é atendida pelo Judiciário brasileiro, a qual aduz que os juízes têm o dever de construir um Direito íntegro e compatível com a historicidade em que se encontram. O autor norte-americano, ao propor o “romance em cadeia”, impõe ao próximo juiz dever de coerência de integridade na construção do Direito.

Conforme mencionado, a perspectiva dworkiana dificulta ou, até mesmo, impede que o intérprete seguinte proceda como se a história começasse em suas ações, de modo que pudesse fazer o que quisesse. Com esse postulado, o objetivo é estabelecer uma única história, iniciada antes dele e que será continuada,

¹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, ou no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.

mas que deve se assemelhar como se fosse escrita por um só autor. Nesse sentido, existe uma interpretação da história coerentemente reconstruída e adequadamente continuada.

Com efeito, tais pressupostos não restaram devidamente observados diante das decisões apontadas. Ao contrário, intensificou-se e ampliou-se ainda mais o problema da discricionariedade já abordado na presente pesquisa. Perante o exposto, para encerrar a investigação proposta, cabe, ainda, analisar a Teoria Crítica de Lênio Streck, tendo em vista sua importância na tentativa de superação da discricionariedade no âmbito das decisões judiciais.

5 A TEORIA CRÍTICA DE LÊNIO STRECK

A principal dificuldade constatada em teses como a alexyana, já analisada na presente investigação, reside em sua tendência de intensificar e apoiar a discricionariedade judicial. Nesse sentido, Lênio Streck, jurista brasileiro, com vistas a superar a abstração, transformando a singularidade de casos concretos em pautas gerais, recorre à Filosofia Hermenêutica e à Hermenêutica Filosófica. Além disso, o autor busca apoio na concepção de Direito como integridade de Ronald Dworkin com o intuito de enfrentar o desafio de exigibilidade da democracia, oposta à discricionariedade, o que pressupõe um Direito preocupado com a intersubjetividade.

Assim sendo, Lênio Streck, com a idealização da “Nova Crítica do Direito”, pretende “compreender o fenômeno jurídico sem reduzir a complexidade própria que envolve a sua interpretação, validade, legitimidade, vigência e aplicação” e, por consequência, procura romper as generalizações dogmáticas. Em resumo, a Nova Crítica do Direito, “para enfrentar o desafio de um direito preocupado com a intersubjetividade exigida pela democracia, convicção oposta à discricionariedade judicial, vai buscar apoio na concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin” (MORAIS, 2010, p. 192).

Neste ponto, vale lembrar que a teoria dworkiana é direcionada à concretização e preservação dos direitos fundamentais, visto que não se encontram, na figura do juiz “Hércules” ou na controversa tese da única resposta correta, tantos relativismos e arbitrariedades interpretativas. Logo, o objetivo e a ideia de integridade do Direito são concebidos como ponto que enlaça e confere maior densidade a todas as bases da teoria, compreendendo-a como uma proposta que atende ao propósito democrático de “quebra” do protagonismo judicial a partir do paradigma hermenêutico (MOTTA, 2009).

Além disso, estudar o Direito como integridade é compreender a Filosofia no Direito, inclusive a Filosofia Hermenêutica, visto que, para Streck (2017), há claros pontos de contato entre a concepção dworkiana de integridade em Gadamer e a ideia da tradição. Assim sendo, pode-se dizer que o intuito da crítica streckiana é desobscurecer a interpretação e aplicação do Direito e a viabilidade de se alcançarem condições interpretativas, capazes de garantir uma resposta correta e que seja constitucionalmente adequada, notadamente na crise do Direito brasileiro (LOPES, 2014). Com isso, a princípio, o ato interpretativo para Streck (2017) deve ser desenvolvido por meio de um viés filosófico e racional.

Neste diapasão, a solução para a redução da discricionariedade judicial encontrada, por meio da aplicação dos meios hermenêuticos deste novo paradigma, pode ser a relação entre Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica. A tentativa é de reduzir a influência da subjetividade do intérprete na aplicação da norma. Assumindo esta postura, a interpretação e a linguagem contribuem para a interpretação dos problemas jurídicos (COSTA, 2014).

A contribuição da Hermenêutica Filosófica gadameriana (*apud* STRECK, 2017) é sua oposição quanto ao método como instrumento apto de medir a verdade como certeza, deixando de analisar elementos históricos que determinam o conhecimento das coisas. Assim, em resumo:

A compreensão e interpretação das coisas é marcada por um acontecer histórico temporal, determinado pela concretude e singularidade do compreender. A hermenêutica, como uma ciência da interpretação, deveria se livrar desse pré-conceito científico e normativo, entregando-se ao seu destino filosófico, como uma experiência de sentido mediado pela linguagem. A compreensão como chave de entendimento das coisas, como uma concretude da facticidade, poderia ser entendida como historicidade de uma tradição que se transmite pela

linguagem. A tradição, para Gadamer, passa a ser a fonte das pré-compreensões, tomadas como pré-juízos que suportam o compreender/interpretar. Pertencer à tradição é compartilhar de determinados pré-juízos que orientam a compreensão das coisas (MORAIS, 2010, p. 194).

Destarte, não é possível interpretar uma nova ordem jurídica de Direito fundamental, tampouco qualquer outra que seja desvinculada da pré-compreensão da própria norma. A pré-compreensão antecede a investigação sistemática e já é uma forma de interpretar, compreendida dessa maneira por Gadamer (*apud* GOMES, 2010), uma vez que preexiste à pesquisa filosófica ou científica. Por conseguinte, não é possível interpretar desvinculando-se da pré-compreensão e, no caso da interpretação jurídica, diante da supremacia da Constituição, não há interpretação sem uma pré-compreensão do intérprete da própria Carta Magna.

Consoante a Gadamer (*apud* COSTA, 2014), toda compreensão, interpretação e aplicação da norma ocorrem em um só momento. Além disso, aquilo que se chama de construtivo em Dworkin, quando o intérprete está amarrado com o passado, pode ser traduzido em Gadamer como “autoridade da tradição”, que acompanha a ideia da pré-compreensão (MOTTA, 2009, p. 79). Desse modo, Francisco José Borges Motta reescreve a ideia de Gadamer, destacando que

a compreensão só é possível quando aquele que compreende se lança para a abordagem de um texto já com uma pré-compreensão; isto significa que, por um lado, o intérprete já orienta o texto por alguma coisa, a saber, pelo mundo em que se movimenta; ao mesmo tempo, à compreensão de um texto liga-se um interesse na compreensão, é dizer, quando utilizamos o texto, temos algum propósito em mente, e utilizamos sempre a nossa conceitualidade. Através da pré-compreensão, que guia a interpretação do texto, cada interpretação de um texto é, simultaneamente, aplicação ao estado atual de consciência do intérprete, o que faz com que o texto se transforme sucessivamente num texto diferente, de modo que a interpretação não será, jamais, meramente reprodutiva (2009, p. 79-80).

Logo, não é sequer possível interpretação que se dê sem pré-compreensão. Ademais, a interpretação é construtiva e, para evitar arbitrariedades interpretativas, o intérprete tem de ser capaz de testar a sua própria compreensão da tradição e historicidade em que é envolvido a fim de interpretar garantindo coerência e integridade. A tradição, para Gadamer, passa a ser a fonte das pré-compreensões, tomadas como pré-juízos que suportam o compreender/interpretar. Pertencer à tradição é compartilhar de determinados pré-juízos que orientam a compreensão das coisas.

Com base nisso, a posição de Streck é a de que a “hermenêutica é avessa ao poder discricionário, do mesmo modo que o é Dworkin” (2017, p. 484), o que não permite arbitrariedade interpretativa por parte dos juízes. Assim sendo, outro aspecto indispensável da crítica levantada pelo autor brasileiro endossa o pensamento de Dworkin “ao requerer que o conceito de princípio jurídico sirva para superar o modelo de direito baseado exclusivamente nas regras, pretendendo o reconhecimento da imbricação ontológica entre direito, moral e ética” (MORAIS, 2013, p. 262-263).

Dessa forma, o reconhecimento ontológico não permite que as razões morais e éticas sejam inseridas no direito mediante as convicções pessoais do intérprete – o que é possível mesmo com o procedimento argumentativo proposto por Alexy. Isso porque a justificativa moral e ética já são integrantes do Direito e equivalem aos elementos que possibilitam a autonomia do sistema (MORAIS, 2013).

Diante disso, conforme já mencionado, “a responsabilidade política dos juízes emerge da ideia de integridade do Direito. Sendo assim, os juízes, ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade” (LOPES, 2014, p. 76).

Por outro lado, a atuação dos juízes deve se dar de forma que permita a construção de respostas constitucionalmente adequadas, também relacionadas à ideia de resposta correta, o que, todavia, Streck prefere designar como resposta adequada à Constituição, interligando as teorias de Dworkin e Gadamer, que compartilham entendimentos, pois ambos são antidiscricionários e acreditam na tradição, coerência e integridade. O intuito dessa proposta é conter as “contingências” do Direito que têm seduzido os juízes a julgarem pragmaticamente (STRECK, 2017). Além disso, ambos os autores não dividem interpretação de aplicação.

[...] a resposta correta (adequada) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição (STRECK, 2017, p. 687).

Destarte, “do mesmo modo que há o dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição. Há uma relação umbilical entre esse dever fundamental e esse direito fundamental” (STRECK, 2017, p. 687-688). A ligação entre os dois aspectos representa uma “blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais” (STRECK, 2017, p. 688).

A combinação entre o dever de fundamentar, motivar e justificar as decisões e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas e adequadas constitucionalmente evita a discricionariedade e qualquer comportamento solipsista, fundado no paradigma filosófico sujeito-objeto. Tem-se em vista, então, a substituição pelas condições histórico-concretas, considerando a importância da tradição, da coerência e da integridade do Direito com base na hermenêutica jurídico-filosófica (LOPES, 2014).

Sendo assim, o direito fundamental a uma resposta correta significa mais do que uma análise de tratamento equânime, de respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa. Trata-se, com efeito, de “um ‘produto’ filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto, predominantes nas suas metafísicas” (STRECK, 2017, p. 620). O direito fundamental a uma resposta correta, contudo, não significa que ela deve ser definitiva, o que, de acordo com a hermenêutica filosófica, provocaria um congelamento dos sentidos e seria o sequestro da temporalidade (LOPES, 2014).

Nesse viés, a decisão (resposta) baseada em Streck (2017) é adequada quando for respeitada, ao máximo, a autonomia do Direito produzido democraticamente. A partir disso, pode ser evitada a discricionariedade, bem como ser abolida qualquer arbitrariedade, respeitando-se a coerência e a integralidade do direito em uma fundamentação efetiva. Por meio disso, a Teoria Crítica de Streck pode ser um caminho a ser perseguido na busca por atuação judicial democrática, constitucionalmente comprometida e que se distancia de posturas adeptas da discricionariedade judicial, como a importada ponderação alexyana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das críticas e as possibilidades ocasionadas pelo legalismo acrítico oriundo do positivismo jurídico, aliadas à complexidade da sociedade pós-moderna, depreendeu-se a necessidade de superação deste paradigma. Nessa medida, surgiram juristas, doutrinadores e jusfilósofos que enunciam o pós-positivismo e estabelecem, principalmente, normatividade jurídica aos princípios, incluindo-os como padrões normativos dentro da ordem jurídica. Em decorrência dessa nova tendência jusfilosófica (pós-positivismo), na teoria constitucional, surge o *neoconstitucionalismo*.

Nesse sentido, começa-se a pensar em uma Nova Hermenêutica, notadamente no âmbito constitucional, que possa garantir a efetiva concretização dos direitos fundamentais. Diante disso, novos métodos e critérios hermenêuticos são pensando para atender os anseios do novo paradigma jusfilosófico, inclusive a ponderação alexyana, com fundamento na distinção de regras e princípios, ambos como padrões normativos. Assim, coloca-se, na maioria das vezes, a estrutura dos direitos fundamentais como princípios, reconhecidos como mandamentos de otimização, que impõem ao intérprete a sua concretização somente mediante esquemas de sopesamentos.

Ocorre, entretanto, que o Direito Constitucional foi tomado por princípios da argumentação jurídica, desenvolvendo-se diversas teses/teorias por vezes incompatíveis entre si. Na maioria das vezes revigorou-se uma das características do positivismo jurídico: a discricionariedade judicial. Todavia, a discricionariedade judicial é inconciliável com a democracia, principalmente pela necessidade de que o controle intersubjetivo seja possível.

Desta forma, identificam-se algumas críticas na doutrina nacional e internacional, entre as quais o argumento acerca de uma verdadeira inconsistência metodológica na ponderação de bens ou de valores.

Aspecto que se traduz em um simples procedimento formal que não oferece ao intérprete as pautas materiais para a solução dos casos concretos.

Da forma desacertada como esse fenômeno vem se propagando no Brasil, contribui-se para a permanência da concepção do julgador como sujeito solipsista, que no primeiro momento decide de acordo com seu convencimento e discricionariedade. E, posteriormente, fundamenta, utilizando-se dos princípios como argumentos aleatórios para as tomadas de decisão.

Nesse sentido, verifica-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade ou não de prisão após o julgamento do acusado em segunda instância para fins de cumprimento de pena quando fixado o regime fechado. Da referida decisão foi possível perceber a manipulação e argumentação de princípios a fim de fundamentar uma decisão “política” que já havia sido tomada antes mesmo de os julgadores proferirem seu voto em plenário. O que evidencia a afirmação de que, no Brasil, a aplicação da proporcionalidade é, muitas vezes, subterfúgio para tomadas de decisão judiciais que envolvem muito mais política do que concretização dos direitos fundamentais, utilizando-se de argumentos de princípios para fundamentar o que já foi decidido.

Convém ressaltar ainda que, embora nesse caso existisse um conflito entre princípios, estando em rota de colisão o princípio da Presunção de Inocência e da efetividade da Justiça Criminal, na decisão do STF, mais uma vez, não foi possível observar o percurso do procedimento da proporcionalidade de Alexy. Isto é, não houve ação para que se estabelecesse a relação de precedência entre um e outro, originando-se a Lei da Colisão. Tal fato evidencia ainda mais a manutenção da discricionariedade do julgador na concretização dos direitos fundamentais.

Por outro lado, para Ronald Dworkin a interpretação do Direito é capaz de gerar uma única resposta correta e, em consequência, desautoriza a discricionariedade forte. Além disso, com o aspecto construtivo, histórico e criativo da atividade de interpretação de Dworkin, é possível superar o esquema sujeito-objeto, criticado por Streck. Pois, na prática interpretativa, o intérprete não deve transformar o objeto interpretado naquilo que ele queria que o objeto fosse. Afinal, a interpretação é condicionada pela História, o que garante a integridade do Direito.

Com esse pressuposto, Dworkin assevera que o conjunto de princípios que marcam as convicções morais assumidas pela comunidade a que pertence o referido juiz impõe o dever de decidir com fundamento nesta comunidade de princípios. Dessa forma, o juiz estaria preso à sua tradição jurídica, evidenciando semelhança com o posicionamento de Gadamer.

Apesar disso, Dworkin não afirma que a única resposta correta seja imutável e, tampouco, propõe que o juiz Hércules decida os casos sozinho, como protagonista, uma vez que a resposta correta deve ser construída pelas partes em um processo produzido democraticamente.

A aplicação do Direito, portanto, especialmente dos direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos, será adequada ou constitucionalmente adequada quando se respeitar a autonomia do Direito produzido democraticamente. Em outras palavras, caso seja evitada, ao máximo, a discricionariedade, abolindo-se qualquer arbitrariedade, respeitando-se a coerência e a integralidade do Direito, bem como a historicidade da comunidade jurídica a partir da fundamentação efetiva. Por fim, exige-se um caráter comunitário, compartilhado e intersubjetivo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47313/45714>. Acesso em: 9 set. 2019.
- BARCELOS, A. P. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 31 ago. 2019.
- BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 4, n.15, p. 11-47, 2001. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 1º set. 2019.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANCO, P. G. G. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 84078-7 Minas Gerais*. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da Chamada “Execução Antecipada Da Pena”. Art. 5º, LVII, da Constituição Do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, decisão 5 fev. de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- COSTA, R. O. Hermenêutica constitucional e hermenêutica filosófica: horizonte da previsibilidade das decisões judiciais. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 122-141, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/index>. Acesso em: 9 nov. 2019.
- DIAS JÚNIOR, J. A. Princípios, Regras e proporcionalidade: análise e síntese das críticas às teorias de Ronald Dworkin e de Robert Alexy. *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Ceará, v. 27, p. 177-199, 2007. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20425>. Acesso em: 1º out. 2019.
- DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERNANDES, R. V. C.; BICALHO, G. P. D. Do positivismo ao pós-positivismo: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/48/189/ril_v48_n189_p105.pdf. Acesso em: 31 ago. 2019.
- GOMES, S. A. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- LOPES, L. D. S. *A inadequada recepção da ponderação Alexyana pelo direito brasileiro*. 2014. 120 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos – Unisinos, São Leopoldo, RS, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4829>. Acesso em: 10 out. 2019.
- MARMELSTEIN, G. *Curso de direitos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- MASSAQUE, A. B. C. *A ponderação de valores no contexto da hermenêutica constitucional*. 2017. 79 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho, PR, 2017. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/9201-aristoteles-boaventura-da-costa-massaque/file>. Acesso em: 10 out. 2019.
- MENDES, Gilmar. Ninguém será considerado culpado até transito em julgado, vota Gilmar Mendes. *Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/gilmar-mendesvota-execucao-antecipada-pena>. Acesso em 07 nov. 2019.
- MORAIS, F. S.; TRINDADE, A. K. Ponderação, pretensão de correção e argumentação: o modelo de Robert Alexy para fundamentação racional da decisão. *SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 147-166, ano 2012. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/ponderacao-pretensao-de-correcao-e-argumentacao-o-modelo-de-robert-alexys-para>. Acesso em: 9 nov. 2019.
- MORAIS, F. S. Descobrimo o pressuposto hermenêutico do princípio da proporcionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, RS, n. 1, v. 6, p. 54-62, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.61.05>. Acesso em: 9 nov. 2019.
- MORAIS, F. S. *A proporcionalidade como princípio epocal do direito: o desvelamento da discricionariedade a partir da nova crítica do direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos – Unisinos, 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2463>. Acesso em: 10 out. 2019.
- MORAIS, F. S. Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos – Unisinos, São Leopoldo, RS, 2013. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2013/42007011005P9/TESE.PDF>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio Sinos – Unisinos, 2009. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2447>. Acesso em: 15 nov. de 2019

NANAKA, H. M. *O STF e o caso “Mensalão”*: hibridismo, expertise e político. 2020. 268 f. Tese. (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/13181>. Acesso em: 15 out. 2020.

STRECK, L. L. *Verdade e consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, L. L. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 343-367, dez. 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>. Acesso em: 9 nov. 2019.

STRECK, L. L. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. *Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, Belém, v. 1, n.1, p. 93-105, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>. Acesso em: 26 abr. 2019.

VALE, A. R. V. *A estrutura das normas de direitos fundamentais*: repensando a distinção entre regras, princípio e valores. 2006. 286 f. Dissertação. (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Universidade de Brasília ☐ UnB, Brasília, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/33531860.pdf>. Acesso em: 9 set. 2019.

VALENTE, F. Entendimento revisto: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, vota Gilmar Mendes. *Revista Consultor Jurídico*, 7 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/gilmar-mendesvota-execucao-antecipada-pena>. Acesso em: jun. 2021.