CONSIDERAÇÕES SOBRE DECISIONISMO E PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO - EXAGERO HERMÊUTICO E INTERPRETATIVO

Luciano Luis Almeida Silva[*]

RESUMO: Hermenêutica e interpretação jurídica são conceitos indissociáveis da ideia de entendimento e aplicação de normas num ordenamento jurídico. O intérprete deve sempre ter a cautela e o zelo de observar regramentos básicos de hermenêutica e interpretação, entendendo e respeitando os limites intrínsecos à própria norma em análise. A extrapolação desses limites resultará numa retórica argumentativa que favorece apenas ao intérprete, permitindo a ele fundamentar com peculiar subjetividade, justificando o que se imaginaria injustificável. A efeito, aliado à supervalorização do Poder Judiciário na contemporaneidade, a extrapolação desses limites pelo juiz no momento de decidir resulta no combatido decionismo judicial, onde, com suposto amparo em técnicas de hermenêutica e interpretação jurídica, o magistrado decide na verdade conforme sua consciência e vontade e não dentro dos limites semânticos e parâmetros delineados na própria norma.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica jurídica. Interpretação jurídica. Decisionismo.

1 INTRODUÇÃO

Indiscutível a importância de enfrentamento da problemática do decisionismo judicial que inegavelmente ganha corpo no Brasil.

Referido processo parece ser fruto do aproveitamento equivocado de conceitos de hermenêutica e interpretação jurídica, buscados pelo magistrado contemporâneo que, diante do crescimento exponencial de atuação do Poder Judiciário, passou a enfrentar questões de todas as naturezas, não solucionáveis pela simples leitura da norma.

O intuito deste trabalho, assim, é demonstrar que a utilização da

[*] Bacharel em Direito. Bacharel em Ciências Econômicas. Especialista em Ciências Penais. Advogado e Procurador Municipal em Graccho Cardoso/SE. Membro da Comissão de Defesa da Advocacia Pública da OAB/SE.

hermenêutica e da interpretação jurídicas, que à primeira vista revela-se imprescindível para solução de qualquer caso concreto, quando utilizada como instrumento de argumentação na decisão judicial de modo exacerbado, leva a uma compreensão equivocada da norma utilizada, de modo que o juiz decidirá não de acordo com o que ela representa no ordenamento, mas de acordo com sua vontade e consciência.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES DE HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

É de extremo reducionismo dizer que o conceito de hermenêutica jurídica se confunde com o de interpretação jurídica.

A hermenêutica jurídica pode ser caracterizada, no limite da rasa profundidade do que se propõe com o presente artigo, como um processo dinâmico cujo objetivo é investigar e coordenar de modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e finalidade das normas jurídicas, seja princípio, seja regra, fixando critérios norteadores de interpretação.

Grosso modo, é uma ciência da interpretação das normas jurídicas, devendo ser encarada como algo que facilita a sistematização dos processos utilizados para obtenção de uma interpretação correta das normas.

A interpretação jurídica, por sua vez, é o ato de conhecer, saber a essência e em que consiste a própria norma, o que ela quer dizer; traduzir o seu significado, as suas finalidades, as razões do seu aparecimento e as causas de sua elaboração. É descobrir o sentido e o alcance da norma.

Também de modo simplista – para não desviar do foco deste artigo –, é o conjunto de operações lógicas que, seguindo as balizas da construção hermenêutica, buscar desvendar o sentido e os fins das normas, explicando, explanando ou aclarando o sentido de alguma coisa. Interpretação é ato ou efeito de interpretar.

Pablo Serrano (2002, p. 20-21) doutrina:

> O intérprete, para conseguir seus objetivos, deve se valer dos meios ou instrumentos que estão presentes nos diferentes critérios hermenêuticos. Assim, do ponto de vista acadêmico, as teorias da hermenêutica devem ser explicadas como

> preâmbulo ao estudo do direito pois, como disciplina, fornece-nos os critérios básicos que facilitam o estudo, a interpretação e posterior aplicação das normas jurídicas nos diferentes ramos do direito.
> [...]
> A importância da teoria da interpretação da norma jurídica é imensa, e deriva do interesse público, que exige que as leis tenham aplicação fiel ao pensamento do legislador. É de interesse público a interpretação das leis, porque nenhuma lei se faz a não ser para utilidade pública. Então, se é o interesse público que faz a lei, é necessário que ela tenha uma execução uniforme, e não a pode ter sem que haja regras comuns que sujeitem o espírito dos que se acham encarregados de executá-la.

Não há, no Direito, coisa que prescinda de interpretação. Por mais autoexplicativa que possa ser a norma, ele necessita dos olhos do intérprete. A interpretação das normas jurídicas é sempre necessária e viabiliza a adequação destas aos casos concretos, permitindo, assim, a sua aplicação quando exigida.

Não é diferente quando o objeto do estudo é uma Constituição, mormente os princípios nela contemplados. Nessa temática, leciona Streck (2004a, p. 259-260):

> Compreendendo que interpretar é compreender e que somente pela compreensão é que é possível interpretar, não se pode falar na existência de uma hermenêutica constitucional *stricto sensu*, isto é, como uma disciplina autônoma. Admitir a existência de uma hermenêutica constitucional específica seria admitir, também, a existência de uma hermenêutica do direito penal, do direito processual, etc. O processo de interpretação da Constituição tem, sim, uma série de especificidades e peculiaridades, uma vez que a Constituição – entendida como espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade e como o espaço de mediação ético-política da sociedade

> – é o *topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico. A especificidade de uma hermenêutica constitucional está contida tão-somente no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e os princípios) deve-se autossustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade com aquele. Como bem diz Ivo Dantas, a interpretação constitucional há de ser feita levando-se em conta o sentido exposto nos princípios fundamentais consagrados na Lei Maior. Acrescente-se, ainda, o dizer de Baracho, para quem "a interpretação constitucional tem princípios próprios do Direito Constitucional, entretanto não abandonando os fundamentos da interpretação da lei, utilizados pela Teoria Geral do Direito, pelos magistrados ou pela administração".

Desta forma, a hermenêutica e a interpretação das normas jurídicas garantem a segurança e a estabilidade do ordenamento jurídico em sua totalidade, pois somente a aplicação correta dos seus métodos, tipos e critérios proporcionará um ordenamento jurídico seguro.

3 DECISIONISMO COMO CARACTERÍSTICA ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

É inegável o agigantamento do Poder Judiciário no Brasil. A descrença no Poder Legislativo e a ineficiência do Poder Executivo, com o consequente enfraquecimento institucional de ambos, teve como efeito uma exigência reiterada – talvez, até necessária – de "intromissão" do Poder Judiciário em praticamente todas as questões de Estado: relações de cunho político, público, particular, de trabalho, afetiva, patrimonial, etc.

Alves (2014, p. 120-121) atribui esse contexto, na mesma proporção, à evolução do constitucionalismo:

> (...) Canotilho (2006) ensina que independente do tipo de Estado; o novo constitucionalismo, para contribuir com a formação de um Estado

> capaz de assegurar os enquadramentos políticos e institucionais para a prossecução do desenvolvimento sustentável e equitativo, deverá somar aos princípios tradicionais do Estado: proteção de segurança e da confiança jurídicas; princípio da proporcionalidade e do acesso ao direito.
> Novos princípios, como: o princípio da transparência dos trabalhos das instituições, dos órgãos e dos mecanismos do Estado; princípio da coerência entre as diferentes políticas e ações que um Estado promove no âmbito político, econômico, social, cultural, ambiental e internacional; princípio da abertura especialmente vocacionado para a busca de soluções múltiplas de governo; princípio da eficácia das ações políticas e finalmente, o princípio da democracia participativa. Estes novos princípios devem ser acrescentados, segundo o paradigma da geologia, formando uma nova camada no direito constitucional.

Carvalho Filho (2014, p. 8-9) explica o crescimento de atuação do Poder Judiciário contemporâneo:

> A função do Judiciário como instituição democrática tem passando por transformações substanciais tanto no Brasil como no exterior, sobretudo a partir de meados do Século XX.
> Embora esse poder tenha sido inicialmente idealizado como órgão responsável pela mera pronúncia da norma preestabelecida pelo legislador, após a Segunda Guerra Mundial, o Judiciário desenvolveu-se, na grande maioria das democracias ocidentais, como instância responsável pela garantia dos direitos fundamentais e pelo controle dos atos do poder público. Nessa conjuntura, o Poder Judiciário transformou-se em importante interveniente do processo democrático.
> Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição a controle, caso contrário arrisca-se a

> permitir abusos e a instalação de um superpoder, que tem preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.

E complementa:

> A partir do Século XX, verifica-se que o fenômeno do constitucionalismo acarreta mudanças estruturais nas funções do Poder Judiciário. Os pilares do Estado de Direito (supremacia da lei, separação dos poderes e definição de direitos fundamentais como direitos subjetivos) foram aperfeiçoados pelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, o qual se caracteriza por fundamentar-se em três novos paradigmas: supremacia da Constituição; interdependência dos poderes; e dimensão objetiva dos direitos fundamentais (CARVALHO FILHO *apud,* CARVALHO FILHO, 2014, p. 11).

O Poder Judiciário assume o papel de "instância de resgate instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo)" (CARVALHO FILHO, 2014, p. 12).

No Estado contemporâneo, as decisões judiciais não mais se limitam estritamente às barreiras do caso concreto, mormente quando o litígio em análise possua uma abrangência de interesses maior, uma certa relevância político-temática. Nesses casos, vem ganhando força no Poder Judiciário brasileiro o comportamento de se decidir conforme resultados mais – moral e politicamente – desejáveis (GUEDES, 2012).

Denuncia Guedes (2012) que, "nessas circunstâncias, a esfera política invariavelmente tenta dominar e subverter uma resposta mais técnica e própria ao direito, capturando e usando os seus espaços para os próprios e específicos fins".

É o crescimento do protagonismo judicial, como proposto por Carvalho Filho (2014, p. 27-29):

> Todo o exposto permite perceber que o Brasil vive atualmente um período de protagonismo judicial. A propósito, sustenta-se que:
> (...) É muito difundida a opinião que a Corte constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais. Essa opinião faz parte do arsenal argumentativo das próprias Cortes. O STF se considera "árbitro definitivo da constitucionalidade das leis". Entende que sua função "de 'guarda da Constituição' (CF, art. 102 'caput'), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental". E com uma formulação mais simples: "Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último" (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 467).
> Nesse contexto, constata-se a imperiosidade de conformação da atuação do Judiciário, seja para direcionar à fundamentação racional dos julgados, já que é por meio da fundamentação de suas decisões que o Judiciário se legitima, dialoga com a sociedade e também possibilita o controle de seus próprios atos (BARROSO, 2012); seja para impor limites a esse poder, que invoca a Constituição para dar interpretação conforme a ela própria e contra sentido literal expresso, como o fez no caso das uniões homoafetivas.
> (...)
> Se é verdade que a atuação judicial não pode ser passivista a ponto de permanecer sem reação diante de manifestas afrontas ao texto constitucional pelos legisladores, não é mesmo verdade que o Judiciário também não deve intervir demasiadamente em problemas políticos examinados legislador[14], pois o juiz que afasta ou reformula leis com base em entendimentos pessoais ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação dos poderes (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469).

O que vem atualmente se mostrando mais importante para o Poder Judiciário é a demonstração da discricionariedade, oriunda

da "liberdade" do magistrado em decidir, de modo que o grau de subjetivismo do magistrado alcançou um nível deveras indesejável. Ao invés de uma construção crítica, análise doutrinária, respeito à uniformização jurisprudencial, prevalece o individualismo conceitual de quem está a decidir.

Lenio (2012c) afirma:

> O que importa é a "vontade do poder"; o que importa é que a "interpretação seja um ato de vontade", seja essa "vontade" entendida como poder discricionário, arbitrário, busca dos interesses, dos valores, etc.(se estivermos a tratar de uma decisão judicial...). O que importa é que a decisão seja produto dos subjetivismos. Com isso, sempre se terá a resposta que se quiser. (...) Numa palavra quase final: queremos, todos, uma sociedade democrática. E, fundamentalmente, instituições democráticas. Um Judiciário democrático. Um Ministério Público democrático. Que as decisões de ambos não sejam fruto de opiniões pessoais.
> Que as decisões não sejam fruto do subjetivismo ou voluntarismo. Ninguém é neutro. A neutralidade é uma fraude. Não é disso que se trata. Já escrevi muito sobre isso. Decidir não é o mesmo que escolher. Por isso, a necessidade de cobrarmos a responsabilidade política das decisões (...). É o que chamo de *accountability* hermenêutica.
> Penso que a fonte de tudo isso está na má-compreensão acerca da raiz do direito: o positivismo. Talvez por isso tenhamos uma tão errônea compreensão sobre o papel dos princípios, transformados em álibis para sustentar qualquer decisão (...).

A mazela que afeta o Poder Judiciário brasileiro atualmente pode então ser identificada: o ativismo judicial e o decisionismo decorrente, em nítida relação de causa e efeito. Lenio Streck (2012d) bem descreve essa problemática atual do Judiciário brasileiro, quando reconta a estória da Katchanga, proposta por Warat:

A estória da Katchanga foi inventada pelo saudoso Luis Alberto Warat. Ele a chamava de "O Jogo da Katchanga..." (ele não falava português; retrabalhou os "escravos de Jó", que jogavam "caxangá"... no seu portunhol, virou katchangá e, depois, simplesmente katchanga). (...) Warat contou a estória para metaforizar (e criticar acidamente) a dogmática jurídica. Afinal, dizia "a dogmática jurídica é um jogo de cartas marcadas". E quando alguém consegue entender "as regras", ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a "coisa" ao seu modo...(...) Mas, vamos a estória: existia um Cassino que aceitava todos os tipos de jogos. Havia uma placa na porta: aqui se jogam todos os jogos! Isto é, não havia nada que ficasse de fora do "sistema de jogo" do Cassino. (...). Poderíamos chamar esse "sistema do cassino" de uma espécie de "Cassino Fundamental" (um Grundcassino, a exemplo da Grundnorm kelseniana?)...! De uma forma mais sofisticada, pressupõe-se que "todos os jogos sejam jogados", ou algo nessa linha.

Pois bem. Chegou um forasteiro e desafiou o croupier do cassino, propondo-lhe o jogo da Katchanga. Como o croupier não poderia ignorar esse tipo de jogo — porque, afinal, ali se jogavam todos os jogos (lembremos da vedação de *non liquet*) — aceitou, ciente de que "o jogo se joga jogando", até porque não há lacunas no "sistema jogo".

Veja-se que o dono do Cassino, também desempenhando as funções de croupier, sequer sabia que Katchanga se jogava com cartas... Por isso, desafiou o desafiante a iniciar o jogo, fazendo com que este tirasse do bolso um baralho. Mais: o desafiado (Grundcassinero) também não sabia com quantas cartas se jogava a Katchanga... Por isso, novamente instou o desafiante a começar o jogo.

O desafiante, então, distribuiu 10 cartas para cada um e começou "comprando" duas cartas. O desafiado, com isso, já aprendera duas regras:

1) Katchanga se joga com cartas; 2) é possível iniciar "comprando" duas cartas. Na sequência, o desafiante pegou cinco cartas, devolveu três; o desafiado (croupier ou Grundcassinero) fez o mesmo. Eram as regras seguintes.

Mas o "Grund" (passemos a chamá-lo assim) não entendia o que fazer na sequência. O que fazer com as cartas? Eis que, de repente, o desafiante colocou suas cartas na mesa, dizendo Katchanga... e, ato contínuo, puxou o dinheiro, limpando a mesa. Grund, vendo as cartas, "captou" que havia uma sequência de três cartas e as demais estavam desconexas. Logo, achou que ali estava uma nova regra.

Dobraram a aposta e... tudo de novo. Quando Grund conseguiu fazer uma sequência igual à que dera a vitória ao desafiante na jogada primeira, nem deu tempo para mais nada, porque o desafiante atirou as cartas na mesa, dizendo Katchanga... Tinha, desta vez, duas sequências...! Dobraram novamente a aposta e tudo se repetiu, com pequenas variações na "formação" do carteado. Grund já havia perdido quase todo o dinheiro, quando se deu conta do óbvio: a regra do jogo estava no enunciado "ganha quem disser Katchanga primeiro". Bingo!

Pronto. Grund desafiou o forasteiro ao jogo final: tudo ou nada. O Armagedom! Todo o dinheiro contra o que lhe restava: o Cassino. E lá se foram. O desafiante pegava três cartas, devolvia seis, buscava mais três, fazia cara de preocupado; jogava até com o ombro... Grund, agora, estava tranquilo. Fazia a sua performance. Sabia que sabia! Ou pensava que sabia que sabia...!

Quando percebeu que o desafiante jogaria as cartas para dizer Katchanga, adiantou-se e, abrindo largo sorriso, conclamou: Katchanga... e foi puxar o dinheiro. O desafiante fez cara de "pena", jogando a cabeça de um lado para outro e, com os lábios semicerrados, deixou escapar várias onomatopeias (tsk, tsk, tsk)... Atirou as cartas na mesa e disse:

> Katchanga Real!
> Moral da estória: a dogmática jurídica sabe tudo, tem — sempre — todas as saídas, mas sempre sobra algo!!! Os sentidos não cabem na regra. A lei não está no direito, e vice-versa. Não há isomorfia. Há sempre um não dito, que pode ser tirado da "manga do colete interpretativo". Esse é o papel da interpretação. Para o "bem" e para o "mal"...!

A crítica salta aos olhos: com a roupagem de uma retórica trabalhada em argumentos hermenêuticos e interpretativos, o julgador pode decidir como quiser no caso concreto, muito além dos limites às vezes exigidos para solução da lide. Basta invocar o conteúdo que lhe convier aos princípios (a exemplo) em debate no caso concreto, e jogar algumas referências a autores clássicos da matéria (a exemplo, Dowrkin e Alexy) – ainda que as teses defendidas pelos autores invocados sejam diametralmente inconciliáveis – e "fundamentada" e "legitimada" estará a decisão judicial.

Lenio (2012d) continua:

> Explico. Quando a estória foi criada, não imaginávamos o "estado de natureza hermenêutico" provocado pelas teorias voluntaristas (mormente as pan-principialistas que se multiplicaram Brasil afora, essa fábrica de princípios que provoca um autêntico *bulling* hermenêutico...!). Nem de longe poderíamos imaginar essa onda "solipsista" que se espraiou pós-Constituição de 1988, principalmente nos últimos 10-12 anos. Sendo mais específico: em um Estado dito Democrático de Direito, a tarefa interpretativa (*applicatio*) da magistratura é argumentar dentro dos parâmetros dos mundos constitucionalmente possíveis. Em parte, lutava-se nas brechas da institucionalidade, para encontrar vaguezas e ambiguidades, como analíticos que éramos. Mesmo após o advento da Constituição, levamos alguns anos para compreender o novo paradigma e a própria autonomia que o direito adquirira. A "função" da *Katchanga* se alterara... E muito! Por exemplo, a crítica ao positivismo se

> alterou profundamente; passamos a nos preocupar com o discricionarismo e os ativismos. Só que parcela considerável dos juristas ainda não se deu conta disso, o que é profundamente lamentável. Com efeito, essa discussão está muito atrasada em *terrae brasilis*. Em um segundo momento, a *Katchanga* poderia ser um perigoso elemento de, sob pretexto de superar o exegetismo, transformar-se em um álibi para poder "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa"... Algo que o voluntarismo interpretativo de *terrae brasilis* fez e faz. Basta ver a pan-principiologia... essa bolha especulativa de princípios que assola a pátria. Afinal, se princípios são normas — e deve haver já mais de 2.000 dissertações e teses que dizem isso —, qual é a normatividade de "princípios" (sic) como o da confiança do juiz da causa, da verdade real, da instrumentalidade, da cooperação processual, da ausência eventual do plenário, etc.?
>
> A estória da *Katchanga* Real não pode representar um "ponto cego", porque corre o risco de vitimar sua construção (quando alguém diz "decido conforme minha consciência" ou "decido conforme os valores escondidos debaixo da lei", "decido conforme a razoabilidade", "decido conforme a consciência", "em nome do interesse público", etc., já estamos em face desse "ponto cego", vitimados pela arbitrariedade interpretativa!).
>
> Quando o STJ diz, em outras palavras, que "onde está escrito 15 dias, leia-se 15, mais 15, mais 15" (caso das escutas telefônicas), ele está dizendo: "dou as palavras os sentidos que quero"! Quando o TST diz "não recebo o recurso porque falta um centavo", ele está dizendo "eis um belo e demolidor argumento"... Quando o STF diz que o não cumprimento do artigo 212 é nulidade relativa, ele está dizendo, em outras palavras: "a palavra nulidade significa o que nós queremos que ela significa". "Nem mais, nem menos"!

Essa é a preocupação que se exige da doutrina e da comunidade

jurídica no Brasil. Do modo como estão se dando as decisões, não importa a absurdez da tese que se pretenda defender; se há o mínimo de fundamento científico; qual a base doutrinária que se utilize (se um Tratado de Direito ou um Direito Esquematizado, daqueles plastificado); se tal tese vai de gritante encontro as mais basilares conceitos doutrinários, etc.

O debate de princípios deve ser realizado com cautela. Não está a se falar da atividade de ponderação de princípios, mas do que efetivamente se entende como princípio.

Carvalho Filho (2014, p. 17-19) aponta exemplo à problemática que aqui se discute, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do critério de renda familiar *per capita* para reconhecimento da condição de miserabilidade:

> Não obstante, as conclusões a que a Corte chegou ao julgar os processos foi diametralmente oposta. Fatores externos ao mundo jurídico como o transcurso do tempo e a mudança da composição da Corte podem ter influenciado essa virada hermenêutica, entretanto, o problema visualizado é que o Supremo Tribunal Federal superou orientação consolidada e com efeito vinculante pelos mesmos argumentos que já haviam sido analisados e refutados no julgamento da ADI 1.232.
> (...)
> De qualquer forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal invocou princípios constitucionais para adotar orientação contrária a enunciado expresso do Código Civil e da própria Constituição, o que faz surgir dúvidas sobre os limites da atuação judicial, uma vez que o raciocínio hermenêutico pode ser articulado de modo a conduzir ao resultado desejado.

E critica:

> Tendo em vista que a Constituição é analítica e principiológica, a jurisdição constitucional representa uma viragem hermenêutica da posição

> legalista e preestabelecida à interpretação pautada em princípios, na qual a decisão judicial deve ser racionalmente construída e os magistrados têm um campo de atuação elástico.
> Diante da plurissignificância de sentido das normas constitucionais, o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen afirma que o texto das normas funciona como molduras de obras de arte, dentro das quais há certa margem de discricionariedade (KELSEN, 1999, p. 387-397).
> (...)
> Assim, não se pode negar o poder criativo dos juízes, mas a atividade hermenêutica é inicialmente limitada pelo texto da norma, o ponto de partida da interpretação, e qualquer orientação que vá de encontro a esse texto, extrapolando a moldura normativa, não teria legitimidade (CARVALHO FILHO, 2014, p. 30-32).

Urgente a mobilização doutrinária para o resgate de importantes valores de aplicação e interpretação dos princípios do Direito. Como já mencionou Barroso (2006, p. 64) – e aqui em uma referência nem tão recente –, "provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal".

Questões diversas e complexas surgem quando se fala em controle de racionalidade do discurso jurídico, agravando-se a problemática quanto maior é a liberdade e alcance do decidido por aquele que interpreta. Em matéria de interpretação constitucional, os argumentados postos avocam o papel principal: o caráter aberto, o espaço de indefinição e os conceitos indeterminados dos princípios concedem ao intérprete elevado grau de subjetividade (BARROSO, 2006, p. 367).

Guedes (2012) argumenta:

> Numa das mais conhecidas anedotas que surgiram em torno da lenda em que se transformara, conta-se que Holmes, comprovando seu apego à autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), cansado da retórica de um jovem bacharel, que insistia em que a Corte desconsiderasse o que expressamente dispunha a lei e "fizesse justiça", teria interrompido a oratória do inexperiente jurista

> para adverti-lo de que estava num tribunal onde se aplicava o direito, e não onde se "fazia justiça": "Meu jovem, este é um tribunal de direito, não uma corte de Justiça". De fato, Richard Posner confirma que o insuspeito Holmes, defensor da ideia de uma interpretação mais flexível da Constituição norte-americana, no que ele mesmo designou de "Constituição viva" (*living Constitution*), para que se pudesse atender às exigências da evolução histórica da sociedade, paradoxalmente, caracterizou-se por uma acentuada ênfase na autocontenção da atuação do Poder Judiciário (*judicial restraint*).
>
> Obviamente, ninguém prega o retorno – hoje de todo impossível e já repugnante aos olhos de Oliver Holmes - a um legalismo formalista que reconhecia ao magistrado o papel absolutamente subalterno e desprezível de simples "boca da lei" (*la bouche de la loi*). O problema surge, contudo, quando a pretexto de realização maior da Justiça e de desígnios e valores sociais mais elevados, confere-se ao magistrado, e mesmo dele se exige, o poder de substituir a vontade política e a expressão de justiça do legislador – concretizada na lei - pela expressão política e a vontade de justiça do próprio juiz.

Não está a se falar em restrição ao poder de decisão do juiz, mas de resgate do respeito aos ditames da própria ordem jurídico-constitucional vigente, de ordem funcional. Não há sustentabilidade no grau atual de decisionismo e indeterminação – aqui, no sentido de segurança jurídica e respeito a precedentes – que acomete o Judiciário brasileiro.

Guedes (2012) discorre:

> Com o mesmo propósito de afirmar a necessidade de o Juiz não se submeter ao desejo profundamente humano de impor a sua justiça, a sua visão política e a sua moral pessoal em prejuízo da justiça, do juízo político e da moral objetivamente conformados na lei, Antonin Scalia, para muitos, a maior inteligência da atual composição da Suprema Corte norte-americana, não obstante

> seu conservadorismo, em palestra proferida na Chapman Law School, em Agosto de 2005, com graça e ironia, fazia a seguinte advertência aos magistrados: 'se você pretende ser um juiz bom e confiável, você tem de resignar-se com o fato de que você nem sempre irá gostar das conclusões que você encontrará (na lei). Se você gostar o tempo todo (de suas conclusões), você provavelmente está fazendo algo errado'.
> (...)
> Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça.

E aqui se alinham os pensamentos dos doutrinadores citados, no sentido de que, movido por essa "vontade de justiça", o julgador se veste com o manto das proposições hermenêuticas e interpretativas, construindo uma argumentação retórica principiológica a exclusivo favor da sua tese, para ao final decidir, bem verdade, como quiser, em conduta contrária ao que se almeja da prestação jurisidicional.

4 CONCLUSÃO

Hermenêutica e interpretação jurídica são temas sérios, não passível

de esquematização e plastificação. A simplificação da principiologia hermenêutica e dos critérios de interpretação da norma representam grave perigo de retrocesso no Direito, pois geram efeito oposto, permitindo que o intérprete amplie o conceito do que se analisa no caso, levando-o à construção de uma argumentação que, antes de tudo, garanta a "validade e certeza" do seu ponto de vista.

Interpretar não pode ser um ato de vontade nem um ato de poder. Como os autores pontuam, existem limites ao significado de qualquer norma e parâmetros, às vezes postos na própria norma, que devem ser observados e obedecidos, sob risco de se institucionalizar o decisionismo.

___

CONSIDERATIONS OVER DECISIONISMO AND BRAZIL'S JUDICIARY: EXAGGERATION ON HERMENEUTIC AND LAW INTERPRETATION

ABSTRACT: Hermeneutic and legal interpretation are indissociable concepts on the idea of understanding and applying legislation. The interpreter must always be cautious and ensure that he observes basic rules of hermeneutic and law interpretation, understanding and respecting the boundaries intrinsic to the rule itself. The extrapolation of those limits will surely result on an argumentative rhetoric that favors only the interpreter himself, allowing him to support his arguments with peculiar subjectivity, only to justify what would be unjustifiable. On that matter, considering the contemporary overvaluation of the Judiciary, that extrapolation by the judge on the moment of his decision result on the hard-fought decisionismo, where allegedly based on hermeneutic techniques and law interpretation the magistrate in fact decides based on his own consciousness e not within the semantic parameters of the law.

KEYWORDS: Law hermeneutic. Law interpretation. Decisionismo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ivete Maria de Oliveira. *Responsabilidade dos magistrados*: impacto das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: XIMENES, Julia Maumann (Org.). Judicialização da política e democracia. Brasília: IDP, 2014, p. 106-132.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
CARVALHO FILHO, José S. *Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade*: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: XIMENES, Julia Maumann (Org.). Judicialização da política e democracia. Brasília: IDP, 2014, p. 8-41.
GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.
GUEDES, Néviton. *O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção.* Consultor Jurídico, 23/07/2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acesso em 13/01/2013.
JABORANDY, Clara Cardoso Machado. *A influência da hermenêutica constitucional para formação do raciocínio do intérprete.* In: FILHO, Rodolfo Pamplona; ASSIS JR., Luiz Carlos de (Coord.). Hermenêutica aplicada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55-77.
Serrano, Pablo Jiménes. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultura, 2002.
STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegra: Livraria do Advogado, 2004.
STRECK, Lenio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Consultor Jurídico, 22/03/2012. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em 30/10/2014.
STRECK, Lenio Luiz. *Como se prova qualquer tese em Direito.* Consultor Jurídico, 26/04/2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito>. Acesso em 14/05/2012.
STRECK, Lenio Luiz. *A katchanga e o bullying interpretativo no Brasil.* Consultor Jurídico, 28/06/2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em 09/07/2012.