

ano 21 – n. 85 | julho/setembro – 2021
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i85
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Riscos da discricionariedade na jurisdição constitucional: um estudo a partir da ordem de apresentação de alegações finais em situação de réu delator

Risks of discretion in the constitutional jurisdiction: a study based on the order of the presentation of final statement in the situation of award-winning collaborator

Henrique Ribeiro Cardoso*

Universidade Federal de Sergipe (Brasil)
E-mail: henrique@mpse.mp.br

Antônio Wellington Brito Júnior**

Universidade Federal de Sergipe (Brasil)
E-mail: wbritojunior@gmail.com

Como citar este artigo/*How to cite this article*: CARDOSO, Henrique Ribeiro; BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. Riscos da discricionariedade na jurisdição constitucional: um estudo a partir da ordem de apresentação de alegações finais em situação de réu delator. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 61-83, jul./set. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i85.1300

* Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (Aracaju-SE, Brasil). Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes (PPGD/UNIT). Promotor de Justiça Titular da Fazenda Pública em Sergipe (MPS). Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo, Cidadania e Concretização de Políticas Públicas. Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio), com Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC-Universidade de Coimbra) e Pós-Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB); Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio). E-mail: henrique@mpse.mp.br

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (Aracaju-SE, Brasil). Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Delegado de Polícia do Estado de Sergipe. Professor da Pós-Graduação *latu senso* em Direito Constitucional do IEJUR (Instituto de Estudos Jurídicos/DF). E-mail: wbritojunior@gmail.com

Recebido/Received: 10.02.2020 / February 10th. 2020

Aprovado/Approved: 20.08.2021 / August 20th. 2021

Resumo: O presente estudo analisará as limitações ao poder discricionário dos juízes quando exercem a jurisdição constitucional, mormente a partir do julgamento do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 166.373. O objetivo é demonstrar, a partir de um precedente paradigmático, que o ativismo judicial desmedido repercute na harmonia entre os poderes e alça as cortes constitucionais como entidades teoricamente mais relevantes da sociedade, em descaso às prerrogativas dos demais poderes republicanos, gerando uma tensão institucional sem precedentes. Na fixação de limites à discricionariedade em decisões judiciais, ver-se-á como as teorias da democracia podem delimitar os contornos da jurisdição constitucional, a fim de que, em nome da necessidade de garantir efetividade aos preceitos magnos, o Judiciário não enverede pela prolação de decisões que, ao reconhecerem nulidades supostamente implícitas, terminem por disseminar a crença na insegurança jurídica ou na impunidade penal.

Palavras-chave: Discricionariedade. Jurisdição. Alegações finais. Delatado. *Habeas Corpus* nº 166.373/PR.

Abstract: The present study will analyze limits to the discretionary power of judges when exercising constitutional jurisdiction, especially from the judgement of the Federal Supreme Court – *Habeas Corpus* nº 166.373. The objective is to demonstrate, stemming from a paradigmatic decision, that excessive judicial activism has an impact on the harmony among the powers and lifts the constitutional courts as the theoretically most relevant entities of society, disregarding the prerogatives of the other republican powers, generating an unprecedented institutional tension. In setting these limits to the discretion of judicial decisions, it will be seen how theories of democracy can bound the contours of the constitutional jurisdiction, in order to, on behalf of the need to ensure effectiveness of major principles, the judiciary does not pursue decisions that, by recognizing supposedly implicit nullities, eventually reinforce the belief in legal uncertainty or in criminal impunity.

Keywords: Discretion. Jurisdiction. Final allegations. Denounced. *Habeas Corpus* nº 166.373/PR.

Sumário: **1** Contextualizando o *Habeas Corpus* nº 166.373/PR – **2** Análise histórica acerca do governo de juízes – **3** A distinção entre discricionariedades administrativa e judicial – **4** O dirigismo constitucional e o déficit da participação popular democrática na efetivação dos direitos fundamentais – **5** O debate entre as teorias substancialistas e procedimentalistas da democracia e sua repercussão na jurisdição constitucional – **6** Como princípios constitucionais justificam toda sorte de decisões no protagonismo ativista do STF – **7** Considerações finais – Referências

1 Contextualizando o *Habeas Corpus* nº 166.373/PR

Em sede de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal foi instado a deliberar se, entre corréus, há o direito constitucional de o delatado falar por último em alegações finais. A controvérsia, corporificada no julgamento do *Habeas Corpus* nº 166.373/PR, mostrou-se de crucial relevância, pois demarcou o papel da Corte Constitucional no deslinde futuro de outros litígios referentes ao que se convencionou chamar de Operação Lava Jato. Conquanto a discussão se desse no âmbito de uma ação de caráter individual, as razões de decidir, pela repercussão delas decorrente, guiarão o rumo dos trabalhos perante juízes e cortes inferiores.

Com efeito, a defesa pontuou que a posição de corréu delatado guardava nuances a distingui-lo do corréu colaborador. Partindo-se do pressuposto de que o delator estivesse ao lado da acusação, constituiria direito do delatado, em reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, apresentar suas alegações finais por derradeiro, sob pena de se visualizar pretensa nulidade processual impassível de convalidação.

Embora não se discuta a garantia constitucionalmente assegurada de o réu sempre se pronunciar após a acusação, o fato é que a Lei nº 12.850/2013 não especificou, em nenhum de seus dispositivos, a ordem das alegações finais quando em cena corréus que, numa mesma demanda, figuram como delatores e delatados, o que confere à controvérsia contornos complexos. A natureza jurídica do colaborador é objeto das mais diversas indagações, pois, ante a lacuna legislativa, a condição em que presta suas alegações poderia ser de testemunha, de corréu ou de figura similar a assistente de acusação, não se desincumbindo o legislador pátrio de sanar tal impasse.

A despeito da celeuma, tirante a hipótese em que o colaborador se beneficia com o prêmio máximo do perdão ou com o acordo de não processar, ao aceitar uma sanção penal mais branda, ele conserva o *status* de acusado, sendo difícil desenhá-lo como uma testemunha ou, até mesmo, como um assistente de acusação.

O imbróglgio jurídico ainda nos remete ao artigo 270 do Código Processual Penal, dispositivo que impede o corréu de atuar como assistente de acusação no mesmo processo, a sinalizar que, entre acusados, não remanesce qualquer diretriz normativa de que devam apresentar alegações finais em momentos distintos, não sendo desarrazoado supor que se aplicassem subsidiariamente os termos do artigo 40, §2º do Código de Processo Civil, no sentido de atribuição às partes de idêntico prazo processual.

Nesse sentido, haveria, ainda, de se supor que, em fase de alegações finais, a precedência na ordem da apresentação dos memoriais em nenhuma hipótese teria o condão de alterar o objeto da lide, tendo em vista que a finalidade dessas manifestações é pontuar perante o juiz os argumentos que possam influenciá-lo no julgamento, dado que é o magistrado o destinatário final das provas. O libelo acusatório não se alterará com a mera exposição das razões finais das partes, pois a estabilização da demanda que se consumou quando do exaurimento da instrução processual penal.

O fato é que, ainda assim, o STF decidiu caber ao delatado sempre falar por último, com precedência inclusive em relação ao delator que manteve sua condição de corréu naquele mesmo processo, abrindo-se ensanchas para anulações em cadeia de decisões judiciais que tramitaram durante anos em todas as instâncias do Poder Judiciário, prolatadas com o exaurimento probatório e com o enfrentamento

minucioso de um sem-número de teses arguidas pelas defesas patrocinadas pelas maiores bancas de advogados deste país. Somem-se os enormes custos financeiros gastos para a movimentação em juízo de todas essas ações de apuração de delitos relacionados ao colarinho branco.

O relator do *habeas corpus* focado foi o Ministro Edson Fachin, o qual negou a ordem, pontuando, entre outros argumentos, não haver nas alegações finais dos réus “nenhuma inovação argumentativa, fática ou probatória” que importasse “em prejuízo às demais defesas, sendo expresso em nossa legislação processual que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo”, algo, de certa forma, até implícito na lógica argumentativa do ministro, vez que as alegações finais apenas retratam os principais argumentos que as partes objetivam ver contemplados pelo julgador em consonância com a prova já colhida de forma exauriente.

Contudo, o Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência. Principiou sustentando a natureza jurídica da colaboração premiada, de meio de obtenção de provas cuja formalização se dá mediante um negócio jurídico personalíssimo. A partir desse raciocínio, ponderou que o delator vive uma situação peculiar no processo penal, tendo em vista que coopera com a persecução por conta de um interesse específico em beneficiar-se com prêmios legalmente estipulados, o que tornaria os interesses do delator e do delatado diametralmente opostos. Embasando-se no devido processo legal, garantia que consubstancia o contraditório e a ampla defesa, concluiu que “o direito de falar por último está contido no exercício pleno da ampla defesa englobando a possibilidade de refutar TODAS, absolutamente TODAS as informações, alegações, depoimentos, insinuações, provas e indícios em geral que possam, direta ou indiretamente, influenciar e fundamentar uma futura condenação penal, entre elas as alegações do delator”, no que referenciou exemplos colhidos de julgamentos supostamente similares ocorridos noutras nações e perante tribunais internacionais.

Os aspectos centrais do voto de Alexandre de Moraes foram acolhidos por Rosa Weber, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski, Gilmar Ferreira Mendes, Celso de Melo e, posteriormente, por Dias Toffoli, então presidente da Corte.

Acompanharam o relator Luiz Fux e Marco Aurélio de Mello.

O Ministro Fux aderiu integralmente ao voto do relator e agregou outro argumento importante. Mencionou que o reconhecimento de nulidade após todo o desenrolar de uma causa que tramitou por anos nas instâncias ordinárias até chegar ao STF expressava nítida ofensa ao princípio da segurança jurídica, em contrariedade ao artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispositivo que introduz o consequencialismo, ou seja, o dever de o juiz atentar para as consequências práticas da decisão firmada com base em valores jurídicos abstratos.

O Ministro Marco Aurélio foi a voz última vencida. Principiou elencando as normas que versam sobre o procedimento das alegações finais no ordenamento jurídico brasileiro, para pontuar que o tema é tratado de maneira minudente no microsistema, razão pela qual a variação no tratamento da questão “discrepa, a mais não poder, da organicidade e da certeza que cercam o direito, especialmente o instrumental”, para avançar na linha de que “a adoção, por corrêu, de postura colaborativa não o destitui da posição de acusado, tampouco viabiliza, ausente previsão legal [no caso, a Lei nº 12.850/2013], a distinção de prazos para a apresentação de alegações finais”, devendo-se atentar para o teor do quanto previsto no art. 270 do CPP, dispositivo que expressamente proíbe o corrêu de, no mesmo processo, figurar também como assistente de acusação. Orientou-se pela constatação de que o processo é uma marcha para frente, que se dirige para uma sentença final. Uma vez finalizada a instrução, franqueia-se às partes envolvidas a oferta das alegações finais, as quais “hão de guardar sintonia com os elementos coligidos”, pois condizentes a momento processual em que não mais se permite modificação do objeto da acusação.

Rememorou que não incumbia ao STF o direito de legislar, mormente em razão da enunciação constitucional dos limites que chancelam a independência e a harmonia entre os poderes republicanos. Em suas palavras, “o devido processo legal é observável dentro dos limites da lei”, não se oportunizando ao Judiciário optar por um caminho inovador destinado a ruir toda “marcha alvissareira” do enfrentamento à delinquência do colarinho branco.

Em desfecho, glosou que o reconhecimento da nulidade repercutiria em problemas relacionados à prescrição e que “o momento de delatado pronunciar-se sobre o assacado pelo delator não é o das alegações finais, no que estas surgem a ressaltar – simplesmente ressaltar – os acontecimentos e elementos já documentados no processo”, realçando a enorme insegurança jurídica decorrente de aspectos processuais concebidos pelo Judiciário sem a necessária participação do Congresso Nacional por intermédio de lei a regulamentar o assunto.

O presente artigo, portanto, propõe enfrentar o tema da discricionariedade na jurisdição constitucional partindo de decisão considerada paradigmática no enfrentamento da matéria, cujo julgamento foi acima contextualizado.

O problema identificado atine à crescente insegurança jurídica que decorre da atitude proativa do Poder Judiciário em anular abruptamente processos que tramitaram durante anos nas instâncias inferiores com base em regras processuais criadas a partir de interpretação pretoriana inovadora.

O presente artigo pretende demonstrar que a mudança das regras processuais pela via interpretativa judicial, após a instrução probatória e com a anulação de todo o processo, é prejudicial à democracia, à segurança jurídica e à higidez do erário.

A hipótese primária é que a crescente discricionariedade judicial na inobservância das regras processuais vigentes e de precedentes já firmados pela própria Corte Suprema, para além de provocar insegurança jurídica, promove a impunidade e malfere as finanças públicas. Permite-se que se movimente todo o aparato da persecução penal para a formação de processos e julgamento de causas com resultados imprevisíveis, pois as regras do jogo, válidas ao tempo da instrução do processo, apresentam-se indefinidas e incertas ao tempo do julgamento.

O método utilizado será o indutivo, partindo-se da compreensão de um julgamento da Corte Constitucional, já delineado, buscando-se compreender sua relevância teórica e sua aplicabilidade e extensão na atuação do Supremo Tribunal Federal.

2 Análise histórica acerca do governo de juízes

O Estado de Direito foi estruturado a partir da perspectiva em que ao parlamento competiria versar minuciosamente sobre as normas de conduta, de maneira que a lei regulamentasse com pormenores todas as facetas da vida cotidiana. Havia a crença de que a obra do legislador trouxesse consigo a nota da completude, cabendo aos julgadores apenas o encargo de subsumirem o fato ao comando. Segundo Guerra, o primado da lei teve seu apogeu quando da consagração dos valores burgueses pela revolução francesa, sendo que, nessa época, “o Estado oferecia uma moldura puramente formal”, em torno da qual a sociedade vivenciava seu dinamismo, a partir da “proeminência absoluta do Poder Legislativo”, preconizada na máxima de que ninguém poderia ser constrangido a fazer o que a lei não ordena, pois ela é o veículo da vontade geral.¹

O tempo mostrou, contudo, que nenhuma normatização trazia consigo a propalada completude. Toda regra de conduta versada na lei, uma vez imersa no mundo dos fatos, ganha matizes diversos, momento em que, por mais clara que tencione ser, implora pela intervenção interpretativa do exegeta.

Daí hodiernamente ser irrefragável que condutas não se enquadram na moldura dos textos com a exatidão pretendida pelos positivistas clássicos. O exercício hermenêutico de aplicação da norma, mesmo para baluartes do positivismo, de que é exemplo Kelsen, pressupõe um processo intelectualivo de criação de uma norma em concreto advinda da perspectiva do que o juiz concretiza a partir da moldura do texto. Conforme o Mestre de Viena, o resultado da interpretação da norma jurídica era realizado a partir de uma moldura representativa do Direito, não conduzindo

¹ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 41-42.

o intérprete apenas a uma solução possível, mas a um espectro de resultados contidos necessariamente nos confins dessa moldura normativa.²

Com o surgimento do *welfare state*, ficou nítido que o Estado, para dar vazão às necessidades elementares contempladas nos preceitos constitucionais, não poderia recorrer aos préstimos do parlamento sempre que resolvesse implementar algo previsto no projeto governamental legitimado democraticamente, até porque a noção da lei enquanto pacto social idealizado por indivíduos livres passou a ser constantemente atacada por constituir a premissa de uma ordem válida apenas para a burguesia, um projeto de manutenção de privilégios e de exclusão das massas.

Viu-se que a lei traduzia comandos abstratos a incessantemente clamarem pela intervenção do Executivo, implorando-se que o administrador lhe desse concreção e aplicabilidade, satisfazendo-se as crescentes necessidades sociais e colmatando eventuais lacunas não antevistas pelo parlamento em todas suas nuances ou impossíveis de serem presentidas quando da feitura do texto.

Com a globalização vista no direito, especialmente a contar da década de 1990, fortaleceu-se a premissa de que a lei não seria capaz de contemplar a cambiante realidade em todos os matizes, fazendo com que até mesmo o Executivo não dispusesse de mecanismos hábeis para, em muitos contextos, diretamente atender às renováveis necessidades públicas de um mundo cujas inovações tecnológicas não cessavam, que sobrevivia ao holocausto das guerras mundiais e que exponenciava o resguardo aos direitos humanos. Nas palavras de Guerra, “o desenvolvimento científico, técnico e industrial, o aumento populacional, a especialização, a divisão de trabalho, o crescente entrelaçamento e a transformação mais rápida das condições de vida aumentaram e alteraram as tarefas do Estado”, que precisou se remodelar para atender às diversas formas de pluralismo participativo, impondo-se que o poder de criação das normas não ficasse tão restrito ao Legislativo, pois o parlamento não disporia de tempo e nem de estrutura para debelar a imensidão dos problemas sociais e das privações humanas.³

Tornou-se imprescindível que o Estado contratasse cada vez mais com entidades privadas, desburocratizasse sua organização e seus serviços e se aliasse a setores da sociedade civil organizada, abrindo mão de certa parcela dos poderes regulamentar e normativo.

Para prover necessidades variadas, viu-se que parcerias precisavam ser entabuladas, com o remanejamento de determinadas tarefas e atribuições a órgãos externos à máquina administrativa. O Executivo que anteriormente se valia

² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.

³ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 50-51.

de critérios discricionários para, em menor ou maior grau, executar as políticas governamentais, apercebeu-se de que, ainda assim, não era capaz de normatizar satisfatoriamente nem mesmo as necessidades básicas dos cidadãos, no que foi instado a transferir o poder normativo para agências reguladoras e para órgãos descentralizados de sua estrutura organizacional.

A necessidade de soluções imediatas que dessem concretude aos termos das leis orientou naturalmente os governos a recorrerem constantemente à discricionabilidade, mormente no que diz com as questões técnicas alusivas à execução de dadas incumbências, mas também para atender a um constitucionalismo dirigente, que não mais se coadunava com o espírito de uma constituição semântica, própria de nações calcadas no liberalismo presuntivo de uma igualdade formal contrariada pela realidade mundana.

Com a evolução paulatina da democracia, incrementou-se a busca por novos direitos que o Estado negligenciava, ora por priorizar interesses de grupos específicos, ora por não dispor de aportes orçamentários suficientes.

O Judiciário, até então concebido como mero aplicador da lei, estreita sua ligação com a sociedade naquilo que a democracia tem como característica marcante: a capacidade de fazer com que os bens consagrados nas constituições sejam exigíveis por intermédio do direito de ação.

Juízes, então, inserem-se no papel de garantidores das promessas constitucionais e se veem compelidos a corrigir cenários preocupantes de violação aos mais mezinhos direitos, ignorados solenemente pelos demais poderes constituídos. Em países vitimados por experiências totalitárias, o temor pelo retorno à opressão desencadeia um processo gradativo de reverência ao princípio da dignidade humana, elixir de que se apossam as cortes para o julgamento das diversas causas escrutinadas.

A jurisdição constitucional então ganha notoriedade, atuando em destacada condição no âmago de democracias frágeis, de que é exemplo a brasileira. A existência de constituições dirigentes, compromissadas com a efetividade dos direitos fundamentais, alça o Judiciário a um papel de destaque na dinâmica das relações de poder, caindo por terra a compreensão de que o julgamento mediante o método do silogismo fosse imperativo.

E como todo poder que se fortalece, consigo exsurge uma proeminência que, levada às últimas instâncias, poderá repercutir no enfraquecimento do modelo democrático, guiando a sociedade para um governo de juízes. Apoiando-se em Otero, Medauar diz que “o posicionamento a favor de um controle jurisdicional restrito vincula-se à preocupação quanto ao advento do chamado governo de juízes, também denominado absolutismo jurisdicional, Estado jurisdicional ou fuga para o

terceiro poder, em que os tribunais seriam substitutos da discricionariedade dos agentes administrativos”.⁴

Fontes explicita o conflito hodiernamente existente entre a democracia e a jurisdição constitucional, advertindo que a “democracia fatalmente sairia perdendo se todas ou as principais questões que dividem a sociedade e geram oposição no campo dos valores pudessem ser resolvidas pela Corte Constitucional, sem a participação popular”.⁵

A tensão entre democracia e constitucionalismo é tema permanente no Estado de Direito.

3 A distinção entre discricionariedades administrativa e judicial

Ainda entre os filósofos iluministas, colhia-se o entendimento de que a lei possuía uma insuficiência congênita para regular completamente a convivência social, sendo que certa dose de liberdade argumentativa se revelava imprescindível para a execução das políticas públicas pelo Executivo, admitindo-se, inclusive, que a letra da lei pudesse ser superada, mediante métodos discricionários, quando favorecesse o bem público e contasse com a aquiescência da sociedade, conforme pontuado por Locke em seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil.⁶

Desde o seu nascedouro teórico, a discricionariedade se apresenta, portanto, como a liberdade conferida ao Executivo para colmatar os vazios da lei, na esteira da primazia do interesse público, tornando necessária a interferência do administrador para ajustar os comandos normativos aos anseios (ideais) do povo.

A evolução da sociedade ocidental operacionalizou o reconhecimento de direitos aos mais diversos setores sociais, oportunizando-se que as minorias conseguissem voz parlamentar ativa.

A disputa política no seio da atual democracia impeliu os parlamentares a prestarem contas de sua atuação perante diversos segmentos sociais, fazendo com que a elaboração das leis se lastreasse gradativamente no uso de conceitos abertos ou indeterminados, com precisão pouco delimitada.

Aludidos conceitos, de precisão ontológica reduzida, são, não raro, insertos nos textos legais enquanto estratégia voltada a beneficiar grupos de interesses os mais diversos possíveis, em atendimento ao jogo político da captação do sufrágio, que naturalmente impele os políticos à necessidade de conciliar ideologias contrapostas.

⁴ MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86.

⁵ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 233-234.

⁶ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 181.

E é perante os conceitos indeterminados e imprecisos, conforme diz Cardozo, que a análise da discricionariedade ganha a maior atenção da doutrina, sendo recorrente entre os estudiosos do tema a clássica distinção doutrinária que se estabeleceu entre atos vinculados e discricionários, os primeiros amparados na crença da delimitação precisa do agir administrativo, os segundos fundamentados num campo de possibilidades de que fará uso o administrador sempre que puder agir mediante conveniência e oportunidade.⁷

Para além dessa classificação já tradicional nos manuais de direito administrativo brasileiro, atualmente o modelo estatal de regulação foi suplantado, ficando para trás os perfis de organização administrativa piramidal burocrática e policêntrica (típica do Estado regulador), em prol de um modelo de governança em rede, “com a existência de um conjunto de entes e órgãos públicos ao lado de um conjunto de pessoas jurídicas de direito privado [...] dando execução a serviços e a atividades prestadas anteriormente pelo próprio Estado”, razão pela qual não são mais suficientes os modelos ortodoxos de controle de administração burocrática.⁸

Quanto maior a ingerência estatal na economia, mais se exigirá da Administração a realização de escolhas difíceis e urgentes, imersas num cenário de riscos decorrentes da globalização, o que instrui o administrador a uma “correta leitura da situação fática”, colocando-se em risco a própria noção de legalidade administrativa. Por isso, com o fenômeno do neoconstitucionalismo, a ideia fechada de legalidade é substituída por juridicidade, passando o administrador a ampliar o seu parâmetro decisório para além da lei, adentrando no campo dos princípios constitucionais regentes da Administração Pública.⁹

O mesmo raciocínio se aplica aos juízes, que são instados igualmente a deliberar para além dos lindes da legislação hermética, incursionando na reflexão principiológica, mormente quando se debruçam sobre *hard cases*. Contudo, no caso dos juízes, quanto maior o apego aos princípios, maiores as críticas daí decorrentes, dado o déficit democrático de que padece o Judiciário quando comparado aos demais poderes, com o agravamento de que incumba aos juízes a prerrogativa de emitirem a última palavra diante dos conflitos que lhes são apresentados. Por isso, colhe-se entendimento de que a discricionariedade judicial abre ensanchas para o cometimento de arbitrariedades, blindando o julgamento da imputação de eventuais erros, mesmo que intensas sejam as críticas endereçadas. Streck, ao tratar das críticas de Dworkin ao positivismo discricionário de Hart, fala em três

⁷ CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 48-50.

⁸ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego no direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 15.

⁹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego no direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 16-19.

sentidos para o termo discricionariedade: um forte, um fraco e um limitado. O último ofereceria poucas dificuldades, vez que expressa a escolha entre duas ou mais alternativas, estando particularmente relacionado à esfera da Administração Pública. Reproduzindo as ideias de Dworkin, sustenta que “a principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside no fato de que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica a incontrollabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido”, fazendo com que o detentor do poder discricionário em seu sentido forte possa ser criticado, mas dificilmente confrontado pelas premissas preconizadas.¹⁰

É sobre a discricionariedade judicial em sentido forte, calcada na ideia do dirigismo constitucional, que se tratará nas linhas seguintes, mostrando-se como pode ser perniciosa se não trabalhada com limites, a exemplo de quando o STF reconhece nulidades não previstas claramente no ordenamento pátrio, quando a hermenêutica recomenda pela inexistência de nulidades implícitas e pelo dever de o juiz atentar para as consequências decorrentes de decisões pautadas em valores abstratos.

4 O dirigismo constitucional e o déficit da participação popular democrática na efetivação dos direitos fundamentais

O constitucionalismo passa por uma nova fase nas sociedades contemporâneas. No princípio, o mote era declarar direitos, a fim de limitar o poder estatal na intervenção das chamadas liberdades negativas. Nos dias atuais, esse cenário constitucional calcado no absentéismo estatal sofreu revezes, pois algumas constituições fixaram compromissos ao poder público, concebendo pautas de viabilização dos direitos prestacionais, muitos deles de caráter social, de que são exemplos os preceitos atinentes à promoção da saúde. Segundo Gouvêa, o declínio do modelo original de Estado Social trouxe consigo “o reconhecimento de que certos direitos, afora sua caracterização como direitos sociais, são também direitos fundamentais [...], e como tais merecem proteção”, no que resultaria o reconhecimento de um núcleo de direitos sociais também oponíveis ao agir comissivo estatal e sem o qual os direitos liberais nada ou pouco representariam.¹¹

¹⁰ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 74.

¹¹ GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 310.

As constituições dirigentes, portanto, romperam com a premissa de um Estado absenteísta, preocupado apenas em garantir as liberdades públicas. O Estado social ganhou força e cláusulas constitucionais compromissórias de um plano de governo foram paulatinamente inseridas nos textos magnos, fenômeno que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou bem demarcado no Brasil.

A declaração de direitos, contudo, nada ou pouco resolve se, no plano fático, os governos não envidarem esforços no sentido de alocar verbas orçamentárias na execução do programa constitucional dirigente e das políticas públicas prioritárias. A história mostrou que os poderes legislativo e executivo negligenciam os direitos sociais pelas mais diversas razões, fazendo com que se instaure, em estados de cariz constitucional dirigente, um cenário permanente de inconstitucionalidade omissiva. E é nesse contexto que o Judiciário é chamado a intervir, pois o mundo ideal previsto na constituição reclama por uma realização na seara fática.

O atuar proativo do Judiciário em relação aos demais poderes também é sentido nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte firmou precedente determinando pautas políticas ao poder público. Gouvêa expõe o protagonismo americano nas causas referentes aos sistemas de segregação em escolas (*equal but separate*), de tratamento psiquiátrico em hospitais (*mental hospital cases*) e da fixação de diretrizes políticas para o sistema penitenciário, repercutindo jurisprudência em que se determinou ao parlamento ianque o aumento de impostos e a emissão de títulos para atendimento a determinados setores.¹²

A despeito do exemplo vivido no direito comparado, o fato é que, desconhecendo os limites orçamentários e as minúcias dos interesses políticos, ou simplesmente relegando tais circunstâncias a um plano secundário, o Judiciário trilha por uma postura ativa no julgamento das lides, vez ou outra se imiscuindo em matérias teoricamente reservadas aos outros poderes, fixando diretrizes e obrigações que confrontem com a omissão na efetivação dos direitos reconhecidos constitucionalmente (geralmente por intermédio de normas tradicionalmente tidas por programáticas).

Ao assim proceder, contudo, a dinâmica das relações entre os poderes se sensibiliza, ao ponto de se questionar se ao Judiciário, cujos membros não são escolhidos diretamente pelo povo, incumbe se arvorar no papel de definidor de políticas públicas não deliberadas pelos outros poderes. Trata-se de indagação que está na ordem do dia, pois a jurisdição constitucional avança decidindo sobre os mais diversos assuntos da vida cotidiana. O tempo de quem necessita de alguma prestação estatal é incompatível com a velocidade de atuação da administração pública burocrática e quase nada escapa à análise pretoriana.

¹² Nessa linha, conferir: GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 313-321.

Nos últimos anos, assistiu-se ao STF se debruçando sobre temas como demarcação de terras indígenas, aborto de fetos anencefálicos, marcha pela liberalização das drogas, criminalização da homofobia por interpretação ampliada do tipo penal de racismo, isso sem falar de questões puramente prestacionais, como saúde, educação, creches, moradia etc.

O papel de um Judiciário que protagoniza todas as esferas do debate público, sempre guiado no argumento mágico da proteção da dignidade humana, induz a reflexão sobre o agigantamento de um poder que decide abertamente sobre temas de que nem sequer o poder constituinte originário ousou tratar, talvez por se presumir que devessem se submeter ao escrutínio da opinião popular e ao aval do parlamento, em momento próprio.

Para além desse aspecto, semeia-se a desconfiança sobre a legitimidade democrática de juízes proativos que continuamente deliberam ao alvedrio dos desígnios parlamentares sobre praticamente tudo, consagrando pautas morais historicamente reservadas às discussões congressuais. Daí as críticas de Kaufmann quando assevera que, no universo político, “a eleição de um membro do Parlamento toma por base exatamente a compatibilidade entre a pauta ideológica (sua visão de moralidade e de correção) do candidato e a visão de mundo do eleitor”, razão pela qual “um deputado tem liberdade e responsabilidade constitucional por defender essa pauta no Congresso”, ao encampar a “corrente de opinião ou um grupo de pessoas que supostamente pensam também dessa forma”. Como essa lógica não se repete no âmbito do Poder Judiciário, as decisões do Supremo Tribunal Federal são demasiadamente questionáveis quando enveredam pela tarefa de escolher um padrão específico de moralidade, malferindo a autoridade democrática do Parlamento em prol de uma visão moralizante que não é necessariamente da sociedade, mas do Judiciário, do juiz ou do jurista.¹³

Enfraquecido o parlamento, campo onde as ideologias distintas controvertem em busca de um consenso, ignora-se solenemente a heterogeneidade que personifica o espírito popular nacional, balizando os valores culturais de um povo.

Isso é muito notório quando se tem em mente um Judiciário que, a despeito do quanto versado em leis harmônicas sobre determinada matéria, avança no sentido de reconhecer nulidades não previstas pelo legislador, com base exatamente no fundamento da dignidade humana, de que são consectários o contraditório e a ampla defesa, fazendo com que qualquer tipo de decisão se torne possível.

¹³ KAUFMANN, Rodrigo. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 212-214.

Ao decidir que o delatado tem o direito de falar, em alegações finais, depois do delator, anulando-se toda a marcha processual, o STF desconsiderou duas circunstâncias relevantíssimas.

A primeira de que não estava sendo chamado para cumprir um preceito programático da Constituição, de que seria exemplo clássico o fornecimento de medicação a pacientes em condição crítica de saúde. Fosse essa a hipótese, seria admissível que procedesse como fez a Corte Suprema americana, à guisa dos precedentes anteriormente citados.

A segunda de que estava comprometendo toda a segurança jurídica de uma nação vitimada pela corrupção sem precedentes, em completo menoscabo aos prejuízos financeiros decorrentes da anulação de processos judiciais que tramitaram durante anos. Uma construção de raciocínio que, mergulhando nas incertezas procedimentais, toma o colaborador, ao menos na prática, como um assistente de acusação, quando o próprio ordenamento positivo assim não estatuiu, até porque não inseriu o corrêu em condição de idêntico jaez.

5 O debate entre as teorias substancialistas e procedimentalistas da democracia e sua repercussão na jurisdição constitucional

A análise sobre o papel da jurisdição constitucional necessariamente leva a repercutir as teorias substancialistas e procedimentalistas da democracia.

O procedimentalismo parte do pressuposto de que ao Poder Judiciário compete tão somente proteger os procedimentos democráticos da formação do consenso popular e da vontade política. Para tanto, preconiza que a importância dos juízes consiste em garantir a integridade das regras do jogo democrático, permitindo que os próprios segmentos da sociedade se encaminhem de elaborar suas pautas políticas. Nesse modelo, o parlamento ganha notoriedade no fomento do pluralismo democrático. Os teóricos que seguem essa filosofia são vorazes críticos da intrusão do direito nos meandros das grandes questões políticas, por suporem que tal proceder é refratário à evolução das instituições e estruturas plurais.¹⁴

O substancialismo, por sua vez, concebe os tribunais constitucionais como guardiões de uma ordem de valores preponderantes para admitir que possam os juízes, sendo o caso, envidar esforços para concretizar as metas do poder constituinte, pois a Constituição seria necessariamente uma diretriz a pautar o agir estatal. Nessa corrente de pensamento, ganham destaque a jurisprudência de valores e o princípio da força normativa da Constituição. Os teóricos que seguem essa filosofia

¹⁴ Como baluartes do procedimentalismo, pode-se citar Jurgen Habermas e John Hart Ely.

conferem à jurisdição constitucional um lugar proeminente na concretização da democracia e, mormente, dos direitos fundamentais. São os partidários do dirigismo constitucional, em sua feição mais genuína.¹⁵

Quando se projeta essa discussão para a realidade brasileira, de uma democracia ainda incipiente, em que muitos dos direitos plasmados no texto constitucional ainda carecem de efetiva aplicabilidade, fica óbvio que o substancialismo denota o melhor caminho quando se trata de cumprir as metas constitucionais adormecidas no texto magno em razão da letargia do parlamento, mormente quando em cena as metas constituintes que conferem à nação uma feição nacional característica. Nessa ótica, é que cumpre atentar para o dirigismo constitucional, pois, conforme pontuado por Streck, defender o caráter dirigente da Constituição “representa introduzir um republicanismo que se opõe ao patrimonialismo e à carência de uma esfera pública suficientemente desenvolvida”,¹⁶ razão pela qual, no que atine ao resguardo do mínimo existencial, se aceita um papel proativo da jurisdição constitucional. Por isso, na carência de políticas públicas voltadas aos direitos sociais fundamentais concernentes à moradia, à saúde, à educação e à segurança pública, resta o inevitável caminho de o cidadão recorrer ao Poder Judiciário, “acessível a quem se dispuser a contratar um advogado, a provocar a Defensoria Pública ou o Ministério Público, órgãos legitimados ordinária ou extraordinariamente (substitutos processuais).”¹⁷

Contudo, o protagonismo das cortes reclama pela observância de diretrizes aptas a frear a discricionariedade judicial, sendo necessário que as teorias substancialistas adotem um modelo temperado que não elimine do Parlamento e do Executivo, o poder de, dentro do alcance das limitações constitucionais, desenvolverem o programa de governo sufragado popularmente. Leal propõe um meio-termo, “um novo *locus* de exercício da cidadania, orientado pela atuação ativa e efetiva dos indivíduos, porém sem perder de foco a sua vinculação com os valores que norteiam a nossa sociedade”, para, a partir de tal constatação, assentar que o exercício da democracia reclama por conteúdo e procedimento, ambos convergindo para se conferir à jurisdição constitucional legitimação e legitimidade.¹⁸

Com efeito, o cenário das disputas políticas recentes demonstrou que a vontade popular vitoriosa nas eleições fora no sentido da exortação contra o recrudescimento da corrupção institucionalizada, ideia que influenciou a alternância no Poder Executivo

¹⁵ Como baluartes do substancialismo, pode-se citar Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e Ingo Wolfgang Sarlet.

¹⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 125.

¹⁷ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego no direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 28.

¹⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas Perspectivas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, p. 55, jul./set. 2004, p. 55.

e no Congresso Nacional. Essa voz que ecoa das ruas não pode ser desprezada pelo Judiciário, razão pela qual a anulação de processos em que se perscrutou sobre o cometimento de delitos praticados por organizações criminosas deveria refletir uma atitude ponderada, a ser exercida em casos extremos, e não com base em filigranas processuais referentes à ordem de apresentação de alegações. A rigor, tais peças processuais, na prática, não guiariam o magistrado para soluções diferentes no campo do direito material. Se o Judiciário opta por incursionar em matérias essencialmente afetas ao parlamento, é de insofismável conclusão que o faça moderadamente.

Esta compreensão de um poder de julgar moderado é um tema espinhoso, mas há autores como Alexy que orientam para o papel da constituição como ordem marco, a prever preceitos fundamentais inarredáveis, mas sem eliminar dos poderes constituídos a possibilidade de elegerem pautas políticas coadunadas com os anseios que amalgamam as peculiaridades de cada geração e de cada sociedade. Nesse sentido, a proposta de Alexy destina-se ao encontro de “respostas racionalmente fundamentadas a questões vinculadas aos direitos fundamentais, buscando, para tanto, uma reabilitação da axiologia dos direitos fundamentais”, na exata medida em que a positivação dos direitos fundamentais abre o sistema jurídico diante do sistema da moral.¹⁹

Nessa linha, Dworkin apresenta o direito como integridade, no sentido de que um sistema coerente repele o velho ponto de vista radicalmente positivista de que “lei é lei”, mas sem olvidar que o realismo jurídico, de igual modo, é procedimento a ser igualmente repellido.²⁰ Decidir com base unicamente em princípios, vê-se, pode ser uma opção. Mas se isso não for feito de forma criteriosa inevitavelmente consagrará toda sorte de pronunciamentos judiciais.

Daí a razão de ser do art. 20 da LINDB. Há de se levar em conta toda a integridade do sistema, sendo, de pronto, imprescindível que a Corte preserve sua tradição e aponte para a virada jurisprudencial quando presentir que a realidade cambiante clama por uma atualização na interpretação constitucional, assegurando que a reversão da orientação pretoriana seja aceita sem sobressaltos.

E há aqui um aspecto de suma relevância quando se fita no julgamento do *Habeas Corpus* nº 166.373/PR.

Em novembro de 2017, perante a Segunda Turma do STF, aforou-se controvérsia análoga. Fiscais da Receita Federal apresentaram agravo regimental contra decisão que pugnava pela concessão de *habeas corpus* (Agravo Regimental no *Habeas*

¹⁹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159-160.

²⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

Corpus nº 137.316/PR). A tese da defesa era que fossem reconhecidas duas nulidades, ambas relacionadas ao momento da intervenção dos delatados. Primeiro, pedia-se nulidade de audiência de instrução por inversão da ordem de ouvidas. Segundo, requestava-se para que o delator apresentasse suas alegações finais primeiramente. Naquela oportunidade, contudo, os argumentos da defesa não convenceram os integrantes do STF que, poucos anos depois, viriam a decidir de maneira diametralmente oposta. O Ministro Gilmar Mendes era o relator do caso, mas seu pronunciamento foi acatado de forma unânime por Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os mesmos que anuíram com a radical mudança que não tardaria a ocorrer.

Não se exige que a jurisprudência permaneça intacta indefinidamente, sob pena de o direito se fossilizar ao não acompanhar as alterações pulsantes da sociedade. Concebe-se até que o cenário fático condicione os juízes a modificarem seus entendimentos pretéritos, mas convém que o façam após uma maturação consciente que justifique a mutação jurisprudencial, no caso uma ruptura na estrutura nacional que torne a reanálise da tese imperativa.

Se, ao revés, os precedentes modificam seguindo a oscilação dos ventos, é natural que, perante os jurisdicionados, o direito seja visto como um mero jogo de argumentos em que toda a ideia de justiça se enclausura num simples ato de vontade, tão volátil como costuma ser o temperamento dos homens passionais, remetendo-se ao sistema filosófico do realismo jurídico, onde o direito era exatamente o que os juízes achassem que era, às vezes guiando-se por razões inconfessáveis.²¹

6 Como princípios constitucionais justificam toda sorte de decisões no protagonismo ativista do STF

Tornou-se cada vez mais comum decidir com base em princípios. No protagonismo da jurisdição constitucional, tornou-se corriqueiro que a decisão judicial, partindo de uma análise pretensamente principiológica, chegue a qualquer lugar, fazendo coincidir o veredicto com a íntima convicção do magistrado. Ferreira expõe a falsa justificativa institucional que legitima decisões fundadas na própria consciência do juiz, apresentando-se o livre convencimento motivado como mero argumento retórico que “pretende dar uma aparência de juridicidade para decisões

²¹ Para o *legal realism*, capitaneado pelo norte-americano Jerome Frank, os juízos não pertencem ao campo da razão (ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2003. Cidade do México: Distribuciones Fontanamara, 2005, p. 98). Jerome Frank é apontado por Atienza como o representante característico de uma versão extremada do realismo jurídico, com três características opostas à noção de direito como argumentação (Teoria Discursiva do Direito): ceticismo axiológico, sustentando que os juízos de valor não pertencem ao campo da razão, podendo existir unicamente uma espécie de discurso persuasivo; enfoque conducionista das razões explícitas, já que estas, que aparecem nas motivações, não são as verdadeiras razões que produziram as decisões; e indeterminabilidade radical do direito em relação às normas e aos fatos por elas contemplados, sustentando que não se pode falar propriamente em argumentação jurídica ou em método jurídico.

judiciais que, rigorosamente, estão fora do Direito”, comprometendo a validade do pronunciamento judicial.²²

Não é o caso de se perquirir se o entendimento do juiz é construído antes ou depois da análise do caso concreto. Se o julgamento deve ser um ato indutivo ou dedutivo é tema por demais complexo, a exigir reflexões prolongadas que não condizem com os limites deste artigo. Uma coisa, entretanto, é certa: não se pode admitir toda sorte de argumentos.

Homenagear os princípios constitucionais não significa ter nas mãos uma carta “coringa” que permita ao julgador decidir amparado inteiramente na convicção íntima. Admitir tal proceder é substituir uma tirania por outra, esquecendo-se do próprio movimento histórico que erigiu o constitucionalismo como o instrumento para conter o poder ilimitado. Se o déspota usa coroa ou veste toga é um detalhe que não muda em nada o conceito de totalitarismo, razão pela qual não se deve banalizar o princípio.

Além disso, é necessário ter em mente o conceito do instituto, pois as conceituações, ao definirem a concepção dos sistemas normativos, limitam o espectro decisório dentro da facticidade própria de cada problema submetido à interpretação constitucional. O conceito de princípio varia de acordo com a concepção abraçada. Quando sentencia, o juiz deve ter em mente se usa o princípio como mandamento nuclear ou se o utiliza como mandado de otimização. São estas as duas concepções que se notabilizaram no estudo do tema.

A primeira concepção defende que os princípios são os mandamentos nucleares de um sistema. Isso significa colocar o princípio num patamar axiológico superior ao das regras. Dentro de uma escala valorativa, o princípio ocuparia o ápice. Aqui o princípio é alçado à diretriz fundante de um sistema de valores morais que se firmaram em normas jurídicas.

A segunda concepção advoga que os princípios são mandados de otimização, constituindo normas caracterizadas por um maior poder de extensão se comparadas com as regras, concebidas como mandados de definição. Aqui ganha relevo o pensamento de Dworkin, também capitaneado por Alexy, na consagrada definição do método hermenêutico do tudo ou nada (*all or nothing*). Nas palavras do próprio Alexy, “los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”. Por isso, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou

²² FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. *A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.139.

descumpridas, no que se conclui que a diferença entre regras e princípios reside numa perspectiva qualitativa, jamais de grau.²³

Num conflito entre regras, seguir-se-iam os raciocínios de superação de antinomias, a exemplo da especialidade, da temporalidade e da hierarquia, fazendo com que uma regra seja declarada inválida perante a outra com que conflita.

No caso dos princípios, não há uma declaração de invalidade de um deles, pois o conflito é decidido dentro da ponderação do caso específico. A distinção aqui se volta ao conflito específico entre normas que variam em consonância com a abstração e amplitude para reger o problema que lhe é apresentado, orientando-se para que o direito fundamental seja realizado na maior medida do possível, consoante a ideia do sopesamento.

Com efeito, não se discute qual dos entendimentos acerca do conceito de princípio deve prevalecer. Contudo, é necessário que se tenha em mente de que ideia se está partindo para construir o argumento, sob pena de a mistura de definições repercutir na própria negação do que se esteja estatuidando. A título de exemplo, partindo-se da teoria de Alexy, não há como sustentar que a norma da legalidade (trabalhada pelo STF no julgamento do *Habeas Corpus* nº 166.373/PR como um princípio intransponível do devido processo legal) seja um princípio, tendo em vista que define uma regra já otimizada pelo próprio legislador ou pelo constituinte, embora tal construção argumentativa fosse possível no entendimento de autores como Bandeira de Mello. A propósito desse contexto, Silva enfatiza que “um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade”, a mesma lógica valendo para as regras.²⁴

Outro aspecto a ser ponderado é que, seguindo os escólios de Alexy, não se concebe que regras e princípios colidam, tendo em vista que os segundos são direcionados a otimizar normas.²⁵ Por sinal, o próprio parlamento, muitas vezes, ao versar sobre a lei, tem de resolver, já nos debates congressuais, o dilema entre valores que muitas vezes constituem princípios constitucionais. Quando se criminaliza a injúria, por exemplo, é de se supor que, no entrechoque entre os princípios da proteção à honra e da liberdade de expressão, o legislador tenha de limitar o segundo para não ter de necessariamente anular o primeiro.

Como o princípio guarda uma densidade valorativa elevada, é crucial que seja, portanto, aplicado no julgamento com técnica e zelo, a fim de que o Judiciário não

²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86-87.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35-36.

²⁵ BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Direitos fundamentais e teoria discursiva: dos pressupostos teóricos às limitações práticas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 79-80.

projete para suas decisões as concepções emotivas dos julgadores, em contraposição às políticas públicas traçadas pelos governos legitimados pelo sufrágio popular, mormente quando a própria Constituição regula o fato por intermédio de uma regra.

O que efetivamente se tem notado em algumas decisões das cortes superiores é a presença de construções argumentativas que, partindo da teoria de Alexy, conclamam o uso do princípio como se regra fosse, ou da regra como se princípio fosse, quando não se vê em uma mesma sentença ou acórdão o princípio sendo glosado concomitantemente como mandamento nuclear e como mandado de otimização. Uma teoria (hermenêutica tradicional) ou outra (hermenêutica constitucional). Não se trata de mero tecnicismo: a compreensão impacta o limite da atuação judicial.

Essa confusão epistemológica dirige a jurisdição constitucional para o campo aberto de uma discricionariedade dissonante de qualquer construção argumentativa pautada nos postulados democráticos dos freios e contrapesos (*checks and balances*) que regem nossos poderes republicanos.

No caso em análise, o STF, fazendo uso da ampla defesa e do contraditório, reconheceu, ao contrário do que declarado por normas específicas regentes da matéria, e por via de instrumento inadequado (*habeas corpus* como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade omissiva), o direito de o delatado falar por último em alegações finais, optando por reconhecer uma nulidade com fulcro numa interpretação abrangente da Constituição Federal.

Efetivamente, a decisão ignorou a repercussão geral da controvérsia, fechando as portas para o controle abstrato, este sim o mecanismo próprio para a aferição do impacto social, político e econômico daí decorrente. Fosse realmente o caso de considerar o colaborador uma espécie de assistente de acusação (pois, na prática, foi isso o que ocorreu, embora alguns ministros se neguem à aceitação dessa iniludível percepção), caberia a afetação da matéria a uma das ações constitucionalmente previstas para a declaração de inconstitucionalidades em tese, mormente quando a discussão gira ao redor de uma pretensa omissão legislativa em assegurar ao delatado o direito ao contraditório.

O próprio STF se apercebeu de que seu julgamento clamava por uma modulação de efeitos. E aí se viu diante de um percalço kafkiano: como modular efeitos em sede de *habeas corpus* quando a decisão é favorável ao impetrante? O que justificará que se mantenha a condenação de personagens que se encontram numa mesma situação fática aos que foram beneficiados com o reconhecimento de nulidade tão imprecisa? Uma insegurança jurídica colossal decorreu desse estado de coisas. Barbosa fala que “a certeza do direito e a segurança jurídica fazem parte da própria construção do Estado Constitucional liberal, que vincula as funções do Estado às leis para proteção da liberdade e da economia”, erigindo-se o princípio da segurança

jurídica no postulado genuíno do “sentimento de previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos da regulação das condutas no seio da sociedade”, perspectiva sob a qual é possível assegurar aos cidadãos a programação das ações futuras.²⁶

O desgaste institucional e a crise agora declarada às escâncaras entre os poderes republicanos encaminharam o STF para um problema insolúvel: ter a completa compreensão das consequências futuras do seu decidir. Contrariando a ideia de segurança jurídica, que também é princípio relevantíssimo, a Corte Excelsa transitou no campo do imponderável, restando-lhe doravante apenas a crença de que o acaso possa minimizar os efeitos danosos do porvir.

7 Considerações finais

O poder de julgar, por mais que esteja ligado às influências existenciais do julgador, deve se esmerar para se desvencilhar das convicções íntimas, devendo, portanto, pautar-se em critérios argumentativos que minimizem a descrença na segurança jurídica.

Este trabalho cuidou de apresentar, a partir das críticas ao pensamento solipsista, estratégias aptas a reduzir os malefícios da discricionariedade judicial, tomando como parâmetro decisão em que o STF concedeu ordem de *habeas corpus* a pacientes em virtude de, na condição de delatados, não serem os últimos a apresentar alegações finais.

Demonstrou-se que, em razão de o constitucionalismo representar um limite ao exercício dos poderes, o juiz, ao decidir, deve partir do texto constitucional, não sendo republicano ignorar as balizas constitucionais em nome de argumentos retóricos de onde sobressaiam pretensos princípios prevaletentes, a justificarem toda ordem de fenômenos.

Destacou-se a importância da Constituição como ordem marco de onde deve partir o magistrado ao se debruçar sobre as controvérsias postas sob sua análise. Contudo, tentar resgatar a todo o momento a essência principiológica do texto magno pode ensejar arbitrariedades, mormente quando não se visualiza, no caso concreto, uma colisão entre princípios que requeira uma ponderação entre os interesses controvertidos. Se há regras claras previstas pelo constituinte e pelo legislador, ao intérprete é temerário modificá-las sob o argumento da mutação social ou de fundamento que o valha, vez que falece ao Judiciário a legitimidade para versar acerca das pautas políticas prioritárias estabelecidas nos debates congressuais.

²⁶ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181, abr./jun. 2014, p. 181.

Não se cuidou de revelar a fórmula mágica do julgamento justo, mas de pontuar os malefícios de uma decisão específica em que o STF avançou para a discricionariedade ilimitada, julgando com base na mera convicção íntima, em dissonância das expectativas sociais de enfrentamento à corrupção endêmica e ao crime organizado, valendo-se de filigranas procedimentais para o reconhecimento de nulidade que tende a gerar um efeito cascata em causas que tramitaram durante anos nos fóruns e que a própria Corte não reconheceu em precedente anterior.

Conquanto as atuais constituições compromissórias firmem um pacto entre os poderes para concretização dos programas dirigentes, é crucial que essa transformação da sociedade pelos postulados constitucionais se dê pela atuação conjunta dos poderes republicanos, e não pela supremacia de pautas morais e ideológicas arraigadas nas mentes dos homens de toga, mormente quando a mudança abrupta decorre de exegese que faz tábula rasa de precedentes já firmados anteriormente.

O papel dirigente da constituição é limitado por circunstâncias fáticas e econômicas; é também tributário ao princípio da segurança jurídica, pressuposto regente de qualquer sistema normativo que se pretenda coerente. Por isso, os bons propósitos dos juízes devem existir em consonância com as limitações conjunturais próprias de uma sociedade pluralista, em que anseios e interesses são diversificados e em que a cidadania é construída a partir de atores sociais e no âmago do amplo debate público.

O Judiciário não pode ficar alheio à realidade que gravita ao seu redor, pois, numa democracia, o poder que emana do povo também impede um governo autocrático de juízes.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Cátedra Ernesto Garzón Valdés, 2003. Cidade do México: Distribuciones Fontanamara, 2005.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Direitos fundamentais e teoria discursiva: dos pressupostos teóricos às limitações práticas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181, abr./jun. 2014.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego no direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

- CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. *A possibilidade de superação da discricionariedade judicial positivista pelo abandono do livre convencimento no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Neoconstitucionalismo e verdade: limites democráticos da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- KAUFMANN, Rodrigo. *Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas Perspectivas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, p. 55, jul./set. 2004.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARDOSO, Henrique Ribeiro; BRITO JÚNIOR, Antônio Wellington. Riscos da discricionariedade na jurisdição constitucional: um estudo a partir da ordem de apresentação de alegações finais em situação de réu delator. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 61-83, jul./set. 2021.
