

A Função da Repercussão Geral na Democracia: o Problema da Discricionariedade do Conceito Vago

Inicialmente, não obstante a metodologia sistêmica-construtivista aplicada no desenvolvimento desta tese, neste subcapítulo em específico, torna-se necessária a adoção restrita da metodologia hermenêutica filosófica, uma vez que se busca descrever a origem epistemológica da discricionariedade a ser refutada.

Dito isso, sabe-se que a história sempre afirmou o Supremo Tribunal Federal como protetor dos direitos e das garantias fundamentais¹. Até com todos aqueles obstáculos sociais, culturais e políticos, superando a egoística aristocracia de privilégios, foi dado início aos primeiros passos republicanos, para uma progressiva conquista da igualdade e da limitação dos poderes do Estado. Com isso, passou a ser reconhecido, na Constituição, o papel do homem cidadão e de todos os seus direitos no Estado Democrático de Direito.

Todavia, o indivíduo passou a figurar como o centro das atenções, de fato, a partir da segunda metade da década de 1990, com a inauguração da Constituição Federal de 1988, quando, então, inaugurou-se um novo modelo de Estado Social, denominado Estado Democrático de Direito². Eis um projeto de ideal de vida boa, com muitas promessas. Não há dúvidas de que a Constituição Federal transformou o Brasil, devolvendo as prerrogativas e os poderes ao povo, que passou a ser representado pelo poder legislativo, dentro de um jogo democrático até então agrilhado pela ditadura militar.

¹ Historicamente, o Supremo Tribunal Federal foi o centro político de casos históricos de grande relevância, onde figuraram ilustres defensores em prol de seus clientes. Indiscutivelmente, o emblemático julgamento do *habeas corpus* n° 300, ajuizado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1892, em favor do almirante Eduardo Wandenkolk, então senador da República pela Capital Federal, e outros, no qual o STF declinou de sua competência para a revisão judicial da possibilidade política de decretação de Estado de Sítio, pelo Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, durante recesso parlamentar. Durante a tramitação desse processo, o Presidente Floriano Peixoto teria dito: "*Se os juízes do Tribunal concederem habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão*". CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1996. p. 157.

² Estado Democrático de Direito como sinônimo de Estado que intervém na questão social em busca da concretização dos direitos fundamentais, sempre primando pela igualdade.

A partir de 1988, passa-se a se preocupar com a concretização dos direitos fundamentais³ previstos pela Constituição. Conforme alerta Bolzan de Moraes, o Estado Democrático de Direito⁴ não se restringiu a um Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência⁵. Mas, conforme destaca Ferrajoli, tal Estado constituiu-se como garantidor dos direitos fundamentais como vínculos substanciais normativamente impostos, tidos como necessidades de todos, razão de ser do Estado⁶.

Todavia, numa perspectiva procedimental, a concretização desses direitos, prometida pelos formuladores do ideário democrático, não foi cumprida nas últimas duas décadas. Tal situação é definida por Bobbio como *promessas não cumpridas*⁷, cujo *déficit*, cabe destacar, ocorreu no interior de um processo contínuo de transformação do Estado.

Em virtude disso, o Estado Moderno passou, ao longo das últimas duas décadas, por diversas crises interconectadas. Dedicar-se-á à crise denominada por Bolzan de Moraes de “conceitual”, uma crise que se relaciona às características conceituais básicas do Estado, em especial à definição de soberania, o que conduz à (in)capacidade de autodeterminação do Estado.

No início desse processo de (in)capacidade de autodeterminação do Estado democrático, foi então que o Supremo Tribunal Federal inaugurou, por meio da Emenda Constitucional n° 45/2004, inicialmente disciplinada pela Lei 11.418/2006, e implementada, definitivamente, com a Emenda 21 de 30 de abril de 2007, ao regimento interno do STF, a repercussão geral como mecanismo de admissibilidade para os recursos extraordinários.

³ Conforme João Baptista Herkenhoff, “por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política, pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e de garantir”. HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994. p. 30.

⁴ Sobre as características e fundamentos do Estado Democrático de Direito aqui referenciado, consultar BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 98-106.

⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. O estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 151.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 30-34.

⁷ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

Quando inaugurada a repercussão geral como filtro para os recursos extraordinários, houve aqueles que entenderam como um mecanismo para se introduzir no Brasil a cultura norte-americana de observância aos precedentes;⁸ outros que o mecanismo seria para uma abertura cognitiva do sistema jurídico em face dos outros sistemas da sociedade⁹, tornando a Corte Maior o centro do sistema jurídico, uma espécie de monopólio da última palavra¹⁰. Mas, a doutrina majoritária afirmou que, ao fim e ao cabo, seria primeiramente para a redução do arquivo processual da Suprema Corte.

Todavia, com relação ao manejo democrático do mecanismo, independentemente do ponto de vista de função do filtro constitucional, não há controvérsia que o filtro constitucional somente poderia trazer benefícios, verdadeiramente, caso sua interpretação estivesse comprometida com a tutela dos direitos fundamentais¹¹. E aqui está o elo com a presente pesquisa, pois entende-se que a interpretação adequada e coerente de qualquer tributo com observância ao conteúdo programático¹² e aos limites semânticos¹³ do texto

⁸ Nesse sentido, vide: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁹ Ver nota rodapé 75.

¹⁰ Vide ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, *DJE* de 20-8-2010.] = AI 733.387, rel. min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2ª T, *DJE* de 1º-2-2013, e HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, *DJE* de 6-2-2009. Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3345**. Brasília, DF, 25 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000167949&base=baseAco rdaos>. Acesso em: 26 ago. 2018.

¹¹ Cabe destacar que, por muitas vezes, os referidos elementos político-sociais não estarão previstos no texto normativo e, desse modo, assevera Müller, a maioria das disposições constitucionais, em especial aquelas que instituem os direitos fundamentais estão nesta categoria – enquanto alguns textos normativos os destacam, tais quais as regras processuais que, por isso, demandam um processo de concretização um pouco mais simplificado ou menos denso. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 249.

¹² A discricionariedade (que acaba não se fixando sequer nos limites da “moldura” semântica). Tenho, assim como Streck (2014), a convicção de que isso se deve a um motivo muito simples: “a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo! Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal – e me recordo aqui de Elias Dias –, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional”. Isso deveria ser evidente. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

¹³ Nesse instante racionalizar-se-iam os juízes de valores que devem ser substituídos sem maiores especificidades, consolidando uma resistência relativamente segura contra a ideologia no trabalho jurídico. (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter

constitucional é um direito fundamental do indivíduo (contribuinte). É isso que deve ser reconhecido como elementar para assegurar o mínimo existencial dos indivíduos que integram o Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo ideal de vida boa consagrado na Constituição Federal¹⁴.

Nesse ideal, deve-se objetivar a estabilização das decisões, uma vez que isso concretiza a segurança jurídica, para justamente construir o fortalecimento da democracia. Para Habermas, isso ocorre por meio de um discurso deliberativo, que, ao fim e ao cabo, valoriza os consensos concretos, assim como valoriza os dissensos em prol da realização constitucional. Isso confere a legitimidade das decisões da Corte enquanto órgão máximo do Poder Judiciário, sendo ela, em regra, o último intérprete do texto constitucional¹⁵.

Nesse processo, exsurge a decisão jurídica como garantidora da ordem democrática, pois tudo aquilo conquistado pela recente Constituição Federal,

Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 239). Nesse ponto reside a objeção de Müller ao sujeito *solipsista*, aquele subjetivista que considera e mescla os juízos valorativos, que não possui amarras da tradição e permanece preso aos desígnios da moda. Para Müller, os elementos político-sociais deverão ser precedidos de um processo pormenorizado de concretização, e somente superado esse processo limitador dos juízos valorativos do intérprete é que a norma passa a ter a mesma relevância do programa normativo.

¹⁴ Para Ingo Wolfgang Sarlet, “um direito fundamental é sempre um direito de matriz constitucional (sendo ou não também um direito humano), mas não se trata de um mero direito constitucional. Numa outra formulação: entre um direito fundamental e outra simples norma constitucional (a despeito da terem em comum a hierarquia superior da constituição e o fato de serem todas parâmetro para o controle de constitucionalidade) situa-se um conjunto, maior ou menor, de princípios e regras que asseguram aos direitos fundamentais um *status*, representado por um regime jurídico, diferenciado. [...] Desde logo, do ponto de vista das opções expressas do Constituinte histórico, o texto constitucional vigente entre nós assegurou, de modo inovador em nossa ordem jurídica, a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (artigo 5, § 1º), embora não tenha feito referência à vinculação direta dos poderes públicos. De qualquer sorte, cuida-se também de elemento peculiar de um regime jurídico-constitucional próprio dos direitos e garantias fundamentais. O mesmo pode ser afirmado em relação à previsão do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, onde, juntamente com a separação dos poderes e do federalismo (princípios fundamentais estruturantes), o direito fundamental ao sufrágio e os demais direitos e garantias individuais foram erigidos à condição de limites materiais ao poder de reforma constitucional, o que também integra o regime jurídico reforçado dos direitos fundamentais”. Por isso, é possível compreender as razões pelas quais a garantia do FGTS, do adicional de 1/3 sobre as férias do trabalhador, a garantia da anualidade em matéria eleitoral, dentre tantos exemplos que aqui poderiam ser colocados — são direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira e não o são, necessariamente, em outras constituições. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, v. 6., n. 371, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4614-a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro-formato-pdf>. Acesso em: 07 ago. 2018.

¹⁵ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 142.

senão concretizado, inexoravelmente acaba sendo direcionado para o Poder Judiciário. Assim, os temas transcendentais ao caso concreto, aqueles que supostamente discutem o modo de interpretação de um texto constitucional, chegam até a Corte Suprema.

Então, diante desta (in)capacidade de autodeterminação do Estado democrático, aumentou consideravelmente o número de processos demandados na Suprema Corte, com temas de todas as áreas do direito, que, a partir da Emenda 21 de 30 de abril de 2007, ao regimento interno do STF, conforme revisado no subcapítulo anterior, tiveram como filtro a repercussão geral para a admissibilidade dos recursos extraordinários.

Destaca-se que, nesse processo decisório, antes mesmo de a matéria transcendente ir para o Plenário, existe a apreciação do juízo de admissibilidade, que, dentro do espírito democrático, jamais poderia ser discricionária, pois, se assim o fosse, estaríamos diante de afronta à própria Constituição Federal. No entanto, a repercussão geral traz consigo um conceito vago, pois não há uma definição precisa, sem margem para interpretações distintas, sobre o que é relevante valor econômico, social, político ou jurídico, que supostamente transcenda o interesse das partes alcançando a sociedade.

De certo modo, o legislador anuiu com uma linguagem propositalmente vaga sobre repercussão geral, transferindo, ao Supremo Tribunal Federal, a autodeterminação da transcendência da questão debatida a partir do caso concreto. No que concerne à obrigatoriedade de motivação da decisão acerca do juízo de admissibilidade da repercussão geral, o saudoso professor Ovídeo Baptista da Silva, quando ainda se debatiam os remédios para reduzir a quantidade acentuada de recursos extraordinários e a pretensão de uniformização das decisões na Suprema Corte, sustentava que o melhor caminho a ser seguido pelo Supremo Tribunal Federal seria uma espécie de seleção discricionária dos recursos a revelar uma providência de caráter pedagógico, de modo a coibir o “*perverso sistema recursal brasileiro*”¹⁶.

Com o advento da repercussão geral, tornou-se lugar comum de fala a parcela da doutrina que passa a defender a presença de discricionariedade na

¹⁶ SILVA, Ovídeo A. Baptista da. **A função dos tribunais superiores**. São Leopoldo: Fabris, 1999. p. 481.

análise do filtro constitucional¹⁷. Contudo, indiscutivelmente, essa linguagem construída propositalmente vaga pelo legislador não pode ser preenchida por meio de uma discricionariedade sem a suspensão obrigatória dos pré-juízos do julgador.¹⁸ Isso porque, a nossa consciência é um mero instrumento que carrega uma sensível carga de pré-juízos, já operados e fixados de antemão como tal e fechados em si¹⁹.

¹⁷ Ressalva-se aqui a objeção quanto ao uso da discricionariedade jurídica, no modo como é exposto na obra (LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. **Doxa**, Alicante, Espanha, n. 25, p. 413-439, 2002. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf. Acesso em: 21 out. 2020), uma vez que a autora conclui em sua obra que a discricionariedade jurídica deve ser recepcionada como um modo normal de conferir poderes aos órgãos jurídicos, onde se considera importantes e fundamentais as decisões com base em circunstâncias do caso concreto, ainda que a autora destaque que isso tudo deva estar submetido a um determinado controle. Primeiramente, cabe destacar que, conforme se defende no presente Trabalho, toda decisão jurídica deve ser considerada sob o pálio do caso concreto, e assim, a norma de decisão resultante do processo de concretização da norma, que nasce do texto normativo, no entendimento de que texto e norma são coisas diferentes, assim como, decisão jurídica é do caso concreto, e não de casos concretos. Em segundo momento, a objeção também radica no fato que não há qualquer tipo de controle de discricionariedade jurídica, ao contrário da discricionariedade administrativa, que pode ser impugnada administrativamente. Convém observar que a decisão jurídica discricionária em determinado grau de jurisdição pode ser inalcançável através de recurso.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedoni. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 696-713, dez. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>. Acesso em: 07 jun. 2019. O Ministro Luís Roberto Barroso, no artigo intitulado “Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar”, se refere ao termo discricionariedade de maneira genérica, sem mencionar os aspectos morais, políticos e econômicos que são afastados da análise do *certiorari* nos países por ele tomado como base, vejamos: “Nos EUA, segundo a Regra 10 das Rules of the Supreme Court, a Suprema Corte exerce uma jurisdição amplamente discricionária, podendo deixar de conhecer causas sem motivação, desde que o faça por ao menos dois terços dos seus juizes: tal quorum qualificado — regra consuetudinária — serve como contrapeso ao exercício da discricionariedade na concessão do certiorari. De forma semelhante, o Tribunal Constitucional Federal alemão pode inadmitir uma reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) sem motivação (BVerfGG, § 93d, (1)), desde que o faça por unanimidade, se o caso for julgado em uma das Câmaras, ou por três quartos dos juizes, se o caso for de competência de um dos Senados. Na França, onde as decisões sempre são unânimes, a Corte de cassação pode inadmitir recursos por “decisões não especialmente motivadas” (CPC francês, art. 1.014), prática já validada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, à luz do dever de motivação decorrente do art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (caso Burg et autres c. France, j. 28/1/2003, entre outros). Em suma: países de distintas tradições jurídicas, com elevado grau de respeito às garantias processuais das partes em geral, e ao dever de motivação em particular, deixam de motivar as decisões de inadmissão de recursos que não superam o teste da relevância. Por tal razão, tais decisões têm efeitos restritos ao caso concreto, não servindo como precedentes.” É nesse sentido que o termo discricionariedade é tratado por parcela majoritária na doutrina brasileira, a tese aqui afasta a utilização da discricionariedade do labor jurídico, o termo discricionariedade é admitido somente no processo administrativo, onde o funcionário público a utiliza como elemento inerente a sua função pública.

¹⁹ “Toda compreensão se faz no seio da linguagem, e isso nada mais é do que a concretização da consciência da influência da história”. Nesse sentido, como destaca Gadamer, há uma relação

A referida suspensão dos pré-juízos serve exatamente para evitar os juízos políticos e morais do julgador²⁰, muitas vezes indomináveis²¹ e *solipsistas*,²² advindos de sujeitos amarrados ainda ao modo de decidir, conforme

essencial entre compreensão e linguagem. Tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo nos é transmitido, é dito a nós no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma da tradição escrita, cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha “capacidade de compreender”. A significação hermenêutica plena disso se desvela quando a tradição se faz escrita. OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 233.

²⁰ Para o saudoso professor Warat, a tentativa de expurgar do saber jurídico qualquer forma de manifestação da política ficou reduzida a uma questão simples em Kelsen: a de não confundir os atos de produção normativa e seus efeitos (as normas jurídicas) com os enunciados que as descrevem. Assim, desordenadamente, a linguagem da ciência seria uma legislação, isto é, mais do que o Direito deve ser, fazendo que os enunciados da Ciência Jurídica perdessem sua objetividade e sua neutralidade e o cientista, indiretamente, estaria produzindo normas de justiça. O caráter epistemológico da Teoria pura do Direito de Kelsen reside em Carnap, que projeta o empirismo moderno ou o positivismo lógico, postulando suas investigações com um caráter científico rigoroso. Nesse sentido, Kelsen abandona a concretização do Direito e opta, exclusivamente, em fazer Ciência do Direito (que é uma metalinguagem). Desse modo, Kelsen exclui a análise dos enunciados chamados pragmáticos, e assim como Carnap, fica somente com dois níveis que constituem as partes da semiótica, ou seja, a sintaxe e a semântica. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 39-52.

²¹ Muitas vezes, o que se vê não se trata de discricionariedade, mas de uma arbitrariedade manifesta e *solipsista*, do sujeito dono de si. Em análise rasa dos 230 Habeas Corpus distribuídos para o gabinete do Ministro Gilmar Mendes, de maio/2018 até julho/2018, pode-se verificar que 40 habeas corpus sem grife, da plebe rude, encontram-se taxativamente estacionados, inclusive, sem a citação do Ministério Público. Outros habeas corpus, a exemplo, os investigados da Operação Lava Jato, tiveram uma célere e benéfica apreciação realizada pelo Ministro Gilmar Mendes. Somente o Ministro foi responsável pela soltura de 20 presos preventivamente da Operação Lava Jato. Mas um detalhe chama muito a atenção: todos são do Rio de Janeiro, precisamente do braço fluminense. Um caso emblemático o é o do réu Arthur Pereira Rocha (HC 157162), protocolado em 18/05/2018, distribuído ao Ministro Gilmar Mendes em 22/05/2018 e concluso ao relator até agora, no mês de agosto/2018. E mais um detalhe: o réu Arthur é cego! Mas os 40 Habeas Corpus dos investigados da Lava Jato tiveram apreciação imediata do Ministro Gilmar Mendes, além de que mais de 50% dos réus tiveram suas prisões revogadas pelo Ministro. Diferente do (in)sucesso do cego réu Arthur, no caso do réu Orlando Santos Diniz (HC 157661), distribuído em 30/05/2018, com liminar concedida em 01/06/2018, ou seja, no segundo dia (domingo), o Ministro concedeu a ordem ao ex-presidente da Fecomércio do Rio de Janeiro. Aqui, cabe um destaque importantíssimo, pois aqui mora a arbitrariedade, que difere de discricionariedade, pois a arbitrariedade guarda relação com a barbárie, uma vez que se perde totalmente a noção de coerência, integridade, equidade, isonomia, honestidade, probidade, respeito, para dizer o menos. O réu Orlando Santos Diniz, durante anos, contribui para o Instituto do Ministro Gilmar Mendes, uma relação claramente espúria, que deveria ensejar, por obrigação, imediatamente, o impedimento do Ministro.

²² Decisões solipsistas no sentido de o julgador colocar sua consciência ou convicção pessoal como norteadores no momento de decidir, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos. “E isso ‘aparecerá’ de várias maneiras, como na direta aposta na: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio ‘sentença como sentire’; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a ‘ponderação de valores’ a partir de seus ‘valores’; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que ‘os casos difíceis se resolvem discricionariamente’; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporcionariam uma ‘abertura se sentido’ que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

Kelsen sugeriu.²³ Ou seja, a um conceito de interpretação derivado da cisão entre a interpretação semântica, como ato de vontade (criando a normas), e interpretação sintática, como ato de conhecimento (criando preposições)²⁴.

Conforme defende Vidal²⁵, o caso concreto daria azo para o julgador utilizar-se de critérios discricionários. Contudo, pelo contrário, exatamente pelo olhar estrito no caso concreto é que, por coerência e integridade, o julgador deve afastar-se de juízos discricionários para fundamentar sua decisão. Para Dworkin, o Direito como integridade pressupõe que o juiz consciente na sua função do dever de apreciar vários critérios; dentre eles, as circunstâncias do caso concreto.²⁶ Na mesma linha, Müller, à luz da teoria da concretização da norma, a moral política da comunidade e a opinião das instituições, que estão em coerência com o grupo social. Assim, o bom aplicador acrescenta valores da comunidade no direito que interpreta, ou seja, a “*adequação*” entre a norma e a moral política da comunidade é importante para preservar a própria segurança jurídica²⁷.

Portanto, é superficial admitir, no tudo ou nada, o uso da discricionariedade para adequação do caso concreto à regra. A dimensão da

²³ Kelsen define a norma jurídica como o sentido de um ato de vontade. “Na Teoria Pura, não se encontra devidamente esclarecido o duplo papel significativo que Kelsen atribui às normas jurídicas. Por outro lado, elas são o sentido dos atos de vontade e, por outro, o objeto da ciência jurídica, que outorga sentido objetivo às normas, vistas como fatos empíricos do mundo do ser. Essa duplicidade significativa poderia ser esclarecida quando aceitamos, em Kelsen, a dupla dimensionalidade da noção de língua. As normas, como expressões dos órgãos de autoridade, seriam um código que operaria como condição de sentido do ato”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 392).

²⁴ As normas são a linguagem-objeto, as regras de direito sua metalinguagem descritiva. Quando se estuda uma linguagem-objeto qualquer, a primeira preocupação metalinguística é a de contar com um critério de *decidibilidade* qualquer, isto é, com critério que nos permite decidir se qualquer enunciado ou proposição forma ou não parte da referida linguagem-objeto. Como esse critério de decidibilidade baseia-se em certas propriedades significativas, pode, por outro lado, ser também analisado como uma tentativa de definição da região temática que pretende descrever ou ordenar a linguagem-objeto (nesse caso, a validade). Ela operaria como critério de decidibilidade das normas que podem ou não integrar um direito positivo, distinguindo-se de outros tipos de normas. A validade é a condição de sentido para as normas que vão ou não constituir o direito positivo. A esta condição definitória do direito positivo, Kelsen denominou norma fundamental gnoseológica. Assim, através dessas duas categorias, pode-se fornecer uma interpretação metodologicamente adequada da noção de norma fundamental kelseniana, que, do contrário, penetraria em uma zona obscura e irremediavelmente infecunda. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 392-395).

²⁵ LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. **Doxa**, Alicante, Espanha, n. 25, p. 413-439, 2002. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 275-277.

²⁷ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**. A questão fundamental da democracia. 3. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 94-95.

adequação guarda relação com o caso concreto; contudo, não é por meio da discricionariedade (moldura da norma kelseniana) que isso se consubstancia.²⁸ A adequação dworkiniana é sofisticada e determina que não se pode adotar uma interpretação, ainda que, pela sua complexidade, com diferentes leituras de personagem, trama e objetivos que essa interpretação descreve, não significa que ela deva ajustar-se a cada segmento do texto, não o desqualifica se algumas linhas ou tropos são acidentais, ou até mesmo que alguns elementos da trama são erros. Isso porque, para Dworkin, a interpretação deve fluir ao longo de todo o texto e será malsucedida se deixar sem explicações partes estruturantes do texto. Se o romancista não encontrar interpretação que não possua falhas, ele não terá cumprido a sua tarefa. Nesse ínterim, considera-se a norma já posta como pressuposto de toda atividade judicial; porém, sempre em observância à justiça e à equidade.²⁹

Nesse sentido, a anuência do legislador de transferir uma linguagem propositalmente vaga sobre repercussão geral, transferindo ao Supremo Tribunal Federal o conceito vago sobre o que é relevante valor econômico, social, político ou jurídico, que supostamente transcenda o interesse das partes alcançando a sociedade, não pode ser transformado em decisões discricionárias.³⁰ Isso coaduna com os dizeres referenciados no capítulo anterior

²⁸ (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 395).

²⁹ Para realizar tal façanha Ronald Dworkin criará um jurista imaginário: “No direito, porém, a exemplo do que ocorre na literatura, a interação entre adequação e justificação é complexa. Assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro. Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 277-287.

³⁰ Discricionariedade, sob o pálio da filosofia da consciência e, com relação a multiplicidade de respostas corretas no âmbito de prévia resolutividade dos problemas jurídicos, no sentido de negar a presunção de respostas corretas antes do surgimento da diferença ontológica entre texto e norma, quando o caso concreto, pela sua depuração processual, singulariza o evento e, somente então, contempla a tese da decisão constitucionalmente adequada; dizer que há resposta correta/adequada antes do caso concreto implica, o reprovável reducionismo entre casos fáceis, de mecânica e idêntica resolução – na esteira de enunciados do tipo “dispositivo claro e inequívoco” e “indeterminado e aberto” –, e casos difíceis, nos quais ocorre a indevida isenção de responsabilidade no ato de decidir. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 625.

do ex-Ministro Celso de Mello à época da criação da inauguração da repercussão geral, que defendeu se tratar do exercício do poder de selecionar, com prudente discricionariedade, as teses de repercussão geral, muito diferente de defender a utilização da discricionariedade.

Nesse sentido, convém destacar que o termo referido por muitos doutrinadores como discricionariedade³¹, na linha dos argumentos do Ministro Luís Roberto Barroso,³² que defende que a repercussão geral tem uma dimensão comparativa e inelutavelmente discricionária, de modo a suprir a linguagem construída propositalmente vaga pelo legislador, mostra-se inadequado e

³¹ Os autores Marinoni e Mitidiero usam as expressões “relevância e transcendência”. Além da importância jurídica, ou política, ou social, ou econômica, a questão deverá ser capaz de repercutir nas relações em sociedade ou de certo grupo ou segmento desta, sendo o aspecto “geral” imprescindível para o reconhecimento de repercussão geral. O que poderia ser entendido como sendo relevante? O que não seria relevante? A “relevância”, então, não carregaria uma análise subjetiva a envolver suas concepções valorativas? A lei determina serem os ministros do STF exclusivamente competentes para detectar as causas de maior relevância que necessitam ser pacificadas, admitindo-se certo grau de subjetividade desses julgadores em prol da qualidade da prestação jurisdicional. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 20). Na prática, não há como negar certa discricionariedade na análise do referido instituto, o que deverá ser sopesado com cautela pelos ministros do STF, principalmente em razão de a decisão pelo reconhecimento da repercussão geral acarretar um efeito “dominó”, ou, ainda, um efeito “pan-processual” para todas as demais causas cujas controvérsias (e não matérias) sejam idênticas (art.543-B, § 2º (CPC-1973) - atualmente Art. 1.039 (CPC-2015)), pois, se o legislador entendeu por bem impor requisitos para o reconhecimento da repercussão geral, isso significa que qualquer decisão deverá ser fundamentada, ainda que com certo tom de discricionariedade, o que é inerente à carga valorativa da decisão a ser proferida (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 54).

³² “É possível a negativa de repercussão geral com efeitos limitados ao caso concreto e motivação sumária. O juízo de repercussão geral tem uma dimensão comparativa e inelutavelmente discricionária. A fundamentação objetiva é expressamente admitida pelo Código de Processo Civil para esse caso e o risco de arbitrariedade é minimizado pela exigência do *quorum* de 2/3 (dois terços)”. BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedoni. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 696-713, dez. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>. Acesso em: 07 jun. 2019.

desproposital³³. Uma vez que um ato administrativo pode ser discricionário³⁴, mas, por outro lado, por ser uma decisão judicial, ele jamais deverá ser considerado minimamente discricionário, ainda que o legislador conceda um conceito propositalmente vago à Suprema Corte³⁵. Isso porque, não se está autorizado ao Judiciário um ato que é restrito à função administrativa. A discricionariedade aqui rechaçada, sem a suspensão de pré-juízos, acaba admitindo os juízos morais, econômicos e políticos que rondam constantemente

³³ O grande problema que envolve o projeto kelseniano de ciência jurídica é o modo como isso tudo é recepcionado pelos juristas no imaginário individual de cada um no momento da interpretação. A partir disso, **exsurge a ideia de discricionariedade do intérprete**, que se origina da metáfora kelseniana de “moldura-ideia-imagem” da norma superior. Conforme Streck, Kelsen não era um positivista exegético, pelo contrário, o seu positivismo era normativista. Ele não separa o direito da moral, mas sim, a ciência do direito da moral. Juiz não faz ciência e, sim política jurídica. Sua preocupação com relação à ciência do direito é de que o intérprete tem uma ideia (ou imagem) da lei (do seu texto). Quem aplica a lei, o juiz, não tem nenhum método ou outros critérios que possam assegurar que uma aplicação é melhor que outra ou que seja correta e outra não. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35, grifo nosso.

³⁴ O conceito de discricionariedade de ato administrativo no âmbito do Direito administrativo surgiu para dar legitimidade à nova estrutura burocrática que emergia, no século XIX, sob os contornos do Estado de Direito Liberal. Os autoritários das experiências despóticas anteriores precisavam ser debelados, e em seu lugar fazia-se necessária uma construção doutrinária que estabelece um padrão legítimo para os atos do Executivo nos moldes da liberdade formal-burguesa. Assim surge o conceito de ato discricionário, que aparece naquele espaço em que a situação com a qual se depara o administrador não poderia ser regulada antecipadamente por uma legislação qualquer, porém poderia ser por ela prevista. Além disso, o chamado “ato administrativo discricionário” sempre fez parte da zona de autonomia do administrador, ficando tradicionalmente fora do controle jurisdicional, ao menos em termos conteudísticos. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Hermenêutico**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 54.

³⁵ A discricionariedade na sua feição clássica, revestia-se de uma nítida função de judicial *self-restraint*, que determinando a esfera do ato da administração na qual o Judiciário não poderia intervir. Trata-se de problema que permanece não enfrentado pela doutrina administrativista brasileira: a insindicabilidade do mérito administrativo. Como é sabido, nossos tribunais ainda aplicam a tese clássica que colocava a discricionariedade administrativa fora do controle jurisdicional. Há muitas decisões que continuam a afirmar que a competência constitucional do Judiciário permite apenas o controle sobre a competência, a forma, a finalidade, o motivo e o objeto do ato administrativo discricionário, mas exclui definitivamente qualquer controle sobre a execução do ato, isto é, impede que o Judiciário aprecie o conteúdo das decisões tomadas pelo administrador no decorrer da execução do ato. Diante disso, fica claro o motivo do ato vinculado e do ato discricionário. Só há controle judicial de conteúdo quando o ato administrativo for vinculado; nos casos de ato discricionário cabe ao Judiciário apenas o controle da forma, nos termos que especificamos acima. No contexto atual, essa discussão ganha peso, na medida em que possuímos uma Constituição compromissória que também impõem obrigações ao administrador. Se no ato administrativo discricionário é certo que o administrador está livre de uma aderência absoluta à lei, nem por isso seu poder de escolha pode desconsiderar o conteúdo principiológico da Constituição. Portanto, o ato administrativo escapa de um controle de legalidade, porém permanece indispensável que ele seja controlado em sua constitucionalidade. De qualquer forma, no poder discricionário da administração sempre está em jogo uma deferência do legislador em favor do administrador. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Hermenêutico**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 56). O que de fato não está autorizado no âmbito da decisão “judicial”.

o STF,³⁶ que, muitas vezes, indiscutivelmente, sobrepõem-se aos direitos da coletividade³⁷.

Em época da pandemia causada pela Covid-19, que fez o STF voltar aos julgamentos para o Plenário Virtual, esse fenômeno da discricionariedade que resulta em decisões consequencialistas de ocasião, voltou-se acentuadamente em desfavor dos contribuintes.³⁸ Em meio à pandemia, houve uma enxurrada de processos e de decisões tributárias ao plenário virtual do Supremo Tribunal Federal (STF). Inúmeras questões de repercussão geral em matérias tributárias, antes discutidas em plenário físico, com horas de debate entre ministros, na pandemia, por meio de publicações de votos na plataforma virtual, foram

³⁶ “A decisão do caso concreto já não depende dos racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz”. LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no direito**. Volume II: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 143.

³⁷ Admitir determinado grau de discricionariedade para a conceituação do termo vago “repercussão geral” se aproxima muito do Realismo Jurídico, onde segundo o Juiz da Suprema Corte Americana na época disse: o direito nada mais seria do que a previsão do que farão os tribunais. Entretanto, esta previsibilidade/tendência não parte de uma ordem ideal prévia, mais sim, daquilo que os juízes, concretamente, nas decisões dizem sobre o que venha a ser o direito. “*Para esta corrente, o direito se extrai das sentenças. Para esta corrente, o direito se extrai das sentenças. Graças a essa análise pode-se razoavelmente (não mais, assim, racionalmente!) estabelecer como se comportarão os juízes no futuro. “What I mean by the law” afirma Holmes, são “the prophecies of what the courts will do in fact”*”. Ibid., p.144.

³⁸ **Tema 1.047 (Adicional 1% COFINS-Importação)**: “I- É constitucional o adicional de alíquota da Cofins Importação previsto no § 21 do artigo 8º da Lei nº 10.865/2004. II- A vedação ao aproveitamento do crédito oriundo do adicional de alíquota, prevista no artigo 15, § 1º-A, da Lei nº 10.865/2004, com a redação dada pela Lei 13.137/2015, respeita o princípio constitucional da não cumulatividade”. **Tema 1.014 (PIS/COFINS – Taxa de Administração de Cartões)**: A inclusão dos valores retidos pelas administradoras de cartões na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS devidas por empresa que recebe pagamentos por meio de cartões de crédito e débito é constitucional. **Tema 906 (IPI Revenda)**: “É constitucional a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI no desembaraço aduaneiro de bem industrializado e na saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno.” **Tema 846 (Adicional FGTS)**: “É constitucional a contribuição social prevista no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, tendo em vista a persistência do objeto para a qual foi instituída.” **Tema 723 (Funrural Pessoa Física)**: “É constitucional, formal e materialmente, a contribuição social do segurado especial prevista no art. 25 da Lei 8.212/1991.” **Tema 490 (Guerra Fiscal – Creditamento ICMS)**: “O estorno proporcional de crédito de ICMS efetuado pelo Estado de destino, em razão de crédito fiscal presumido concedido pelo Estado de origem sem autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), não viola o princípio constitucional da não cumulatividade.” **Tema 475 (Extensão ICMS Exportação)**: “A imunidade a que se refere o art. 155, § 2º, X, “a”, da CF não alcança operações ou prestações anteriores à operação de exportação.” **Tema 325 (SEBRAE)**: “As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001.” **Tema 179 (Creditamento PIS/COFINS – mudança regime)**: “Em relação às contribuições ao PIS/COFINS, não viola o princípio da não-cumulatividade a impossibilidade de creditamento de despesas ocorridas no sistema cumulativo, pois os créditos são presumidos e o direito ao desconto somente surge com as despesas incorridas em momento posterior ao início da vigência do regime não-cumulativo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portal**. Brasília, DF, [2020?]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>. Acesso em: 02 nov. 2020.

julgadas pelo Plenário Virtual. O STF se limitou ao menor grau de debates e de argumentações entre ministros e, inclusive, de modo apático, diminuiu a importância da defesa dos contribuintes, autorizando somente sustentações orais gravadas, o que colaborou para derrotas nas maiores teses tributárias julgadas durante a pandemia.³⁹

Convém observar que, no âmbito tributário, o fenômeno do consequencialismo de ocasião, calcado nos fatores políticos e econômicos, torna-se emblemático e presente de modo exacerbado. No caso do julgamento do ADI 5469 e do RE 1287019, recentemente o Comitê Nacional de Secretários de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação dos Estados e do Distrito Federal (Comsefaz) encaminhou ao presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux, um ofício manifestando preocupação em relação ao referido julgamento, que segundo argumentos que anuncia uma avaliação de resultado (consequencialista) do Comsefaz pode trazer uma queda de arrecadação da ordem de R\$ 9,838 bilhões.⁴⁰

De 1988 a 2018, o estudo elaborado por Gustavo Fossati e Leonardo de Andrade Costa demonstrou que o Fisco teve maior taxa de sucesso nas lides

³⁹ Decisão da Corte de manter o IPI cobrado na revenda de produto importado. Em caso de derrota, a União teria prejuízo de R\$ 56 bilhões na arrecadação. O resultado foi de seis votos a quatro a favor da tributação. A tese vencedora estabelece que “é constitucional a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI no desembaraço aduaneiro de bem industrializado e na saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno”. Foram vencidos os ministros Marco Aurélio, relator do processo, Edson Fachin, Rosa Weber e Roberto Barroso. Outra derrota importante contra os contribuintes foi nos REs 603.624 e 630.898, que discutem a constitucionalidade da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) pagas para o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex) e da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI). O caso teria impacto fiscal de R\$ 31,8 bilhões. Foram vencidos os ministros Luiz Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Rosa Weber. A tese fixada determina que “as contribuições devidas ao Sebrae, à Apex e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela Emenda Constitucional 33/2001”. A emenda constitucional mencionada na tese do STF estabelece as situações de incidência das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico. LEORATTI, Alexandre. Enxurrada de casos tributários e “novo STF” preocupam contribuintes. In: JOTA. Brasília, DF: 02 de novembro de 2020. Disponível em:

https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/stf-casos-tributarios-contribuintes-02112020. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁴⁰ No ofício do Comsefaz está descrito que, “A eventual ausência de cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS, nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outra unidade federada, geraria graves desequilíbrios estruturais no maior imposto da economia brasileira, uma vez que uma operação interna teria uma carga cheia e, nas interestaduais, seria cobrada somente a parcela da alíquota interestadual devida à unidade federada de origem (menor, portanto)”. COMSEFAZ. **Ofício COMSEFAZ N. 136/2020**. Brasília, DF, 10 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/11/oficio-comsefaz-136-2020-adi-5469.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

tributárias. A pauta tributária mais frequente no STF refere-se aos casos sobre ICMS (6,6%), seguida de lides sobre base de cálculo de crédito tributário (6,5%), contribuições sociais (4%), fato gerador de crédito tributário (3,9%). PIS (3,6%) e Cofins (3,4%). Se considerados conjuntamente, superam o volume de casos sobre ICMS. Juntas, as dez pautas mais frequentes representam 41% de todos os casos tributários que chegaram à Corte nesse período.⁴¹

Em virtude dessas considerações, a concessão que Marinoni e Mitidiero, seguida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, fazem é extremamente perigosa⁴², pois, ainda que admitam o uso de determinado grau de discricionariedade como fundamental. Isso verdadeiramente, abre portas para juízos políticos/econômicos/morais incontroláveis. Essa problemática se acentua, uma vez que se sabe que, do grande volume de recursos extraordinários que chegam até a corte, somente o ministro Marco Antônio Melo fundamenta os seus votos. Além disso, a omissão dos demais ministros, por si só, é uma espécie de cancelar eventual discricionariedade, tanto na admissibilidade quanto na inadmissibilidade recursal, que não segue a verdadeira dimensão da adequação na interpretação do caso concreto. Isso acaba por tomar rumos discricionários, como salientam os autores aqui refutados, que admitem certo grau de discricionariedade do ministro na definição do conceito de repercussão geral.

No tocante, sabe-se que a análise de repercussão da tese é feita no Plenário Virtual, em que o relator apregoa o voto e os demais ministros dizem se concordam ou não. E, para denegar uma tese recursal, são necessários oito

⁴¹ No âmbito de contribuições (70,14% dos litígios), dívida ativa (57,32%), ICMS (56,8%), IPI (55,61%) e ISS (54,78%), A exceção refere-se ao IPTU: os municípios venceram apenas 28,34% das controvérsias, o que demonstra que a proximidade do Executivo com a sede do STF pode ser considerada nos julgados. FOSSATI, Gustavo; COSTA, Leonardo de Andrade. **O Supremo Tributário**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

⁴² Na mesma linha, encontram-se autores como Prieto Sanches e Manuel Atienza, que defendem a discricionariedade na aplicação do direito: *“Sin embargo, los problema se incrementan cuando han de aplicar-se normas constitucionales de carácter sustantivo, que precisamente suellen llamar-se principios para dar cuenta de algunas de las peculiaridades que han sido expuestas. Así, en primeiro lugar, se ha visto que, en ocasiones, la norma constitucional no contempla ningún supuesto de hecho para su aplicación, lo que significa que en la práctica es el juez quien decide, mediante un ejercicio de razonabilidad no extenta de discricionariedad, cunda procede dicha aplicación”*. (p.62) *Ainda desenvolvendo o tema assevera que: “Desde luego, ponderación no equivale e ninguna arbitrariedad desbocada, pero no cabe duda que en su ejercicio el juez es mucho más protagonista y, por tanto, más «libre» que en la aplicación de reglas según el modelo tradicional. Y, lo que es más importante, la ponderación non solo aparece cuando estamos en presencia de un conflicto explícito entre principios o derechos, sino que puede recurrirse a ella siempre que el resultado de la aplicación delas reglas le parezca al intérprete instifactorio o injusto”*. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, Principios, Derechos**. Madri: Dykinson, 1998. p. 62-63.

votos. A omissão de fundamentação dos demais ministros acaba por caracterizar o sistema como inverso, o que, ao fim e ao cabo, pode perfectibilizar uma decisão discricionária pelo simples fato da ausência de fundamentação.

Desse modo, nota-se que todos os casos chegam ao STF com presunção de repercussão geral, em decorrência do princípio do amplo acesso ao Judiciário. Por isso, para que haja a inadmissibilidade, tornam-se necessários os referidos oito votos, ainda que por omissão. Porém, isso não impede que casos transcendentem deixem de ser apreciados pela Suprema Corte, além de estarem sem qualquer fundamentação, visto que a repercussão geral traz consigo o já referido conceito vago. Aliás, parafraseando Nelson Gonçalves, com fundamentações tão rasas, que até uma formiga atravessaria com águas pelos calcanhares, na prática, ocorre que um ministro vota no sentido de rejeitar a tese recursal, ou que a matéria é infraconstitucional; ou que a solução do problema envolve matéria de fato ou de provas (infraconstitucional); ou que a questão constitucional não foi adequadamente pré-questionada e, assim, a fundamentação está realizada pelo ministro.

Destaca-se, aqui, que o pano de fundo é o rechaço a qualquer grau de discricionariedade. Isso guarda relação direta com o positivismo desde o tempo da derrocada do rigor lógico jurídico do positivismo lógico de Carnap, porque a mazela se enraizou no senso comum teórico dos juristas⁴³.

Em outras palavras, não é apenas a refutação à tese de Vidal⁴⁴, mas à tese defendida por Marinoni e Mitidiero, também sustentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que admitem doutra forma um certo grau de discricionariedade

⁴³ “Os operadores do Direito não revelam nenhum excesso de sensibilidade, ao contrário, as formas dominantes de conceber o Direito conseguem formar operadores sem sensibilidade, corpos sem capacidade de relacionar-se sensivelmente com os outros e com o mundo. Os autistas temem um tipo muito particular de escuta, o que eu chamo de escuta alienada ou de uma escuta cega em relação a tudo o que se deveria escutar, que está relacionado com a capacidade de perceber o que o outro emocionalmente reclama. Não escutam as necessidades emocionais do outro senão caem embriagados com seu próprio canto da sereia. Ulisses quando navegava, atravessava alguns mares cheios de sereias com vozes absolutamente cativantes. Quando os marinheiros as escutavam não conseguiam resistir e se lançavam ao mar, onde terminavam devorados pelo seu canto. O canto dessas sereias terminou consagrado como força de expressão que se refere aos cantos que nos fascinam e nos atraem como chamado, para logo sermos devorados pela sereia que canta”. WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 27-50.

⁴⁴ LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. **Doxa**, Alicante, Espanha, n. 25, p. 413-439, 2002. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf. Acesso em: 21 out. 2020.

para preenchimento do conceito vago da repercussão geral no juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário⁴⁵. Segundo os autores, deve ser admitida certa discricionariedade na análise do referido instituto para preenchimento do conceito vago de repercussão geral. E ainda, para acentuar, descrevem que deverá ser sopesado, com cautela pelos ministros do STF, o preenchimento da vagueza conceitual da repercussão geral.

Disso, resultam duas refutações importantes à tese dos referidos autores, pois a primeira guarda relação com o caráter *epistemológico da discricionariedade*⁴⁶, quando Hart⁴⁷ recepcionou a teoria Kelsianiana⁴⁸ no debate com Dworkin. A segunda refutação está relacionada ao referenciado *sopesamento com cautela* dos Ministros do STF, para preencher o conceito vago de repercussão geral, um problema ligado à recepção errônea da própria teoria

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 20. Na prática, não há como negar certa discricionariedade na análise do referido instituto, o que deverá ser sopesado com cautela pelos ministros do STF, principalmente em razão de a decisão pelo reconhecimento da repercussão geral acarretar um efeito “dominó”, ou, ainda, um efeito “pan-processual” para todos as demais causas cujas controvérsias (e não matérias) sejam idênticas (art.543-B, § 2º (CPC-1973) - atualmente Art. 1.039 (CPC-2015)), pois, se o legislador entendeu por bem impor requisitos para o reconhecimento da repercussão geral, isso significa que qualquer decisão deverá ser fundamentada, ainda que com certo tom de discricionariedade, o que é inerente à carga valorativa da decisão a ser proferida. (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 54).

⁴⁶ Disse Streck na obra *Dicionário Hermenêutico* que “Corre a história de um grupo de amigos – todos juízes de Direito – que, praticamente todos os dias, reuniam-se para discutir seus casos. Todos se diziam muito justos e honestos em suas decisões, até que, certo dia, um deles decidiu analisar caso a caso como cada um de seus pares decidia. Levou os resultados ao “colegiado” e todos perceberam que cada um decidia de uma forma e que, no final das contas, acabavam sendo arbitrários e injustos. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Hermenêutico**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 40.

⁴⁷ Hart dedicou os dez últimos anos de sua vida a elaborar uma resposta detalhada às objeções de Ronald Dworkin, explorando alguns dos mais recentes desenvolvimentos na teoria do direito desde a publicação da primeira edição de seu livro *O conceito de direito*, em 1961. Isso, porém, não foi possível. Hart faleceu em 1994, mas Joseph Raz e Penelope Bullock revisaram e organizaram um rascunho entregue pela família de Hart, e publicaram-no em 1994 como Pós-escrito à segunda edição de *O conceito de direito*. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 199.

⁴⁸ Kelsen já no início do capítulo VIII da sua *Teoria Pura do Direito* (*Reine Rechtslehre*) vai decrever que a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 389). O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 2009. p. 390).

hartiana. Isso porque, Robert Alexy passou a explorar a dimensão da textura aberta hartiana, contrariando aquilo que entendia o próprio Hart.⁴⁹

Sim, a discricionariedade é algo complexo; por isso, uma parcela da doutrina, de modo equivocadamente, admite um certo grau de discricionariedade do julgador no preenchimento de conceitos vagos, como sugerido equivocadamente para definição da repercussão geral⁵⁰. Contudo, a discricionariedade não é um conceito vago, mas um conceito criado no centro na derrocada do rigor lógico do positivismo sintático e, portanto, evidentemente sofisticada.

Dito isso, para a refutação da discricionariedade do ponto de vista epistemológico, convém iniciar a fala a partir do positivismo jurídico primevo, quando, há tempo, já havia a preocupação dos bons com o problema que girava em torno da interpretação do direito. Para enfrentar a problemática, a análise deve partir do positivismo sintático de Rudolf Carnap⁵¹, em que uma simples

⁴⁹ Segundo Hart, “Em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à linguagem humana, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”, essa limitação advém da própria natureza da linguagem humana que, diferente da matemática que lida com abstrações (e, portanto, com caracteres exatos), a linguagem é fruto de uma construção humana, razão pela qual nem sempre os significados dos termos se apresentarão de forma inequívoca, podendo haver variações e até mesmo indeterminações, dependendo do contexto em que se insira. Da mesma forma ocorre com a linguagem jurídica, que se apresenta como uma variação da linguagem geral. A essa limitação (indeterminação) da linguagem se denominou textura aberta da linguagem. (HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 141). Da escola do Direito livre, passando pela jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo pós-hartiano até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz. STRECK, Lenio. **Dicionário Hermenêutico**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 53.

⁵⁰ LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. **Doxa**, Alicante, Espanha, n. 25, p. 413-439, 2002. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10148/1/doxa25_12.pdf. Acesso em: 21 out. 2020. LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no direito**. Volume II: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 143. PRIETO SANCHÍS, Luis. **Ley, Principios, Derechos**. Madri: Dykinson, 1998. p. 62-63. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 20.

⁵¹ Carnap define linguagem-objeto como a linguagem em que se fala e metalinguagem como a linguagem em que se fala da linguagem-objeto. Estudando-se uma certa linguagem (L1), temos que contar com outra linguagem (L2), para nela formular os resultados da análise da linguagem L1. L1 é chamada linguagem-objeto e L2 metalinguagem. A necessidade de estabelecer esses dois níveis de linguagem surge quando tomamos como objeto de nossa reflexão a própria linguagem. O sentido desta distinção é dado, segundo os lógicos positivistas, pela incapacidade de as linguagens produzirem processos de autocontrole sobre a lei de sua organização lógica. (CARNAP, R. **The Philosophy of Rudolf Carnap**. La Salle: Open Court, 1963. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=zWi5yL243xAC&oi=fnd&pg=PR7&dq=The+Philosophy+of+Rudolf+Carnap&ots=RagteLWSkH&sig=4NQOB-hXX-1ockKDP0V7NCdLhnmM#v=onepage&q=The%20Philosophy%20of%20Rudolf%20Carnap&f=false>. Acesso em: 30 dez 2019).

determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem o Código seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do Direito⁵².

Contudo, no segundo momento, eis que exsurge o *positivismo-normativista*, como uma proposta para aperfeiçoamento do rigor lógico sintático do trabalho científico proposto pelo positivismo. Ele, naquela época, já se mostrava incapaz de dar conta do problema da indeterminação do sentido do Direito.

A partir dessa ruptura do rigor lógico de se interpretar, modifica-se acentuadamente o ponto de partida de observação do fato positivado e, assim, nas décadas de 1930 e 1940, consubstancia-se a falência dos modelos sintáticos-semânticos de interpretação do Código. Nesse ambiente de desgaste, aliado ao crescimento do poder regulatório do Estado nas primeiras décadas do século XX, que surge Hans Kelsen sem a pretensão de destruir a Jurisprudência

⁵² Caso as leis de organização lógica fossem produzidas no mesmo corpo da linguagem-objeto, afirmam os positivistas lógicos, encontraríamos situações paradoxais. O exemplo mais famoso, a antinomia do mentiroso, ela pode ser formulada da seguinte forma, se um cretense dissesse: “Os cretenses sempre mentem”, estaríamos frente à paradoxal situação de que se aceitássemos a proposição como verdadeira o cretense que a formulou também mentiu e, assim, nem sempre os cretenses mentem. O que conduz a admitir que a proposição “Os cretenses sempre mentem” é falsa. Para superar a contradição, temos de admitir que a proposição “Os cretenses sempre mentem” não forma parte do conjunto de proposições que se pretende qualificar como mentiras; se formassem parte de um mesmo corpo discursivo entrariam em contradição, como foi assinalado anteriormente. Extrapolada a linguagem-objeto e vista como metalinguagem, elimina-se seu caráter contraditório pelo princípio lógico, que estabelece que só entram em contradição proposições do mesmo nível (WARAT, 1984. p. 48; WARAT, 1995, p. 49). Kelsen foi o primeiro autor que utilizou, para o campo jurídico, às noções de linguagem-objeto e metalinguagem, ainda que sem mencioná-las expressamente. A distinção que efetua entre normas e regras de direito corresponde às mesmas necessidades que levaram Wittgenstein a falar de “uso” e “menção” e Russell de “linguagem-objeto” e “metalinguagem” (WARAT, 1984. p. 48; WARAT, 1995, p. 50). Para Kelsen, as normas de direito positivo, com respeito aos comportamentos, são expressões metalinguísticas, através das quais se pretende dar um sentido objetivo aos atos de interação social, determinando seu caráter deontico, sua significação normativa. A norma pode, desse modo, ser vista como a explicitação metalinguística do sentido social predominante das condutas humanas. O que não deixa de ser uma afirmação ideológica (WARAT, 1995. p. 50). Notamos, que através da Semiótica, o ilustre Prof. Warat demonstra que, mesmo que Kelsen quisesse se livrar das amarras das ideologias que o intérprete carrega consigo, de modo a constituir a sua ciência jurídica em sentido estrito, a utilização de Kelsen da linguagem-objeto e metalinguagem, o conduziu ao final a ter que reconhecer que a norma de direito positivo, vista como uma explicitação metalinguística do sentido social predominante daria abertura a influências ideológicas (WARAT, 1995. p. 51). Segundo Manfredo, a tarefa da filosofia consiste em pesquisar a estrutura lógica do conhecimento científico, isto é, pesquisar como conhecimentos e sentenças se vinculam logicamente. O trabalho da filosofia é, então, pesquisar logicamente conceitos, sentenças, demonstrações, hipóteses, teorias das ciências. Por essa razão, ela é fundamentalmente análise da linguagem, pois a linguagem é como que o corpo do conhecimento. As ciências empíricas pesquisam os fatos, isto é, o que é apresentado por meio da linguagem, enquanto a análise lógica, própria da filosofia, pesquisa como os fatos são apresentados por meio dos conceitos e das sentenças na linguagem. OLIVEIRA, M. A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996. p. 81.

dos Conceitos.⁵³ Contudo, com o objetivo de combater o desfalecimento do rigor lógico propagado pelo crescimento dos argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação da Jurisprudência dos Interesses e da Escola Direito Livre,⁵⁴ fortalecendo, desse modo, o método analítico proposto pelos conceitualistas.⁵⁵

Como se pode notar, a intensão kelseniana não era de todo equivocada, mas ocorre que a discricionariedade, mais tarde, encontraria um espaço para sua performance.⁵⁶ Hans Kelsen identifica o problema da interpretação do Direito muito mais na semântica do que na sintática⁵⁷, uma vez que, no momento em que o aplicador da lei verificava que o signo linguístico não aderiria ao objeto do mundo concreto, realizava um ato de vontade, produzindo a *nova norma* – e, aqui, exsurge a discricionariedade⁵⁸. Esse ato de vontade não possuía métodos

⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 215-306.

⁵⁴ Precisamente, a Teoria pura do Direito pretende nos revelar os caminhos para uma autêntica Ciência do Direito, em virtude de seu caráter anti-ideológico. Desta forma, a doutrina do positivismo jurídico procura a eliminação dos componentes ideológicos do conhecimento jurídico. A ciência como conhecimento, diz Kelsen: “tem sempre a tendência imanente de por seu objeto a descoberto. Mas a ideologia veda a realidade, ora transfigurando-a, a fim de conservá-la ou defendê-la, ora desfigurando-a, a fim de atacá-la, destruí-la ou substituí-la por outra realidade. Toda ideologia política tem suas raízes na vontade, não no conhecimento; no elemento emocional de nossa consciência, não no elemento racional. Surge de certos interesses, ou melhor, de interesses distintos do interesse pela verdade. Naturalmente que esta observação não implica em um juízo de valor sobre os interesses. Não existe a possibilidade de adotar uma decisão racional relativa a valores opostos. É precisamente desta situação que surge um conflito realmente trágico: o conflito entre a verdade, como princípio fundamental da ciência, e a justiça, como supremo *desideratum* da política”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 392-395.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

⁵⁶ Segundo Kelsen, o conceito de interpretação deriva da cisão entre a interpretação semântica, como ato de vontade criando a normas e interpretação sintática, como ato de conhecimento criando proposições (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p.392), e como Kelsen era um pessimista moral (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 67), que relativiza a moral para pensar o Direito cientificamente, as normas resultantes do ato de vontade invariavelmente forneciam ao intérprete sempre um espaço de mobilidade. Essa mobilidade do intérprete resultaria, exatamente, do problema semântico no momento da aplicação de um signo linguístico aos objetos do mundo concreto, estes que seriam afetados pela criação dessa nova norma jurídica nascida da cisão da interpretação, especificamente do ato de vontade (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 387-39), e o ato de conhecimento, por sua vez era meramente sintático, ou seja, essas proposições se relacionam de uma maneira estritamente lógico-formal, num plano de uma metalinguagem.

⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p.387-397.

⁵⁸ Vontade e discricionariedade são faces da mesma moeda. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Hermenêutico**. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 53). O cientista, no entanto, realizava um ato de

ou critérios para a produção da nova norma, podendo, inclusive, ultrapassar a “moldura-ideia-imagem”⁵⁹. A hipotética alegoria seria seguida por Herbert Hart⁶⁰ com o nome de textura aberta⁶¹ e, do mesmo modo, seguida por Robert Alexy,

conhecimento descritivo, uma vez que somente descrevia as normas produzidas pela autoridade jurídica criando *proposições*. O modelo de juiz kelseniano não possuía qualquer método ou critérios para a produção da nova norma derivada do ato de vontade, podendo, inclusive, ultrapassar a referida “moldura-ideia-imagem” da norma superior, pois, no positivismo-normativista, o juiz produzia normas. Devido à característica relativista da moral kelseniana, as normas — que exsurtem de um ato de vontade (do legislador e do juiz na sentença) — terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico — por meio do qual a norma superior se manifesta — aos objetos do mundo concreto, que serão afetados pela criação de uma nova norma – vontade. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 388)

⁵⁹ A ideia de discricionariedade do intérprete se origina a partir da metáfora kelseniana de “moldura-ideia-imagem” da norma superior, fato que amplia os problemas semânticos da interpretação. Kelsen não era um positivista exegético, pelo contrário, o seu positivismo era normativista. Ele não separa o direito da moral, mas sim, a ciência do direito da moral. Juiz não faz ciência e, sim política jurídica. Sua preocupação com relação à ciência do direito é de que o intérprete tem uma ideia (ou imagem) da lei (do seu texto). Quem aplica a lei, o juiz, não tem nenhum método ou outros critérios que possam assegurar que uma aplicação é melhor que outra ou que seja correta e outra não. Desse modo, conclui-se que a interpretação kelseniana do Direito é evitada de subjetivismo, pois como se pôde notar, a produção da norma resultante do ato de vontade era aplicada dentro do espaço de mobilidade no âmbito de sua “moldura semântica”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 388).

⁶⁰ Hart dedicou os dez últimos anos de sua vida a elaborar uma resposta detalhada às objeções de Ronald Dworkin, explorando alguns dos mais recentes desenvolvimentos na teoria do direito desde a publicação da primeira edição de seu livro *O conceito de direito*, em 1961. Isso, porém, não foi possível. Hart faleceu em 1994, mas Joseph Raz e Penelope Bullock revisaram e organizaram um rascunho entregue pela família de Hart, e publicaram-no em 1994 como pós-escrito à segunda edição de *O conceito de direito*. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 199.

⁶¹ O direito não se resumiria à coerção, pois, diferentemente das ordens de um grupo de bandoleiros, por exemplo, as normas jurídicas têm validade; e, ao contrário do que se passa com outras normas sociais, as normas jurídicas têm validade jurídica. E, para Hart, a validade de uma norma ou sistema jurídico deve ser aferida exclusivamente pela forma pela qual a norma ou o sistema foi adotado – o que se chamou de teste de pedigree. (HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 326 et seq.). Nenhuma vinculação a conteúdos anteriores, como queria o jusnaturalismo, lhe seria admitida. Hart é bastante cético quanto a qualquer objetividade dos valores. Daí é que o autor lança mão da distinção entre regras primárias e secundárias: grosso modo, as primeiras seriam aquelas regras que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros de uma comunidade, enquanto as últimas determinariam os meios e instituições ou pessoas competentes para estabelecer as regras primárias (HART, 2011, p. 89-92). O conceito de direito abrangeria o conjunto dessas regras, portanto, e, em se tratando da validade do sistema, não somente das normas, Hart lança mão da Regra de Reconhecimento, uma meta-regra, à qual compete tratar das condições de validade das regras do sistema jurídico (HART, 2011, p. 111-112). Aqui, o que se está a tratar é aquilo convalidado pela tradição da teoria do Direito, isto é, a experiência interpretativa “conhece” um conceito de discricionariedade, utilizada por Hebert Hart em seu *O Conceito de Direito*. Ao enfrentar o problema da aplicação da regra jurídica, Hart apresenta a tese que no Direito existe uma “textura aberta”. Nesse ponto aparece uma diferença gritante com relação à noção de discricionariedade administrativa: nesta, o administrador está autorizado pela lei a eleger os meios necessários para determinação dos fins por ela praticado poderá ser questionado tendo em vista o princípio da legalidade; já na discricionariedade judicial, o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no Direito da comunidade política. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário**

que identificou, nessa textura aberta, o *locus* no qual assentaria os argumentos morais do direito no interior do discurso jurídico⁶².

A discricionariedade em Hart é existencial quando o autor sugere, seguindo, em linhas gerais, a metáfora kelseniana de “moldura-ideia-imagem” da norma superior⁶³, que o juiz possui o poder discricionário toda a vez que uma regra clara preestabelecida não esteja disponível.⁶⁴ Em outras palavras, Hart traz a ideia de que ter regras secundárias é o que torna o direito um objeto insuscetível de outra abordagem que não o positivismo jurídico⁶⁵. Hart, ao admitir a indefinição do Direito por meio do problema da textura aberta do Direito, reconhece o poder discricionário aos juízes:

[...] textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou funcionários, os quais

Hermenêutico. Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 55.

⁶² Robert Alexy subdivide o direito em *dimensão real* ou *fática* e *dimensão ideal* ou *crítica* do direito. A primeira dimensão daria conta das relações sociais intrínseca. Já a segunda dimensão ligada à segunda dimensão, Alexy passa a abordar a sua metódica relação entre direito e moral, afirmando que o *Direito* necessita de uma correção, e *necessariamente levanta uma pretensão de correção moral*. Robert Alexy afirma que há casos em que o discurso jurídico não dá conta, devido a sua *textura aberta* – sempre lembrando a moldura Kelseniana e textura aberta hartiana – onde a moral seria empregada subsidiariamente para resolvê-los. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 610.

⁶³ Conforme Streck, Kelsen não era um positivista exegético, pelo contrário, o seu positivismo era normativista. Ele não separa o direito da moral, mas sim, a ciência do direito da moral. Juiz não faz ciência e, sim política jurídica. Sua preocupação com relação à ciência do direito é de que o intérprete tem uma ideia (ou imagem) da lei (do seu texto). Quem aplica a lei, o juiz, não tem nenhum método ou outros critérios que possam assegurar que uma aplicação é melhor que outra ou que seja correta e outra não. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

⁶⁴ Para Kelsen, todas as questões que exurgem dos problemas práticos que envolvem a cotidianidade do Direito são menosprezados por sua teoria na perspectiva de extrair da produção desse manancial jurídico algo que possa ser cientificamente analisado do ponto de vista do ato de conhecimento. Nesse ambiente incontrolável de pensar, reside o ponto fulcral, cujas consequências podem ser sentidas mesmo em “tempos pós-positivistas”: um dos fenômenos relegados a esta espécie de “segundo nível” foi exatamente o problema da aplicação judicial do Direito. Não há uma preocupação de Kelsen nem com a interpretação, nem com a aplicação do Direito. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁵ Hart identifica na estrutura do sistema jurídico duas classes de normas, as quais denomina normas primárias e secundárias. Nesta abordagem, a união dessas duas classes normativas representa a chave para a elucidação do conceito de Direito. Entretanto, Hart somente identifica a existência de normas secundárias em um sistema jurídico desenvolvido. Nos sistemas primitivos não existiriam tais normas e estas estruturas sociais estariam integradas por regras primárias de obediência. A distinção entre normas primárias e secundárias revela outro traço característico da concepção do Direito em Hart, qual seja, o problema da obrigatoriedade jurídica. Hart vincula a existência do Direito à existência de condutas obrigatórias, não facultativas. HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 101.

determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso a caso”⁶⁶.

No caso da vagueza do conceito de repercussão geral, não se deve admitir qualquer grau de discricionariedade, pois, como já descrito anteriormente, no âmbito da interpretação judicial, não nos encontramos diante da discricionariedade administrativa. Em outras palavras, o judiciário encontra-se obstado de se utilizar da discricionariedade, uma vez que não se está a tratar de um ato administrativo sem a vestimenta da toga. Ouso, inclusive, na linha de Streck, também afirmar que aquilo que os autores anteriormente refutados aqui denominam de discricionariedade judicial, nada mais é que uma abertura criada no sistema judiciário, para, de forma velada, e muitas vezes sofisticada pela litúrgica jurídica, legitimar um resultado consequencialista, exatamente nos termos do *leading case* do Recurso Extraordinário 718.874.

Diferentemente desses autores e do ministro Luís Roberto Barroso, assim como dos autores que entendem que o conceito vago de repercussão geral deixado pelo legislador deve ser preenchido com um certo grau de discricionariedade, a teoria dworkiniana enfrenta esse dilema como integridade e coerência⁶⁷. Se é admitido o uso da discricionariedade, inclusive, pode-se admitir o uso do *plebiscito*, porque se a Suprema Corte julga por motivação política e econômicas nos casos tributários, então qual a razão de ser do controle de constitucionalidade do STF? Ao ouvir as vozes do Comsefaz no caso da ADI 5469 e do RE 1287019, o STF deixa de julgar por princípios (direito) e passa a julgar por política, isto é, com base em argumentos que anuncia uma avaliação de resultado (consequencialista). Agora, se a Corte Suprema cumpre seu dever constitucional, selecionando e julgando os casos de repercussão por princípio, o

⁶⁶ Ibid., p. 148.

⁶⁷ A linguagem é aberta, incerta, e depende do uso. Hart demonstrou ter percebido isso quando tratou dos chamados *hard cases*, aqueles para os quais não há, claramente, uma resposta no conjunto de regras da comunidade. Esses casos difíceis se manifestariam, sobretudo em razão da abertura da linguagem, o que acaba por se refletir na abertura dos textos normativos que servem de base para o intérprete-aplicador – constituídos, evidentemente, em linguagem. Exatamente aqui, Hart se depara com o problema central de sua teoria. E, nesses casos difíceis, diz Hart, porquanto o Direito, em seu modelo de regras, não estipula nenhuma solução específica, caberia ao juiz ou outra autoridade pública competente, através de seu discernimento pessoal, confeccionar uma nova regra jurídica ou complementar uma regra já existente, assim (re)aparecendo a discricionariedade do positivismo-normativista pós-kelseniano. Segundo a análise de Dworkin, até então, inexistia, para Hart, obrigação ou direito jurídico, porquanto não há uma regra jurídica válida que o pressuponha. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 28.

STF, à luz da teoria principiológica dworkiniana, reconhece a existência de um direito que está escrito no conceito mais amplo da moralidade política da moralidade política.

Dito isso, parte-se para a segunda refutação à tese defendida por Marinoni e Mitidiero, que sugere o *sopesamento*, com cautela pelos ministros do STF, no preenchimento da vagueza conceitual da repercussão geral.

Logo, quando os autores sugerem o sopesamento, trata-se de *Abwägung alexiano*, alcançado somente por meio do critério da máxima da proporcionalidade e suas três submáximas, que também não pode ser tratado de maneira rasa tal como tratam a discricionariedade.⁶⁸ Robert Alexy, ao fim e ao cabo, compreende os princípios como mandados de otimização⁶⁹, circunstância que chama à colação a subjetividade do intérprete, àquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando”

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117.

⁶⁹ Para exemplificar, tomamos o mesmo direito fundamental utilizado por Alexy no caso dos flocos de arroz. (ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. 2004. p. 43). Uma regra do Ministério Federal da Saúde, Família e Juventude proibia a venda de chocolate em pó que consistisse substancialmente de flocos de arroz. A finalidade da lei era evitar que os consumidores adquirissem o produto erradamente, pensando que estavam adquirindo cacau. Neste exemplo, temos a *colisão* entre a liberdade de profissão (P1) e a proteção ao consumidor (P2) e dois meios igualmente idôneos para resolvê-la, a saber: a proibição de venda (M1) e a colocação de uma tarja informando a composição do produto (M2). Com relação ao (P2), é indiferente a escolha entre os meios (M1) e (M2), mas, para (P1), a escolha do meio impõe uma *otimização das possibilidades fáticas*. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117). Isso se dá porque a eleição de (M2) permitirá a realização em uma maior medida de (P1) do que aquela resultante da escolha de (M1), que, no princípio, interfere de modo muito intenso. A partir desta análise, a proibição de venda (M1), apesar de adequada, revela-se muito severa ao caso. É possível adotar um meio igualmente idôneo, porém mais brando, qual seja, a colocação de uma tarja informando a composição do produto (M2). Tal tarja já é suficiente para promover a proteção ao consumidor e permite, em contrapartida, que a liberdade de profissão seja realizada na maior medida possível. O consumidor estaria sendo previamente informado de que os chocolates tinham sido fabricados com flocos de arroz e, assim, não incorreria em erro ao pensar que está adquirindo um produto composto por cacau. Em contrapartida, a colocação de um aviso informando a composição do produto constitui uma intervenção mais suave à liberdade profissional que resta otimizada na *ponderação*. Assim, diante de tal caso, cumprindo a máxima da proporcionalidade alexyana, em observância com a submáxima da necessidade, já poderíamos identificar que os meios utilizados pelo legislador para a construção dos princípios da liberdade de profissão (P1) e da proteção ao consumidor (P2) foram idôneos. Todavia, embora adequada, a norma reguladora revelou-se extremamente severa ao caso concreto, sendo que é possível adotar um meio igualmente idôneo, porém mais brando à atividade profissional da empresa. A medida impedia o funcionamento da empresa, ao invés de obrigá-la a manter a compatibilidade do produto com a tarja da embalagem, infringindo, desta maneira, com maior peso, o direito fundamental da liberdade profissional (ALEXY, 2004, p. 399).

a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete.

É preciso ter presente que, desde a publicação de sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, Alexy aceita – sem ressalvas – a tese da “textura aberta” do direito apresentada por Hart em seu *Conceito de Direito*. Dessa forma, pode-se dizer que o problema central para Alexy sempre foi explorar essa dimensão da “abertura” do direito que, ao contrário daquilo que entendia Hart, para Alexy, a dimensão de abertura era a porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais ou questões de justiça presentes naquilo que ele denomina discurso prático geral.

Não se deve esquecer, inclusive, que Alexy reconhece a possibilidade da existência de uma *discricionariedade para sopesar*, tanto uma discricionariedade estrutural do legislativo quanto a mais danosa de todas elas, a do judiciário. Tal fragilidade teórica tem suas origens na discricionariedade epistêmica, que surge quando há um desconhecimento, uma ignorância quanto ao que está ordenado, proibido ou deixado ao arbítrio do legislador, exatamente naquilo que tange ao conceito vago da repercussão geral, e que os autores refutados aqui pretendem preencher com um determinado grau de discricionariedade e um sopesamento com cautela.⁷⁰

A discricionariedade *epistêmica de tipo normativo* caracteriza-se pela incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais envolvidos. Nas palavras de Alexy,

[...] quando não se tem a certeza sobre qual a maneira apropriada para se ponderar os direitos fundamentais que estão

⁷⁰ Conforme Alexy, a *discricionariedade epistêmica empírica* relaciona-se com a cognição do legislador sobre os fatos empíricos e das suposições empíricas que fundamentam a intervenção em direitos fundamentais. (ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p.612). Para exemplificar isso, tomamos como exemplo o caso da *cannabis*, utilizado por Alexy: saber se a proibição penal dos derivados de *cannabis* se legitima depende da averiguação de se a intervenção na liberdade ocasionada com esta imputabilidade criminal é *adequada e necessária* para *diminuir os perigos associados a esta droga*. A contrário *sensu*, se não for *adequada e necessária*, a proibição estará jusfundamentalmente proibida. Para justificar a intervenção, o Tribunal Constitucional Alemão precisaria afirmar a certeza das premissas empíricas, mas a sua decisão é no sentido inverso: “não se dispõe de conhecimentos cientificamente fundados que falem necessariamente a favor da correção de uma ou uma alternativa. Com isso, deixa-se uma incerteza de ordem empírica e uma liberdade para o legislador agir se e em que medida julgar conveniente. (ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 83.)

em jogo, e se reconhece que o legislador dispõe de determinado marco, dentro do qual pode adotar uma decisão de acordo com sua própria valoração⁷¹.

A referida incerteza normativa que paira sobre os direitos fundamentais reside no *sopesamento*, uma vez que o ponto fulcral é decidir como deve ser definida a relação entre a discricionariedade estrutural e a epistêmica para *sopesar*. Por estar-se tratando de direito fundamentais, a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção deve ser tão maior quanto for a intervenção. Esse fato leva Alexy a uma segunda lei do *sopesamento*.⁷²

Na verdade, os direitos fundamentais, por um lado, podem permitir, assim como, de outro lado, podem proibir, o que, em um determinado caso, pode tornar extremamente difícil a identificação de quais os lados são mais bem fundamentados. Isso pode ocorrer num *impasse epistêmico*, em que se torna impossível sair de tal aporia sem o amparo da discricionariedade, a mácula do problema da interpretação do Direito descrito por Kelsen no capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*).⁷³

Alexy descreve que, diante do caráter aberto das normas de direito fundamental tanto do nível estrutural quanto do nível epistêmico, devem ser criadas *normas que podem ser a ela atribuídas*.⁷⁴ Contudo, sabe-se que a lei é uma norma geral e abstrata, não elaborada para um caso específico, e, sim, para

⁷¹ ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana. 2004. p. 84.

⁷² Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 617.

⁷³ Kelsen já no início do capítulo VIII da sua Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*) vai decrever que a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 389). O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 2009, p. 390).

⁷⁴ Resulta afirmar que, o resultado da ponderação não fornece a solução *stricto sensu* do caso concreto, mas cria uma outra norma de direito fundamental (norma atribuída) que possibilitará a realização da aplicação subsuntiva de uma regra ao caso. Portanto, há uma dupla via que liga ponderação e norma de direito fundamental atribuída: esta representa o resultado da ponderação realizada entre princípios colidentes e, ao mesmo tempo, a ponderação oferece o fundamento de validade da norma de direito fundamental atribuída. ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana, 2004. p. 102.

diversas situações fáticas. Diante disso, a regra não é fechada, de modo a demandar um processo moral-corretivo *a posteriori* como quer Robert Alexy; bem ao contrário, ela é aberta e porosa.⁷⁵

Portanto, a discricionariedade sugerida por Marinoni e Mitidiero, seguida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, é extremamente perigosa⁷⁶. Ainda que se sustente que os riscos da discricionariedade sejam convalidados pela exigência de 2/3 (dois a três terços) dos ministros para negar a admissibilidade do Recurso Extraordinário,⁷⁷ por coerência a integridade, na esteira de Streck, os princípios não abrem a interpretação, e, sim, fecham/limitam, afastando, inclusive, o sugerido *sopesamento* com cautela pelos ministros do STF no preenchimento da vagueza conceitual da repercussão geral. A discricionariedade acaba sendo suprimida pelos princípios que reinserem a facticidade ao direito, e o caso concreto passa a dialogar com todo o ordenamento jurídico. Nesse romance em cadeia⁷⁸, a atividade jurisdicional, por intermédio da fundamentação, é condição

⁷⁵ Continuar defendendo um fechamento das regras, (enquanto detentoras de sentidos unívocos) exaltando uma abertura dos princípios (como possibilidades infindas), representa sérios problemas, tais como: a manutenção da discricionariedade; uma tendência de inferiorizar a legislação democraticamente estabelecida e a fragilização da autonomia do direito pelo moralismo do sujeito-juiz. STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 343-367, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/8350>. Acesso em: 09 nov. 2019. p. 358.

⁷⁶ Os autores Marinoni e Mitidiero sustentam que, “**na prática, não há como negar certa discricionariedade na análise do referido instituto**, o que deverá ser sopesado com cautela pelos ministros do STF, principalmente em razão de a decisão pelo reconhecimento da repercussão geral acarretar um efeito “dominó”, ou, ainda, um efeito “pan-processual” para todas as demais causas cujas controvérsias (e não matérias) sejam idênticas (art.543-B, § 2º (CPC-1973) - atualmente Art. 1.039 (CPC-2015)), pois, se o legislador entendeu por bem impor requisitos para o reconhecimento da repercussão geral, isso significa que qualquer decisão deverá ser fundamentada, ainda que com certo tom de discricionariedade, o que é inerente à carga valorativa da decisão a ser proferida”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 54, grifo nosso.

⁷⁷ Conforme o Ministro Luís Roberto Barroso: “É possível a negativa de repercussão geral com efeitos limitados ao caso concreto e motivação sumária. O juízo de repercussão geral tem uma dimensão comparativa e inelutavelmente discricionária. A fundamentação objetiva é expressamente admitida pelo Código de Processo Civil para esse caso e o risco de arbitrariedade é minimizado pela exigência do *quorum* de 2/3 (dois terços)”. BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedoni. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 696-713, dez. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4824/3615>. Acesso em: 07 jun. 2019.

⁷⁸ O romance em cadeia é uma metáfora que compara o texto literário ao direito. Assim, cada romancista recebe os capítulos anteriores para interpretar e, a partir daí, escrever seu próprio capítulo. Essa produção deve preservar a unidade e harmonia da obra como um todo, como se ela fosse elaborada por um único autor. É nesse sentido que o juiz é considerado autor do direito, mas também seu crítico: Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos [...] introduzindo

de possibilidade, e o sentido passa, antes discricionário, a ser intersubjetivamente controlado, que resulta, ao fim e ao cabo, na coerência e na integridade do direito.

Convém destacar, em virtude dessas considerações, o modo como tudo isso ocorre na eleição das questões de repercussão geral. Quando o ministro decide por princípios, conforme aqui defendido, a Suprema Corte reconhece a existência de um direito entre as partes, que está explícito no mais alto contexto da moralidade da comunidade política.⁷⁹ No âmbito do STF, isso se torna mais sensível, em razão da abrangência de suas decisões. Quando a Suprema Corte seleciona ou deixa de selecionar uma questão de repercussão geral por razões política/econômica/moral, ela deixa de reconhecer um direito preexistente, mas o reconhece em razão da discricionariedade defendida pelo Ministro Barroso. Ao fim e ao cabo, estará prestes a anunciar um resultado consequencialista⁸⁰. Isso é grave para Democracia, uma vez que se entende a Constituição Federal como um trunfo contra majoritário⁸¹, e esse será um dos problemas incontornáveis do

acréscimos na tradição que interpretam [...] Se for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 275-277). Dworkin compara a interpretação jurídica à interpretação de textos literários, e utiliza-se da metáfora do Direito enquanto um “romance em cadeia”. Partindo do contexto integrativo dworkiniano, o juiz, sempre diante de um caso concreto, deve analisar casos anteriores parecidos com o seu, tendo em vista que a prática de interpretação do Direito precisa considerar tanto o passado (tradição), sob o olhar do presente (fusão de horizontes gadameriana) sem principalmente deixar de observar os reflexos para o futuro do Direito. Notadamente, uma continuidade da hermenêutica filosófica gadameriana ligada à compreensão da historicidade do mundo vivido, assim como da concretização da norma de Friedrich Müller, em que a norma jurídica exsurge, sempre, inevitavelmente da aplicação no caso concreto. SILVA, Vinicius Ferrasso da. **Interrogatório Penal**. Garantismo Processual e Tutela dos Interessados no Interrogatório Penal. Curitiba: Juruá, 2016. p. 158.

⁷⁹ Escolher a interpretação que melhor se apresenta à luz da comunidade de princípios, quando se aceita o direito como integridade, na verdade não representa escolha alguma; é, sim, um dever de *accountability* imposto pela doutrina da responsabilidade política. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de J. L. Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁸⁰ Convém destacar, que Dworkin em diálogo com Richard Posner, chega a aceitar um grau de consequencialismo, isso não é uma contradição, mas sim, um refinamento da teoria principiológica dworkiniana para enfrentar os argumentos econômicos como um fim para paz social sugerido por Posner. (POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011). Dworkin não é consequencialista no sentido de Posner que faz a análise econômica do direito, mas no sentido de afirmar que o juiz tem a responsabilidade política com os princípios. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de L. C. Borges. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

⁸¹ O termo “contra majoritário” no sentido de defender o denominado povo “ícone”, que para Darci Guimarães Ribeiro é o povo mais presente povo e mais sorrelfo deles. É aquele que é invocado, mas que nunca se vê. É aquele cuja legitimidade não se faz presente no sistema. E se traduz naquela imagem de povo que é verbalizada pelos seus representantes e cujas decisões não são atribuíveis ao próprio povo em termos de direito vigente, mas, tão somente, como palavra vã de

uso do sistema de IA na seleção das questões de repercussão geral. Além de lidar-se com o viesse algorítmico do próprio sistema de IA, tem-se que, antes disso, lidar-se com o viesse cognitivo do julgador.

O fato de afastar a discricionariedade é verdadeiramente impedir que a Corte Suprema se utilize de argumentos de política/econômica/moral. Isto é, conforme segure Dworkin, por meio da aplicação principiológica levando os Direitos à Sério.⁸²

Por fim, a admissão de qualquer grau de discricionariedade tornar-se-ia incontrolável dentro de um Estado Democrático de Direito, e isso é inadmissível para uma democracia plena, porque daria azo ao julgador para apostas supervenientes em fatores exógenos ao direito, ou seja, ao conseqüencialismo de ocasião. A exemplo, verificar-se-á, no próximo subcapítulo, que o STF tratou da contribuição do Funrural no ano de 2011 quando declarou a inconstitucionalidade da contribuição no RE 596.177. Depois de longos sete anos, muito provavelmente em razão de aspectos econômicos pró-governo (déficit da previdência social), no Recurso Extraordinário 718.874, o Plenário voltou a tratar do tema em regime de repercussão geral. Dessa vez, interpretou como válida a contribuição social de pessoa física ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (Funrural), inclusive, exigindo a cobrança *ex-tunc* dos contribuintes, que, em razão do RE 596.177, deixaram de recolher a referida contribuição.

A problemática da discricionariedade reflete em diversos casos tributários, precipuamente pelo fato de a Suprema Corte rotineiramente utilizar-se dos aspectos conseqüencialistas políticos e econômicos. Assim, no próximo subcapítulo, destaca-se o caso da contribuição do Funrural; esse *leading case* é utilizado para representar outros tantos casos tributários, que muito embora quando julgado não havia ainda a previsão da inserção do sistema de IA Victor. Contudo, o exemplo guarda relação direta com o sistema de IA a ser construído no âmbito do STF, uma vez que ele será utilizado para a construção do *data set*, que, ao fim ao cabo, estará ancorando um algoritmo enviesado no aprendizado

falsa legitimidade. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

de máquina do sistema de IA no processamento dos Recursos Extraordinários já na origem – aqui denominado de viesse cognitivo.⁸³

⁸³ [...] vieses de cognição são fenômenos da (ir)racionalidade humana, estudados pelos psicólogos cognitivos e comportamentais, e representam os desvios cognitivos decorrentes de equívocos em simplificações (heurísticas) realizadas pela mente humana diante de questões que necessitariam de um raciocínio complexo para serem respondidas. Tais simplificações (heurísticas do pensamento) são um atalho cognitivo de que se vale a mente para facilitar uma série de atividades do dia a dia, inclusive no tocante à tomada de decisão. Nesse sentido, é possível afirmar que as heurísticas sejam mesmo automatismos inconscientes (sistema 1: rápido e instintivo) decorrentes da base de experiências e conhecimentos acumulados ao longo da vida, que permitem que as pessoas amarrem seus sapatos, dirijam seus veículos, bebam um copo d'água ou realizem uma caminhada sem despender grande esforço mental em torno de tais atividades. Entretanto, há situações, sobretudo as que envolvem um raciocínio mais complexo (sistema 2: lento, deliberativo e oneroso), em que as heurísticas do pensamento (automatismos mentais) podem gerar distorções cognitivas (vieses), levando a resultados sub-ótimos. São inúmeros os vieses de cognição identificados e catalogados pela doutrina. (NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPodivm, 2018. (no prelo),)