

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

GIOVANNI PAES DUARTE

**A UTILIZAÇÃO DE VALORES PESSOAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS E A  
INSEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL**

BELÉM  
2022

GIOVANNI PAES DUARTE

**A UTILIZAÇÃO DE VALORES PESSOAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS E A  
INSEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau em Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fiuza De Mello Mendes Filho

BELÉM  
2022

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**Biblioteca do CESUPA, Belém – PA**

---

D812a Duarte, Giovanni Paes.

A utilização de valores pessoais nas decisões judiciais e a insegurança jurídica no Brasil / Giovanni Paes Duarte. – Belém, 2022.

22p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário do Estado do Pará, Bacharelado em Direito, Belém, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fiúza de Mello Mendes Filho.

1. Filosofia do direito. 2. Teoria do direito. I. Mendes Filho, Sérgio Fiúza de Mello (orient.). II. Título.

CDD 340.1

GIOVANNI PAES DUARTE

**A UTILIZAÇÃO DE VALORES PESSOAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS E A  
INSEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
como requisito parcial para obtenção de grau em  
Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário  
do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Fiuza De Mello  
Mendes Filho

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Conceito:

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. Sérgio Fiuza de Mello Mendes Filho – Orientador

Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

---

Nome com titulação  
Instituição a que pertence

---

Nome com titulação  
Instituição a que pertence

# **A UTILIZAÇÃO DE VALORES PESSOAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS E A INSEGURANÇA JURIDICA NO BRASIL**

## **THE USE OF OWN VALUES IN LEGAL DECISIONS AND LEGAL INSECURITY IN BRAZIL**

Giovanni Paes Duarte<sup>1</sup>

Sérgio Fiuza De Mello Mendes Filho<sup>2</sup>

### **RESUMO**

A pesquisa visa analisar decisões jurídica no Brasil, debatendo suas fundamentações utilizando principalmente a visão de Ronald Dworkin sobre o tema e casos concretos, demonstrando que muitas vezes o advogado fica à mercê de valores pessoais do julgador e, mesmo na visão de um filósofo que tem uma interpretação não restritiva da lei, estaria longe de compartilhar a visão do judiciário brasileiro. As fontes da metodologia utilizada foram as pesquisas de doutrina, artigos científicos, legislação e jurisprudência brasileiras. A conclusão do estudo é a demonstração da necessidade de mudar o pensamento do judiciário brasileiro, fazendo-os não quererem mudar o direito já existente e, sim, aplicar o direito já existente ao caso concreto.

**Palavra-chave:** Filosofia do direito; Princípios; Teoria do direito; Segurança jurídica.

### **ABSTRACT**

The research aims to analyze legal decisions in Brazil, debating their foundations using mainly Ronald Dworkin's view on the subject and concrete cases, demonstrating that the lawyer is often at the mercy of the judge's personal values and, even in the view of a philosopher who has a non-restrictive interpretation of the law would be far from sharing the view of the Brazilian judiciary. The sources of the methodology used were research on doctrine, scientific articles, legislation and Brazilian jurisprudence. The conclusion of the study is the demonstration of the need to change the thinking of the Brazilian judiciary, making them not want to change the existing law and, yes, apply the existing law to the concrete case.

**Key words:** Philosophy of law; Principles; Theory of Law; Legal certainty.

<sup>1</sup> Aluno do curso de graduação Bacharelado em Direito, turma Di9TB, giovanni18060101@aluno.cesupa.br. Matrícula 18060101

<sup>2</sup> Professor orientador. Doutor em Direito.

## 1 INTRODUÇÃO

A insegurança jurídica é um grande problema do sistema jurídico brasileiro, fazendo advogados ficarem à mercê da vontade pessoal do julgador, de modo que seus clientes, mesmo sendo possuidores de um direito previsto constitucionalmente como fundamental, não têm garantias de uma decisão favorável, gerando divergência nas decisões e imprevisibilidade.

É fato que é natural não haver garantias de uma decisão certa em um sistema judiciário, podendo, sim, variar de caso para caso principalmente durante o andamento de um processo, porém sempre tentando se manter dentro das previsões legais do sistema o máximo possível, para assim garantir a igualdade de tratamento das decisões judiciais e o juiz não extrapolar o seu papel como julgador.

Por conta disso se torna necessário estabelecer limites para os critérios de realização da interpretação jurídica no Brasil, fazendo as decisões deixarem de serem a aplicação de um pensamento puramente fruto da consciência do julgador. Vê-se que nem mesmo a obrigação legal de fundamentar, especificada pelo Código de Processo Civil em 2015, se mostrou efetiva nesse quesito.

Deixando assim clara a necessidade de limitar a interpretação dos juízes sobre a lei, impedindo que qualquer fundamentação lógica sirva para decisões diferentes, fazendo assim o direito se tornar algo mais preciso e igualitário.

Porém nesse tema também será necessário discutir-se qual o papel do juiz, afinal muitos irão defender que seu papel deveria ser justamente ir atrás da decisão mais justa mesmo que isso acarretasse em transformar o direito para se adequar ao caso.

Outros defenderão que o papel do juiz deveria ser, sim, aplicar a lei, mesmo que isso acarretasse em uma decisão de cunho moral mais duvidoso do caso.

Com isso torna-se necessário o levantamento do debate sobre a função dos juizes e a metodologia que os mesmos deveriam adotar para as suas fundamentações.

Por isso a seguinte pesquisa então se propõe demonstrar a visão de Dworkin sobre essas disparidades e sobre qual seria a hipotética visão dele sobre a insegurança jurídica do Brasil e com isso responder as questões sobre os papes dos juízes no direito.

Para isso será utilizado como parâmetro suas opiniões de casos em que o próprio analisou e sobre sua visão do qual o papel do juiz no direito demonstrado principalmente no livro O império do Direito e comprar isso com o estilo de fundamentação usado no judiciário brasileiro, e por fim propor um modelo de interpretação do direito que seria mais adequado para as decisões judiciais.

## **2 O QUE É DIREITO?**

Para começar a análise, devemos discutir sobre o que é o direito e quais as suas finalidades. Porém, a investigação mais precisa sobre pergunta demandaria uma pesquisa muito mais extensa sobre o assunto sendo necessário não analisar apenas o judiciário, que seria apenas um dos pilares dos direito, mas também do legislativo e do executivo por exemplo, o que conseqüentemente iria perder o foco do artigo e demandar uma pesquisa muito mais aprofundada sobre o assunto em específico. Mas, então, qual a relevância desse conceito para a insegurança jurídica no Brasil?

Para Dworkin, isso seria basicamente o motivo das divergências entre as decisões judiciais afirmando o seguinte:

[...] Se dois advogados estão de fato seguindo regras diferentes ao empregar a palavra “direito”, usando critérios factuais diferentes para decidir quando uma proposição jurídica é verdadeira ou falsa, então cada qual deve ter em mente algo diferente quando afirma o que é direito. [...] (DWORKIN, 2007, p. 53).

Logo fica claro que divergências doutrinárias são geradas pela divergência sobre a visão do que é direito, o que conseqüentemente gera divergências nas visões das decisões jurídicas e com isso, a insegurança jurídica.

Obviamente se uma resposta definitiva fosse facilmente alcançada esse artigo provavelmente nem existiria, principalmente se tratando sobre o que o direito deveria ser, e para isso iremos analisar principalmente a visão de Dworkin.

### **2.1 POR QUE DWORKIN?**

Muitos devem estar se perguntando por que Dworkin foi escolhido como modelo para criar uma solução de insegurança jurídica, principalmente se considerarmos que ele

era contra o positivismo jurídico de Hart, que defendia um sistema com uma interpretação de lei mais rígida, que acarretaria em uma menor insegurança jurídica, porém não acho que seria a teoria certa para analisar o direito principalmente por acreditar que esta não conseguiria cobrir os *hard cases* como o próprio Dworkin alegava em seu trabalho.

Deixo claro que concordo que caso os juízes adotassem o positivismo de Hart a segurança jurídica seria maior que a do sistema proposto por Dworkin, principalmente por que haveria uma ideia mais objetiva do que é o direito, e principalmente o papel do judiciário em cada caso com um espaço de interpretação menor.

Contudo concordo com Dworkin que Hart, ao não considerar os princípios e os métodos para chegar à intenção do legislador, está ignorando uma grande parte dos direitos e o limitando muito em sua questão prática, claro não estou menosprezando seu trabalho pelo contrário são admiráveis suas ideias e suas conclusões, porém quando deparadas pelos *hard cases* é perceptível a falta da utilização dos princípios, e principalmente para demonstrar que mesmo numa teoria menos “rígida” o judiciário Brasileiro ainda extrapola sua função com excessivas intervenções de pensamentos pessoais nas decisões.

Por conta disso, fiquei com a visão de Dworkin sobre o direito para analisar soluções para a insegurança jurídica no Brasil e para começar iremos analisar primeiro casos utilizados como exemplo pelo mesmo para a sua definição de direito.

## 2.2 POSITIVISMO

O positivismo visa enxergar o direito como simples questão de fato, afirmando que advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora nem tão notoriamente) para identificar o que é o direito. Os teóricos positivistas divergem sobre esses quais seriam esses critérios, porém destaca-se 2 pensamentos dessa doutrina.

O primeiro seria a visão de John Austin, um acadêmico inglês que dizia que o direito é formado pela vontade de um grupo de soberanos de uma sociedade, o que gerou vários debates, questionando se leis que regulamentam certos atos seriam realmente ordens como a de testamentos, e se numa democracia como dos Estados Unidos se realmente existiam soberanos, afinal o próprio povo tem o poder de alterar a Constituição. Apesar de ter várias lacunas ainda tem certa força na doutrina.

O principal aperfeiçoamento desse debate veio com as mudanças de Hart no livro “O conceito de direito”, que refutava a opinião de Austin sobre a autoridade jurídica ser algo puramente físico de comando e obediência habituais, afirmou que os fundamentos do direito vinham da aceitação das regras, que seriam validadas por uma “regra de reconhecimento”, a qual atribuiria a pessoas ou grupos a capacidade de criar leis. Logo as leis não seriam obedecidas por causa de comando de uma autoridade e sim por causa de uma aceitação social da comunidade sobre essa regra.

Porém, Dworkin critica a teoria de Hart ao perguntar sobre em que consistiria essa aceitação, alegando que muitos oficiais do governo alemão obedeciam às ordens de Hitler pelo medo de serem castigados, logo se para Hart isso fosse uma aceitação não haveria em tese diferença entre a sua teoria e a de Austin, pois não haveria diferença entre um grupo que aceita uma regra de reconhecimento e um grupo que segue uma regra por medo.

Caso alegasse não ser uma aceitação, estaria afirmando que não haveria direito na Alemanha nazista, e que nenhuma posição jurídica seria válida, assim como em qualquer lugar com o mesmo método, ainda que malévolo ou impopular como a maioria das pessoas reconhecem.

### 2.3 CASO ELMER

Nesse caso Elmer tinha o conhecimento que seu avô o tinha declarado seu maior herdeiro em seu testamento, porém após o avô se casar novamente com outra mulher Elmer temendo uma mudança no testamento o envenenou, após a revelação do caso suas duas filhas entraram com uma ação contra Elmer alegando que no testamento em caso da morte de Elmer elas seriam as legítimas sucessoras dos bens, e como Elmer assassinou seu avô ele deveria ser retirado do testamento, passando os bens para elas.

O caso gerou uma grande discussão afinal não havia uma previsão legal que excluísse Elmer de fato do testamento, o que gerou uma divergência entre os juízes sobre a correta resolução para o caso, defendendo Elmer o juiz Gray foi favorável a uma interpretação literal da lei, alegando não haver nenhuma exceção da lei que o retirasse do testamento, alegava também que já existia punição em lei para o crime cometido e que seria uma quebra do direito punir alguém pelo mesmo ato duas vezes e que não se poderia aplicar punições que não estivessem previstas em lei.

Do outro lado tínhamos o juiz Earl, que foi seguido pela maioria, o mesmo alegava a necessidade de interpretar a “verdadeira lei” e aplicá-la para o caso, o mesmo era contra Elmer e defendia sua retirada do testamento, afirmava que não havia uma previsão legal para o caso, pois não haveria como um legislador prever a possibilidade em questão na hora que criou a lei por ser algo muito excepcional, alegava que como a finalidade da lei era obedecer a vontade das pessoas sobre o destino dos bens após sua morte, é plenamente aceitável que a vítima não iria querer seus bens para o próprio assassino, além disso defendeu a tese de que criminosos não podem ser beneficiados pelos seus crimes e que isso seria errado pelos princípios do direito.

Alguns podem achar um absurdo o posicionamento de Gray mas ainda é um posicionamento válido para o caso, principalmente que por não sabermos o que se passava na cabeça do avô de Elmer, é possível ainda supor que ele desejasse que o mesmo recebesse a herança, principalmente por não ter deixado prevista nenhum tipo de condição para o neto perder essa herança, demonstrando que é possível ter uma posição diferente utilizando a mesma visão de Earl.

O caso foi encerrado com a decisão desfavorecendo Elmer e o retirando do testamento com a maioria dos votos para o juiz Earl e apenas um voto para Gray.

Observa-se que Earl, apesar de não utilizar de uma interpretação literal da lei, acaba não fugindo da sua finalidade, além disso não utiliza em sua argumentação questões morais subjetivas, se preocupando principalmente com a finalidade do texto da lei.

#### 2.4 CASO SNAIL DARTER

Em 1973, o congresso dos Estados Unidos promulgou a Lei das Espécies Ameaçadas, ela autorizava o ministro do interior a declarar espécies em extinção e com isso exigiria que todos os departamentos do governo tomassem todas as medidas necessárias para que as ações autorizadas, financiadas e executadas não coloquem em risco a existência de tal espécie.

Então um grupo de preservacionistas do Tennessee estavam se opondo a um projeto de uma barragem da Administração do Vale do Tennessee, não alegando ser por causa de uma espécie em extinção, e sim por causa das alterações geográficas locais que isso acarretaria para produzir de acordo com eles um aumento de energia hidrelétrica desnecessário, e após esse grupo descobrir de uma barragem quase concluída que havia

custado mais de 100 milhões de dólares estava ameaçando o único habitat do snail darter, um peixe de 7,5 cm que nada teria de interesse biológico ou participação importante em cadeia alimentar. Sabendo disso convenceram o ministro a reconhecer a espécie em perigo de extinção e parar a conclusão da barragem.

Após isso, a Administração do Vale argumentou que quando a lei diz sobre autorizar, financiar e executar ações ela não deveria englobar projetos que estariam em sua fase final e, sim, ser interpretada apenas para projetos em suas fases iniciais, logo afirmava que pelos grandes custos que houve com o projeto ele deveria ser finalizado.

A Suprema Corte então decidiu que a barragem fosse interrompida, apesar dos desperdícios de recursos públicos que isso acarretaria, o juiz Warren Burger que teve seu voto acompanhado da maioria dos juízes, alegava que quando um texto for claro não cabe aos juízes não o aplicar independentemente de acreditarem que os resultados seriam “tolos”, lembrando muito o posicionamento de Gray no caso anterior, porém no caso Burger reconhecia até a importância da intenção do legislativo na criação da lei para a escolha da interpretação correta, porém diferente de Earl não achava que a possível troca do texto da lei pelos legisladores perante o caso concreto afirmou que “não cabe a nós, especular e muito menos agir, com base na questão de se o congresso teria alterado sua posição se os eventos específicos desse caso tivessem sido previstos” (Dworkin, 2007, p.27).

O juiz Lewis Powell apresentou um voto um pouco divergente, afirmava que deveria ser cumprido o significado contextual do texto, por mais estranhas e absurdas que as consequências disso acarretassem, alegava que não era necessária uma mudança de interpretação da lei, pois era clara a intenção dos legisladores de preservarem as espécies em extinção, não deixando limitações sobre impactos nos recursos públicos sobre isso, votando pela interrupção da obra, assim como Burger.

Observa-se que nesse caso apesar das divergências entre os dois juízes e inclusive com uma divergência parecida com a do caso anterior sendo Burger com uma interpretação mais parecida com a de Gray e Powell parecido com Earl, os dois (Burger e Powell) concordaram pela interrupção da obra e que a Corte deveria seguir a lei e cessar a construção da barragem.

## 2.5 DIREITO NATURAL E REALISMO JURIDICO

Foram criados dois grupos que seriam os principais rivais da teoria positivista, o primeiro seriam os defensores do direito natural.

O grupo mais radical dessa teoria defende que o direito e a justiça são idênticos, logo toda proposição jurídica injusta seria falsa, Dworkin critica essa teoria afirmando que vai de encontro com o que é dito frequentemente pelos advogados, dando exemplo que muitos acham que o imposto de renda progressivo é injusto, mas ninguém põem em dúvida que a lei que prevê isso.

O segundo grupo seria do realismo jurídico que afirma que a visão do direito irá depender do contexto, sendo afirmado por alguns que o direito pode até não existir, e que o resultado dependeria até do que o juiz tomou em seu café da manhã, ou seja que seria a pura manifestação da vontade do juiz, porém Dworkin critica afirmando que é comum advogados preverem decisões judiciais e que juízes as vezes acrescentam em suas decisões que discordam do direito atual e da decisão, e que é necessário de uma mudança legislativa.

### **3 A FINALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO**

Como demonstrado anteriormente é inevitável a discordância entre juízes principalmente pela discordância da função dos mesmos no direito, porém é claro que um juiz deve ter um limite para a conclusão de suas decisões, caso contrário acabará extrapolando seu papel e fazendo o papel de legislador, o que poderia caracterizá-los até como tiranos.

Por terem consciência disso, reparem que todos eles não argumentaram de maneira que fugisse da vontade dos legisladores, afinal para eles é algo inegável que o juiz deve estar submetido às leis feitas pelo legislador, claro ambos discordam sobre qual seria exatamente essa submissão as leis, seja utilizando uma interpretação puramente do seu texto, ou da finalidade que o legislador a criou, ficando claro que ambos querem saber sobre a “verdadeira lei” que devem aplicar, ou seja eles não estão atras de cumprir uma moralidade própria subjetiva, e sim seguir a sua função em cumprir a lei criada pelos legisladores.

Obviamente como já mencionado o objetivo da pesquisa não é selecionar apenas um tipo interpretação e fazê-la ser um padrão absoluto entre os juízes brasileiros, tanto por uma questão do nível de complexidade que essa discussão necessitaria, que não

caberia nesse artigo científico, quanto por uma questão de aplicabilidade, afinal o próprio Dworkin não se propõem a isso em sua obra e inclusive afirma que Hércules, que será apresentado mais a frente, não está limitado a usar um estilo de interpretação, sendo necessário molda-lo de acordo com o caso.

### 3.1 JUIZ HÉRCULES

Para demonstrar sua visão do direito Dworkin cria um juiz imaginário que seria perfeito, tendo capacidades sobre humanas inclusive, a ideia seria ele ser uma espécie de modelo perfeito que o juízes deveriam tentar replicar, claro não é como se os juízes fossem copiar Hércules e suas decisões, até por que como já dito ele seria uma pessoa sobre-humana por si só, mas também por que o próprio Dworkin reconhece que pode estar errado sobre as questões respondidas por ele como dito no seu livro “O império do direito”:

[...] Não devemos supor que suas respostas às várias questões que se lhe apresentam definem o direito como integridade como uma concepção geral do direito. São as respostas que, no momento, me parecem as melhores. Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele às perguntas colocadas por essa concepção de direito. Você poderia achar que outras respostas seriam melhores. (Eu também, depois de alguma reflexão.) [...] (DWORKIN, 2007, p. 287).

Dworkin argumentará inclusive que Hércules foge das classificações acadêmicas padrões principalmente por ele adaptar seu método de interpretação para cada caso:

Hércules, portanto, foge à classificação acadêmica padrão dos juízes. Afinal, se se encaixasse claramente em alguma das categorias populares não seria Hércules. Será ele muito conservador? Ou demasiado liberal ou progressista? O leitor ainda não tem como dizê-lo, pois seu julgamento dependeria do quão próximas suas convicções estivessem das de Hércules na vasta gama dos diferentes tipos de convicções que envolve uma interpretação da prática constitucional. Isso porque ainda não fiz uma exposição suficiente das convicções de Hércules, nem mostrei de que modo elas poderiam ser utilizadas

para garantir um procedimento justo nos processos criminais, ou nos casos que envolvem a liberdade de expressão, ou ainda, naqueles que dizem respeito à divisão dos distritos eleitorais e ao bom andamento das eleições. [...] (DWORKIN, 2007, p. 475).

O que faz completo sentido, se ele fosse encaixado facilmente nessas categorias não poderíamos dizer que Hércules seria um juiz capaz de alcançar as respostas ideais de todos os casos, além de que seria apenas um juiz comum.

Por ser um juiz muito criterioso e metódico, utilizando em suas análises, se necessário, até os fundamentos dos votos dos legisladores da época para alcançar a melhor interpretação da lei, afinal ele pressupõe que os argumentos serem representações do estado mental deles.

[...] Quando um amigo diz algo, podemos perguntar: "O que ele quis dizer com isso?", e pensar que nossa resposta a essa pergunta descreve algo a respeito de seu estado de espírito quando ele falou, alguma idéia que queria nos comunicar ao falar do modo como o fez. Wittgenstein e outros filósofos alertam-nos contra a má interpretação grosseira dessa imagem. Ter um pensamento e escolher palavras para representá-lo não são duas atividades distintas. Tampouco as pessoas são livres para expressar o que querem através das palavras que utilizam, de modo que a pergunta "O que ele quis dizer com isso?" não indaga somente o que ele tinha em mente quando falou. Mas a imagem serve bastante bem como uma descrição tosca de como concebemos o problema de entender alguém que se expressou de maneira ambígua, e a teoria da intenção do locutor propõe que utilizemos a mesma imagem para a legislação ambígua ou obscura. [...] (DWORKIN, 2007, p. 379-380).

O que lembra muito o pensamento de alcançar a “verdadeira lei”, que seria a metodologia da intenção do legislador, porém o método de Hércules é um pouco mais complexo, pois além de analisar a intenção pelo texto da lei e os votos como dito anteriormente, consegue analisar as esperanças e expectativas através do cenário político da época, sendo possível justamente pela sua capacidade sobre-humana.

Dworkin também coloca certa subjetividade no método de Hércules, principalmente por reconhecer que é possível alcançar mais de uma resposta através de seu método, como já dito anteriormente, afirmando que esse juízo de valor pessoal se faz necessário em certos casos, alegando que esse juízo de valor ajudaria Hércules a defender melhor seu ponto de vista, claro utilizando isso de maneira razoável, sendo apenas cabível em casos “obscuros” como descreve o autor.

O qualificativo obscuro é mais o resultado que a ocasião do método de Hércules para interpretar as leis. Só chamaremos uma lei de obscura quando acharmos que existem bons argumentos para cada uma das duas interpretações em confronto. Isso explica por que ninguém mesmo que considere tola a Lei das Espécies Ameaçadas se vê tentado a dizer que é obscuro saber se essa lei atribui ao ministro o poder de interromper qualquer projeto. Nenhuma interpretação decente da lei poderia sugerir que ela não prescreve nada [...] (DWORKIN, 2007, p. 421)

Claro mesmo em casos em que é cabível essa intervenção de uma moralidade subjetiva do juiz, ainda se tem um limite de o quanto isso deve interferir na decisão deixando isso bem claro quando diz que “Hércules respeita a integridade do texto legal, de modo que não irá pensar que aprimora uma lei só por projetar nela suas próprias convicções” (DWORKIN, 2007, p. 409).

Logo essa moralidade usada não deve interferir na decisão a ponto de se sobrepor ao texto da lei, e claro que também é limitado por princípios até certo ponto, sendo apenas cabível se a construções dos argumentos para essa conclusão seja baseada em critérios aceitos comumente pelos juristas.

[...] Mas só poderá considerar fraudulento ou (gramaticalmente incorreto) o uso que Hércules faz de "direito" se padecer do aguilhão semântico, somente se admitir que as afirmações jurídicas ficam, de algum modo, deslocadas quando não são diretamente extraídas de um conjunto de critérios factuais para o direito aceitos por todos os juristas competentes. (DWORKIN, 2007, p. 313).

Com isso fica clara a ideia de que sim, é cabível para um juiz se posicionar de acordo com sua moral, porém apenas em casos “obscuros”, sendo incabível esse tipo de posicionamento em casos onde o texto da lei tenha uma aplicação clara sobre o fato, e mesmo nos casos obscuros não se deve de forma alguma tentar elaborar uma decisão apenas através de suas próprias convicções, sendo necessária uma argumentação objetiva e com parâmetros plausíveis utilizados no direito.

#### **4 EXEMPLOS DE DECISÕES JURÍDICAS NO BRASIL**

Nesse tópico iremos analisar certas decisões judiciais feitas no Brasil e as suas fundamentações seguindo a linha das discussões anteriores, com isso iremos demonstrar a visão dos juízes brasileiros sobre o direito e por que isso gera o cenário de insegurança jurídica atual no Brasil.

##### **4.1 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 279.889 - AL (2001/0154059-3)**

O caso desses embargos de divergência foram que a Fazenda Nacional os apresentou contra um acórdão proferido pela Primeira Turma do STJ que a referida decisão se encontra em discordância com a jurisprudência da Corte Especial, que vem decidindo pelo cabimento dos embargos de divergência opostos contra acórdão exarado em agravo regimental que aprecia o mérito da controvérsia, a mesma afirma que o entendimento seria oposto ao decidido pela 2ª Turma no REsp. 250.204/DF.

Apesar do STJ ter dado provimento ao Agravo, não será o foco da análise o resultado do mérito da questão, o que chama a atenção para o caso é a forma que os ministros fundamentaram seus votos com grande destaque ao voto do Ministro Humberto Gomes de Barros que fundamentou seu voto dizendo:

**Não me importa o que pensam os doutrinadores.** Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme **minha consciência**. Precisamos estabelecer nossa **autonomia intelectual**, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento

do Superior Tribunal de Justiça, e **a doutrina que se amolde a ele**. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

Observa-se que o ministro utilizou de muitos aspectos morais pessoais para fundamentar a decisão alegando inclusive indiferença sobre os doutrinadores, demonstrando um total descaso com a segurança jurídica no caso, e o que mais assusta a atitude veio de um ministro do STJ que inclusive teve apoio da maioria na votação em questão.

Ou seja, um juiz ou ministro que seja, ao ver esse tipo de argumentação, poderá facilmente concluir que a finalidade de um julgador é utilizar seus parâmetros morais pessoais em seu julgamento, o que acarreta em uma enorme insegurança jurídica.

Claro, esse tipo de fundamentação geralmente vem acompanhado de um desejo de justiça e transformar o juiz em um herói, porém a consequência disso seria que o direito se tornaria um verdadeiro jogo de sorte, como previsto pois o requerente ficaria dependendo de qual julgador seu pedido iria ser julgado e inclusive o estado de pensamento atual desse julgador como inclusive defendido por Dworkin “A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte.” (DWORKIN, 2007, p. 3), logo o voto se demonstra bem irresponsável ao apoiar esse tipo de visão de um julgador.

#### **4.1.1 HÉRCULES APLICADO AO CASO EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 279.889 - AL (2001/0154059-3)**

Nesse acredito que nesse caso Hercules iria concordar com a decisão da turma do STJ, porém não utilizaria o tipo de argumentação do ministro Barros, afinal como mencionado antes, não seria cabível utilizar de uma argumentação que negasse completamente o direito a ponto de formar um direito novo, sendo necessário utilizar parâmetros que todos os juízes reconheçam a existência.

Nesse caso acredito que sua decisão seria parecida com a do ministro relator Peçanha que foi pelo caminho da inconstitucionalidade da sumula, alegando que caso isso seja aceito haveria uma quebra no direito ao contraditório e ampla defesa, pelo fato que o recurso seria julgado sem a publicação dos atos e da defesa dos advogados das partes, logo fica condicionado ao preenchimento desses requisitos para a admissibilidade do recurso, sendo inaceitável o julgamento do agravo com o recurso especial.

Afinal um juiz deve sim seguir a doutrina jurídica, mas limitada a legalidade, e apesar da decisão do STF ter uma certa base legal no caso pelo art. 557 do antigo CPC ela quebra a constituição, e como o as leis devem está encaixadas na constituição se a aplicação dela leva a uma inconstitucionalidade ela deve ser desconsiderada.

#### 4.2 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 827.440/MT (DJE 13/04/2016)

Esse caso se tratava de uma questão de direito do consumidor, a empresa em questão utilizou de embargo de declaração para a decisão da vara de origem alegando que houve omissão sobre sua alegação de necessidade de prova pericial e sobre o não cabimento do dano moral no caso, sendo uma quebra direta ao art. 535, inciso II do antigo CPC por não se pronunciar sobre esses tópicos.

Em resposta a questão da omissão a ministra Maria Isabel Gallotti alegou no seu relatório:

[...] Inicialmente, verifico que não há omissão alguma ou ausência de fundamentação na apreciação das questões suscitadas.

Esclareça-se que não se exige do julgador a análise de todos os argumentos das partes, a fim de expressar o seu convencimento. O pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido, não se traduzindo em omissão a motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes. [...]

No que tange à necessidade da prova pericial a ministra apenas alegou que caberia ao magistrado, com base no art. 370 e no princípio do livre convencimento, deferir a produção de provas que se consideram necessárias para seu convencimento do caso.

Repare no quanto essa decisão é controversa, ela alega não ser necessário uma obrigação constitucional que é pronunciamento dos fatos no caso por uma simples questão de jurisprudência, claro é possível alegar que ficaria a critério do julgador nesse caso por nessa época não está em vigor o novo CPC, porém o novo CPC é apenas a aplicação da Constituição ao Código nesse quesito, logo com uma simples interpretação do art. 93, inciso IX da Constituição já seria mais que o suficiente para perceber a gravidade da questão. Texto do artigo na época da decisão:

Art 93 IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Além disso com a legislação especificamente prevendo a necessidade da prova pericial se torna inaceitável a utilização do livre convencimento acima de algo previsto claramente em lei.

Logo fica claro que mesmo antes da mudança no CPC o livre convencimento não caberia nesse caso, ressalvo também o caput do Art. 37 da CF, já que no caso como o juiz faz parte da administração pública e principalmente do poder judiciário, as suas ações devem estar previstas em lei, logo ele necessita justificar as suas ações de maneira legal, não sendo cabível ignorar qualquer argumentação que questione a legalidade desse ato.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

#### **4.2.1 METODO DE HÉRCULES APLICADO AO CASO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 827.440/MT (DJE 13/04/2016)**

A aplicação do método nesse caso se daria primeiro pela análise constitucional, afinal é pelos princípios constitucionais que fica claro o direcionamento da interpretação correta da lei para o caso, pois como dito anteriormente se é uma necessidade constitucional a fundamentação para toda decisão judicial e a lei específica prevê uma necessidade de prova pericial, algo como o simples livre convencimento não poderia estar acima disso, nem mesmo a regra geral que o prevê.

Afinal como há essa previsão específica na lei, ela deve prevalecer sobre a regra geral, pois se o legislador a classificou como necessária é por que ele desejava que o juiz analisasse a prova independentemente do grau de importância que o juiz a atribuiria.

#### 4.3 AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 686.965/DF

Nesse caso de direito penal, foi alegada extinção da punibilidade do crime de injúria racial por já estar superado o prazo prescricional. O caso em questão se tratava de uma publicação postada em um blog que conteve a expressão racista ao se referir ao autor como “negro de alma branca” e “não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e de origem humilde”. A ação penal alegava ter havido crime tipificado no Art. 20 §2º da Lei 7.716, porém a outra parte alegou não se enquadrar nesse artigo pelo fato da ofensa escrita não ter sido direcionada para afetar toda a coletividade dos negros e sim de um indivíduo em específico, o que caracterizaria uma injúria racial do Art. 140 § 3º do CP.

Como essa interpretação estava de acordo com a jurisprudência da Corte Superior, foi reconhecido o crime como injúria racial, contudo, isso tornou o crime prescritível, nessa situação votou o Ministro Ericson Marinho:

A Lei n. 7.716/89 define como criminosa a conduta de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A prática de racismo, portanto, constitui crime previsto em lei e sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

O mesmo tratamento, tenho para mim, deve ser dado ao delito de injúria racial. Este crime, por também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei 7.716/89, cujo rol não é taxativo. Vêm, a propósito, as palavras de CELSO LAFER, quando diz que "A base do crime da prática do racismo são os

preconceitos e sua propagação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma 'raça' inferior em função de sua aparência ou origem. O racismo está na cabeça das pessoas. Justificou a escravidão e o colonialismo. Promove a desigualdade, a intolerância em relação ao 'outro', e pode levar à segregação (como foi o caso do apartheid na África do Sul) e ao genocídio (como foi o holocausto conduzido pelos nazistas)" (Racismo -- O STF e o caso Ellwanger, pg. A2). Esta conduta é que a Lei Maior pretendeu obstar, vedando a seus agentes a prescrição, entre outros benefícios.

Com isso, Ericson expandiu os crimes imprescritíveis e ampliando o sentido da Lei n. 7.716/89, colocando o crime de injúria racial, sem uma legislação clara sobre isso. Fazendo ele aplicar a imprescritibilidade sem nenhuma regra autorizando tal atitude, o que não deveria ser aceito pois mais uma vez está sendo usado um juízo de valor próprio.

Claro, a atitude do juiz é compreensível o mesmo se deparou com um caso envolvendo uma quebra de direito absurda e por uma questão processual iria ter de deixar o culpado impune e diante disso, escolheu fazer dos meios necessários para corrigir a situação e aplicar uma justiça.

Obviamente alguns devem concordar com a atitude do ministro, afinal o crime de racismo é algo completamente imoral e causaria aversão a qualquer um defender pessoas que o praticam, porém esse tipo de atitude não deveria ser praticado por julgadores que deveriam defender a lei, principalmente se tratando de uma questão de direito penal. Com base nisso Lênio Luiz Streck disserta:

Para o bem e para o mal, como sempre digo — porque o direito deve ser aplicado por princípios — o delito estava prescrito, situação que, entretanto, foi superada no julgamento pelo STJ. Com efeito, o desembargador convocado Ericson Maranhão concluiu que a injúria racial é imprescritível, uma vez que ela “também traduz preconceito de cor” e soma-se àqueles definidos na Lei 7.716/89, “cujo rol não é taxativo”. Ainda, encampando entendimento de Guilherme Nucci, entendeu que a injúria racial seria mais um delito de racismo e imprescritível. Ora, se injúria qualificada é igual a racismo, porque seriam tipos penais diferentes? Mas isso não é aquilo que antigamente chamávamos de interpretação extensiva, vedada em direito penal? Está equivocado o doutrinador Guilherme Nucci. O direito penal não permite que se crie um rol extensivo, pela simples razão de que o cidadão deve saber, antes, aquilo pelo

qual pode ser punido e o alcance da punição. Qual é o limite desse rol não taxativo, isto é, desse rol extensivo? Extensivo ao infinito? Uma anedota pode ser um crime imprescritível, mesmo enquadrado como injúria racial? Um pouco de ortodoxia no direito penal parece-me bom. Aliás, falta muita coisa nesse sentido no Brasil. Estamos ficando demasiadamente “avançados”. Moralizamos o direito. Acreditamos muito pouco no direito posto e queremos corrigir esse direito “insuficiente” com nossas opiniões e teses. Talvez por isso o relator no STJ tenha dito “tenho para mim”. Sim. Ele “tem para ele”. Só que o direito é de todos. É uma linguagem pública. Não depende de uma posição pessoal. Eu também não gosto de atitudes preconceituosas. Mas nem por isso posso atropelar a legislação. Mesmo que Celso Lafer diga que preconceito é coisa ruim, horrível. Eu também acho. Todos achamos. Aliás, quem acha que racismo ou preconceito é uma coisa boa? (STRECK, 2015)

Claro alguns podem argumentar que o caso em questão possa ser comparado com o caso Elmer e por isso seria cabível a interpretação do ministro sobre a lei para punir o culpado, porém esse caso tem alguns elementos que o diferem do caso Elmer que deixam esse tipo de interpretação inviável.

Primeiramente diferente do caso Elmer que era uma questão de direito civil, o que permitia uma interpretação mais extensiva do código, não poderia ser aplicado no código penal, pois o mesmo não permite esse tipo de interpretação o que quebra certos princípios como o da Estrita Legalidade, logo esse tipo de decisão teria uma base puramente baseada em valor moral pessoal do jurista.

Segundamente que a lei é clara nesse caso, não é algo que foi esquecido de ser legislado, a previsão em lei está clara no texto, e isso inclui a sua prescrição, lembre-se que não cabe ao juiz utilizar de juízo de valor próprio para embasar suas decisões em caso de clara aplicação da lei, então se há um problema moral sobre isso não caberia ao poder judiciário resolver e sim o poder legislativo mudar o artigo da lei, cito como referência doutrinaria o professor e jurista Lênio Streck, que também defende esta tese.

[...] É preciso, pois, diferenciar os crimes de racismo e de injúria racial (na verdade, injúria qualificada), sobretudo em matéria penal, campo no qual as liberdades públicas reclamam a tutela do Estado, em decorrência do princípio da legalidade estrita. Nesse sentido, a lei penal deve ser prévia, certa, escrita e

estrita, razão pela qual não se admite analogia in malam partem, tampouco a criação judicial de tipos penais ou a extensão de um rol de delitos imprescritíveis. Só o legislador pode fazer isso. Por isso, deve haver um elenco taxativo.

Ora, uma simples análise da Lei 7.716/89 demonstra que, em momento algum, o legislador ordinário abriu qualquer possibilidade de que outros delitos fossem por ela abrangidos. Todos sabem que quando isso ocorre o legislador o faz expressamente. Como se não bastasse, o próprio objeto da lei é bem claro: “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Como a “injúria racial” não é objeto da lei que “define os crimes”, a conclusão lógica é que ela não pode ser considerada como crime da mesma natureza. (STRECK, 2015)

O caso foi julgado com essa decisão monocrática do ministro e que deu parcial provimento ao agravo e afastou a prescrição do crime.

#### **4.3.1 METODO DE HÉRCULES APLICADO AO CASO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 686.965/DF**

Hércules ao se deparar com o caso em questão não iria encontrar um grande obstáculo em sua decisão, afinal o mesmo por não utilizar juízo de valor próprio não enxergaria uma necessidade absoluta de punição no caso, principalmente por se deparar com os princípios do Código Penal brasileiro, que não princípios que sustentem punições não previstas no mesmo, pregando na verdade o oposto que em dúvida a parte deve ser inocentada e que apenas se quebrar coisas previstas claramente em lei poderia ser punida.

Com isso em mente procuraria logo em seguida a interpretação do texto da lei que fosse mais clara e em caso de dúvida mais benéfica para o réu, deixando impossível apenas sustentar a decisão da imprescritibilidade do crime por uma interpretação extensiva da lei, além disso constataria que há uma clara diferença legislativa entre os dois crimes fazendo não ser um caso obscuro, o que então o faria escolher pela prescrição do crime, independentemente de sua visão moral do fato.

#### **4.4 ANÁLISE DAS DECISÕES COLETADAS.**

Com as observações feitas em cada caso fica bem expresso o problema na fundamentação do poder judiciário brasileiro, não sendo atoa que na pesquisa da CNI (2018) ficamos em 64<sup>a</sup> no ranking de qualidade nas aplicações de normas, o documento

afirma também que “O Brasil está na última posição de um total de 18 países no subfator Segurança Jurídica, Burocracia e Relações de Trabalho, segundo o relatório Competitividade Brasil 2017-2018: comparação com países selecionados.” CNI (2018, p 43). Além de ser mencionado que estamos no ranking 41 de entre 96 países no quesito segurança jurídica.

Todavia destaca-se que a pesquisa demonstra que o judiciário não é o único problema tendo grande culpa do legislativo também, é apontado que cerca de 5,7 milhões de normas foram editadas apenas em 2017 CNI (2018), demonstrando uma necessidade na melhora da qualidade das leis.

A consequência disso é que naturalmente a própria população começa a desacreditar no poder judiciário obviamente, afetando até mesmo nos investimentos como demonstrado pelas pesquisas da CNI (2018) onde demonstrou o nível do impacto da insegurança jurídica nos investimentos 12% das empresas alegaram ser muito 23% moderado e 33% pouco, sendo apenas 25% alegando não afetar

Afinal num país onde há insegurança jurídica torna o direito imprevisível e consequentemente faz o ambiente inseguro para os investimentos, o que naturalmente piora a economia local e a vida da população.

Por tanto enfatiza-se a importância de uma mudança tanto no legislativo do país para as leis serem mais consistentes com a realidade atual, e com a visão de direito atual da população, também acompanhado de uma mudança de pensamento do judiciário para reconhecer os limites dos seus deveres e aplicarem as leis corretamente ao invés de tentarem transformar o direito, e com isso melhorar a segurança jurídica no Brasil.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A conclusão chegada por essa pesquisa do artigo é a necessidade de uma mudança de pensamento no poder judiciário brasileiro, mudando a finalidade das suas decisões para tentar aplicar o que eles acreditam que o direito deve ser para tentar aplicar a verdadeira lei já vigente.

No capítulo inaugural foi demonstrado teorias de interpretação do direito, demonstrando a importância desse debate afetaria as decisões judiciais e a análise delas, e o motivos de outras teorias como o positivismo não terem sido escolhidas, além de

demonstrar através de casos reais como essas divergências aparecem nas decisões judiciais.

Logo em seguida foi aprofundado sobre os limites de interpretação do poder judiciário, demonstrando que os juízes não deveriam extrapolar nas suas interpretações e propondo os métodos da intenção do legislador e sua evolução, que seria o método de Hércules, para os mesmos decidirem corretamente suas sentenças, sem extrapolar suas funções.

No tópico seguinte foram coletadas diversas decisões judiciais brasileiras, demonstrando os problemas nas suas fundamentações por serem de base principalmente de questões morais próprias dos julgadores, sendo colocado em alguns casos acima de certos princípios constitucionais, o que ocasiona na insegurança jurídica brasileira.

Nas análises fica evidente a necessidade de o poder judiciário mudar o seu pensamento sobre a sua função, reconhecendo que não cabe a eles aplicar a sua visão de como o direito deveria ser.

Com isso fica evidente que a adoção do método da intenção do legislador, visando sempre alcançar o método de Hércules, para fundamentar as decisões judiciais, seria o ideal para garantir certa previsibilidade do sistema jurídico brasileiro e conseguir chegar nas decisões mais adequadas para cada caso.

## 6 REFERENCIAS

CONFEDERAÇÃO Nacional da Indústria. Mapa estratégico da indústria 2018-2022 / Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, 2018.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes 2007

STRECK, Lenio Luiz. STJ faz interpretação extensiva em Direito Penal contra o réu. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo: 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-22/senso-incomum-stj-faz-interpretacao-extensiva-direito-penal-reu>. Acesso em: 07/06/2022

Insegurança jurídica afasta investidor e paralisa projetos de infraestrutura. **Poder360**, 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/conteudo-patrocinado/inseguranca-juridica-afasta-investidor-e-paralisa-projetos-de-infraestrutura/#:~:text=A%20insegurança%20jurídica%20é%20apontada,controle%20e%20excesso%20de%20judicialização>. Acesso em: 07/06/2022

Segurança jurídica: o caminho para um bom ambiente de negócios. Brasília: **PORTAL DA INDÚSTRIA**, Brasília: 2021. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/seguranca-juridica/>. Acesso em: 07/06/2022

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 1973.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.