

OS CORPOS DO REI, UM ENSAIO SOBRE A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Gustavo Felipe da Cruz Lago

Resumo: o cenário de atuação judicial contemporâneo maculado pela discricionariedade judicial é um dos problemas mais significativos da comunidade jurídica brasileira, considerando os poderes e prerrogativas dadas ao poder judiciário de “dizer o direito” (*iura novit curia*). Posto isso, a atuação do maquinário estatal compromissado pelo funcionamento do aparato constitucional e o uso de contributos teóricos capazes de remediar a dissipação do solipsismo se tornam necessários. E é exatamente nesse contexto que a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), encabeçada pelo jurista Lenio Luiz Streck, adquire proporções significativas à sociedade.

Palavras-chave: Direito Constitucional – Direito Penal – Democracia - Discricionariedade Judicial.

Keywords: *Constitutional Law – Criminal Law – Democracy – Discretionary.*

Sumário: 1. Notas Introdutórias; 2. O juiz solipsista; 2.1. Discricionariedade e Direito penal (os excluídos da corte); 2.2. A relativização de garantias penais constitucionais; 3. Breves comentários sobre a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD); 4. O rei e o dever de prestar contas (*accountability*); 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em sua obra denominada ‘Os Dois Corpos do Rei’, Ernest Kantorowicz elabora um célebre tratado que ainda serve de substrato teórico para a compreensão da problemática que se delinea arraigada por dentre diversos sistemas jurídicos contemporâneos: a discricionariedade judicial.

A teoria dos dois corpos do rei, existente desde 1495, criada para a resolução do imbróglio entre a condensação entre o corpo natural do rei, finito, físico e sujeito as transformações e

enfermidades mundanas, e seu corpo místico, imaterial, infinito, incorruptível e pertencente à esfera pública, consiste em uma boa metáfora para dilucidar a importância da inexorável separação que deve existir entre o cargo público e a esfera privada.

A importância do tema se deu, por primeira vez, em determinado momento histórico, onde o Parlamento inglês utilizou-se da ficção, reverbera¹ “para conjurar, em nome e por meio da autoridade de Carlos I (corpo político-divino-imaterial do Rei), os exércitos que iriam combater o mesmo Carlos I (corpo natural e material do Rei)”, em 1642.

Trazendo para a realidade, um magistrado não é detentor de seu cargo, mas sim um portador de determinada função pública, esta consubstanciada pelo princípio republicano que impera no Estado Constitucional Democrático de Direito. Assim, quando determinado indivíduo aciona o maquinário judiciário, não quer, de nenhuma forma, saber qual seja a opinião do juiz acerca de determinado interesse juridicamente protegido que pretende reclamar, mas sim o fortuito acolhimento da lei, ou melhor, se todo o aparato jurídico possibilita a apreciação de sua demanda, resposta conferida unicamente pelo corpo místico e imaterial do juiz².

Nesse diapasão, a teoria supramencionada sustenta a real e constante necessidade de sobreposição da instituição política ao corpo físico do monarca. Em outras palavras, as deliberações judiciais devem partir da circunscrição pertencente ao interesse público, preocupadas com a conveniência da coletividade, confluindo para o próprio ideário de democracia representativa e para a recorrente questão da prevalência da segurança jurídica; uma vez que ao julgador incumbiria a árdua tarefa de proferir a decisão que se adequasse da melhor forma possível ao caso concreto, sem, contudo, ultrapassar as linhas tênues entre as órbitas sociais e personalíssimas.

Contudo, quando o juiz acaba condensando os seus corpos, exsurge como produto da equação o fenômeno – dada tamanha dimensão – da discricionariedade, construto plenipotenciário individual.

Cumprido salientar, portanto, que esse fenômeno se apresenta em dois sentidos: de um lado, em acepção *lato sensu*, a discricionariedade é apreciação, valoração de fatos ou normas por parte de um intérprete munido de múnus público para analisar e decidir determinada demanda; em um outro vértice, *strictu sensu*, designa a liberdade que teria o juiz para decidir quando o

¹ STRECK, 2015.

² Ver KANTOROWICZ, Ernest.

ordenamento não estabelecesse de maneira clara e unívoca como julgar em um dado caso concreto. Esta é a acepção que nos interessa.

Ora, sustentar o discurso da autonomia dos direitos e garantias fundamentais consolidadas na Constituição de 1988 frente ao arbítrio das figuras públicas munidas de poder político, e concomitantemente, admitir a autonomia institucional do Poder Judiciário transvestida de autoritarismo, pode ocasionar um problema jurídico irrefreável, capaz de submeter a própria Constituição a uma espécie de voluntarismo judicial, onde o direito se tornaria alvo do reflexo subjetivo político-ideológico do magistrado, capaz de produzir uma espécie de entrave para a concessão de amparo legal aos necessitados. Dessa forma, a *Lex Mater* perde sua força normativa quando a autonomia do direito não se encontra mais assegurada, transmudando-se em um cetro de poder do rei.

Por corolário, se apresenta como resultado do fenômeno discricionarieidade a manutenção do *status quo* da classe social dominante, reproduzindo o distanciamento de grupos minoritários do véu protetivo da justiça social, sobretudo no campo do direito repressivo penal, mesmo após incessantes lutas pela democracia e pelos direitos e garantias fundamentais.

2. O JUIZ SOLIPSISTA

Como visto, ao unificar por meio de seus atos *lato sensu* (decisões interlocutórias, despachos, sentenças) os corpos de duas órbitas distintas, o natural e o místico, o magistrado acaba por incorrer em juízos subjetivos quando na apreciação da matéria a ser discutida em dado processo, e, por conseguinte, perpetua a ocorrência do voluntarismo judicial há tanto disseminado na realidade jurídica.

Nesse sentido, oportuna se faz uma abordagem diferenciadora entre os termos escolher e decidir. Enquanto a escolha, ato volitivo desprendido de compromissos estatais, se vincula estritamente aos anseios subjetivos de dado sujeito, a decisão, no campo jurídico, mais além do mero alvitre do togado, necessita encontrar balizas na conjuntura das leis, jurisprudência e doutrina. Em suma, quando existirem critérios a serem observados e cumpridos, haverá decisão, e por conseguinte, um controle intersubjetivo do ato decisório; porém, se se atuar no

campo da escolha, não haverá controles, e nem sequer poderá se cogitar de erros, pois as escolhas só possuem balizas na própria vontade do sujeito.

As decisões judiciais não podem servir de sinônimo de escolha, tendo em vista que a função pública não deve ser tida como uma área de atuação a ser manuseada ao bel-prazer pela esfera privada do julgador.

Por consectário lógico, entende-se que quando duas ou mais decisões são admitidas pelo direito em equivalência, não sabendo qual seria a melhor, há discricionariedade. Dessa forma, compreende-se que as condutas discricionárias não possuem um valor qualitativo que lhes importe em um preterimento em desfavor de outra; ao contrário, havendo um empate entre elas. E uma vez visualizado o impasse, perceber-se-á a existência de certa equanimidade substancial entre as medidas, seja normativa ou fática, ou seja, seja porque haja equivalência entre os bens postos em apreciação ou até mesmo por não haver como mensurar qual ato normativo é o mais benéfico entre os postos.

Nesse entendimento, queda-se claro que existe discricionariedade quando o juiz solipsista lança mão de suas impressões sobre o mundo para conduzir os julgamentos de forma a conformá-los com aquilo que se crê que deva ser o direito, de acordo com seu *background* cultural, político, religioso, etc.

Dito isso, a liberdade concedida ao juiz para ditar uma decisão quando o ordenamento não estabelece clara e inequivocamente como deve ser decidido determinado caso³, se reveste de ares gigantescos, vez que há uma margem de volição concedida ao magistrado para que escolha entre duas ações equivalentes, inseridas em uma zona de discricionariedade, donde não se extrai com segurança qual é mais condizente com o Direito.

Em outro vértice, quando se pode aferir qual é a medida que mais se afigura confluyente com os interesses públicos – em um âmbito mais administrativo – não há que se falar em discricionariedade, não existindo qualquer empate entre as vias decisórias exurgidas no caso *sub judice*. Ao contrário, haverá o dever de vinculação do togado para com a medida encontrada nos conformes legais, e não preponderará a liberdade para a escolha entre decisões em empate.

³ Ver ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*

O escopo que se revela da preocupação de como vem decidindo os magistrados se espelha na concepção Dworkiana⁴ de decisão correta, que, em seus dizeres, “[...] *no sólo reproduce el ordenamiento jurídico sin sesgo o manipulación, sido además lo hace aparecer como el mejor posible visto dicho orden jurídico como um todo integral*”.

Em outros termos, o que se põe em arremate na permissiva do poder discricionário é a própria configuração do direito presente em dada sociedade, construído por constantes movimentos e anseios sociais por um Estado Constitucional Democrático que não se condiz com a figura de um solipsista que se comprometa a jogar com os alicerces da democracia representativa.

Nas brilhantíssimas palavras de Lenio Luiz Streck:

[...] o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é (falácia do realismo jurídico). E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia. Mas, se alguém deve dizer por último o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazidos pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica.⁵

Adentrando na acepção de liberdade do juiz, quando na apreciação das demandas judiciais postas sob sua competência, torna-se necessária uma abordagem acerca das condições de possibilidade do direito de autor acobertadas pelo ordenamento (criatividade, originalidade e exteriorização) para aferir a - pretensa - afirmação de que o magistrado se coloca como um sujeito-criador em suas façanhas.

Primeiramente, o julgador, como mero representante da vontade estatal, não se encontra em posição de criar livremente como um autêntico sujeito-criador, pois está amalgamado com os compromissos circunscritos no aparato legal-estatal na busca da melhor solução e verdade possíveis, devendo, como consequência, alijar-se de suas construções autônomas e criativas. Ao contrário do real sujeito-criador, imbuído de uma potência criativa ilimitada e não compromissada com o coletivo.

⁴ 1988, apud ARANGO, 2016, p. xxiii.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial*. Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 1 (12), p. 237. jan./abr. 2016.

O elemento da originalidade não se faz presente, uma vez que os atributos componentes das decisões judiciais necessitam encontrar coerência e integridade no Direito pátrio⁶ – este, inclusive, é um tom que norteia o Novo Código de Processo Civil, disposto nos artigos 926 e ss.

Portanto, o que se espera de uma decisão judicial é uma fundamentação com o mínimo de pré-juízos inautênticos possíveis, já que dessa maneira estará mais passível de encontrar respaldo de validade e coerência com a tradição jurídica de sua origem⁷.

Quanto ao fator exteriorização, não se verifica distinções substanciais entre o processo que efetua o sujeito-criador, quando na publicação de suas produções intelectuais, e o magistrado, ao publicar suas decisões.

Depreende-se, portanto, que os decisionismos solipsistas advindos por parte dos julgadores, fundamentados na concepção de que o processo de construção de suas decisões faz parte do campo criativo-artístico semelhante aos sujeitos-criadores, não encontra validade no sistema jurídico, devendo ser afastadas as soluções que não façam correspondência com o fato apreciado e sua eventual adequação a um correspondente jurídico.

Dito isso, não se pode pretender colocar em um mesmo plano a arte e a justiça, porquanto esta encontra-se amarrada ao Direito, aquela não apresenta quaisquer compromissos, tendo sua fidelidade submetida ao valor liberdade.

2.1. DISCRICIONARIEDADE E DIREITO PENAL (OS EXCLUÍDOS DA CORTE)

Há muito que impera no solo do direito penal brasileiro a lógica da exclusão daqueles indivíduos considerados potencialmente perigosos e, por consequência, subversivos à ordem estabelecida no circuito social.

Essa lógica se interliga diretamente a própria compreensão da Carta Magna de 1988 pelos

⁶ Não se pretende olvidar, com isso, o reconhecimento de eventuais decisões inovadoras diante da real necessidade que se delinea no corpo social. Porém, insofismável a não aceitação de juízos puramente volitivos, apregoados à herança do realismo jurídico.

⁷ Ver DRUMMOND, Victor Gameiro.

operadores da justiça, vez que, por mais que se reconheça o advento do Estado Democrático de Direito, continua a se perpetuar na realidade os grandiosos casos de violações de direitos, garantias e prerrogativas fundamentais, devido à má aplicação (*rectius*: aplicação discricionária) dos dispositivos constitucionais.

A possível gênese de dita compreensão, discriminatória, classista, e discricionária, encontra raízes em um modelo liberal-individualista reprodutor dos valores e comportamentos morais de determinada época que já deveria estar ultrapassada. Uma vez que o código penal ainda se encontra focalizado na proteção dos bens jurídicos interindividuais, ou seja, aqueles pertencentes a propriedade privada, sobretudo das classes dominantes.

Dita acepção acompanha o ideário do código repressivo desde a origem de seu primeiro instrumento voltado para a punição de escravos e congêneres e se permanece arraigado nos dias atuais através da estigmatização e aprisionamento das camadas mais baixas.

Cumprе salientar que a virada do século XVIII para o XIX, imbuído pelo humanitarismo iluminista, representou o redirecionamento paradigmático das masmorras e leis régias em prisão moderna e no direito penal atual, respectivamente. Deste modo, um sistema punitivo exsurgiu-se embasado na crença reformista dos poderes sanadores da prisão e do castigo, calcado na noção de prevenção geral como função última das penas.

Em consequência, os governos empezaram a se utilizar de táticas de controle social, com o escopo de perseguição e enquadramento dos indivíduos etiquetados como perigosos e instáveis à reta ordem do sistema, operando por meio de técnicas variáveis de acordo com as contingências locais, involucrada na comunicação de vontades entre a lei, o governo e a sociedade, como a proibição das drogas. “Desse modo, é para eles que se voltam o sistema punitivo e as estratégias de controle social; para eles se voltam as leis penais e a seletividade do circuito jurídico-penitenciário”.⁸

Confluindo para a perfeição deste grande aparato moderno de aprisionamento das massas abominadas, a figura do encarceramento exsurge como grande catalisadora da retirada desses indivíduos da coletividade, fruto de uma determinada construção social no interior da qual desempenham um papel fundamental os meios de comunicação de massa e o sistema da política.

⁸ RODRIGUES, 2004, p.03.

Assim, conclui-se que, com evidência, a época moderna representa a retórica do *prison-fare*, elucidando constantemente o projeto irrealista de inclusão social, e, em um outro vértice, restando incontroverso a emergência das ideologias e das práticas de incapacitação das classes marginalizadas, consubstanciando a teoria do ‘direito penal do inimigo’.

Isto posto, o novo puritanismo cultural⁹ – expressão cunhada por Massimo Pavarini – determina a produção contínua de novas “cruzadas morais” através do governo, fundamentadas na acepção da criminalização da pobreza. Inspirando políticas que anseiam pelo castigo, levando, por conseguinte, à estabilidade do *status quo* social dominante.

Logo, a unificação dos corpos do rei queda-se exposta pelos inúmeros intentos de afastamento das classes marginalizadas de sua corte através de institutos penais abertos ao poder volitivo do magistrado, como é o caso do regime disciplinar diferenciado (art.52, Lei de Execuções Penais). Implementando pela Lei 10.792/03, o instituto do RDD é aplicável a presos provisórios ou condenados, nas hipóteses de crime doloso que determine subversão da ordem ou da disciplina internas, de alto risco para ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade e de fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas (art.52, §§1º e 2º, LEP).

As hipóteses previstas no rol taxativo do regime se fundam na apreciação subjetiva de determinados sujeitos, cicatrizes de um direito penal do autor, pela autoridade jurisdicional, levando ao recolhimento em cela individual até um ano, renovável por mais um ano, até o limite de um sexto da pena, permitindo a saída do apenado por apenas duas horas diárias para banho de sol e limitando as visitas semanais.

A imposição desse castigo, além de divergir do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CRFB), que fundamenta a República Federativa, também proporciona uma agressão ao âmago do princípio da reserva legal (art.5º, XXXIX, CRFB), pois os termos dispostos no art.52 da LEP possuem uma grande margem fluida e indeterminada, permitindo interpretações não condicionadas ao aparato legislativo, sendo assim, concebe ao togado a prerrogativa de usufruir da zona discricionária para reencarcerar o corpo anômalo em verdadeiros regimes de solitária¹⁰.

Nas lições do criminologista Juarez Cirino:

⁹ PAVARINI, Massimo. O encarceramento em massa. In. ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, p.308. 2010.

¹⁰ Ainda é de se discutir se tal disposição da lei de execuções penais não representaria uma espécie de violação ao princípio do *non bis in idem*, vez que o apenado acaba sendo duplamente punido.

A indeterminação das hipóteses de aplicação do *regime disciplinar diferenciado* infringe o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX da Constituição da República), porque subordina a aplicação da sanção disciplinar a critérios judiciais subjetivos idiossincráticos: primeiro, é indeterminável a *quantidade* de *alteração* necessária para configurar o conceito de *subversão* da ordem ou da disciplina (art.52, LEP); segundo, é indeterminável a *quantidade* de *risco* definível como *alto* para a ordem e segurança da prisão ou da sociedade (art.52, §1º, LEP); terceiro, é indefinível o conceito de *fundadas suspeitas* de envolvimento ou participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando (art.52, §2º, LEP).¹¹

Por todo o exposto, a sujeição ao regime disciplinar diferenciado ocasiona consequências de ordem física e, sobretudo, psíquica ao detento, vez que a segregação celular acaba por constantemente degenerar o ser humano, não lhe concedendo a sua restauração social tão apregoada pelos discursos infundados da política penal; muito pelo contrário, retroalimenta os efeitos do cárcere, continuando a movimentar o maquinário encarcerador de minorias.

2.2. A RELATIVIZAÇÃO DE GARANTIAS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Somado a esse ambiente de segregação, junta-se ao ciclo vicioso a problemática absurda de concessão de garantias penais constitucionais a determinadas classes de pessoas, em exclusão de um contingente social etiquetado a base do preconceito e ignorância. Desfigurando, com isso, a noção de igualdade insculpida na Constituição Federal (art.5º, *caput*), sobretudo em seu âmbito formal de equanimidade dos cidadãos perante a lei, ou seja, de impedimento colocado ao aplicador quando no ato decisório.

Pois bem, nessa lógica massiva de alijamento do ‘estrangeiro’ de Camus, o cenário jurídico atual encontra consubstanciado em um panorama de flexibilização de garantias fundamentais que, outrora, serviram como razões fundantes da civilização, pondo em risco a gama de princípios constitucionais circunscritos na Lei Maior, e, acima disso, a própria democracia.

O tratamento concedido aos inimigos da corte, pré-selecionados desde a sua gênese, expõe aquilo que se denominou de ‘a dupla face do direito penal’, demonstrada, basicamente, por

¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, p.487. 2010.

essa intervenção seletiva fundada em um ideário discriminador e antidemocrático de aplicação das garantias de modo diverso a indivíduos que deveriam ser tratados de forma igualitária pelo Direito.

Ao se flexibilizar (*rectius*: relativizar) garantias se olvida de toda a herança fundante das gerações dos direitos humanos, construindo ininterruptamente a figura de um não sujeito proveniente das zonas periféricas, e acarretando no uso desmedido do sistema penal que, ao menos teoricamente, deveria ser utilizado como *ultima ratio*.

Forçoso é perceber a importância do combate ao solipsismo do rei com vistas a assegurar a aplicação equânime da lei - já que esta serve de instrumento regulador do meio social, necessitando, por isso, tratar equitativamente os cidadãos - e o correto funcionamento do regime democrático, evitando privilégios ou perseguições.

3. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD)

Partindo da premissa de que a Carta Magna de 1988, com todos os seus corpora normativos e principiológicos, fora capaz de produzir um câmbio a nível institucional e social e admitindo a sistemática de atuação do ativismo judicial que se perpetua na realidade jurídica, impondo desafios ao campo hermenêutico, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) exsurge como produto de uma construção de aproximação entre a filosofia e o direito, rompendo com a antiga autonomização científica de Kelsen¹², tão defendida pela comunidade jurídica.

As consequências desse alijamento entre filosofia e o saber jurídico conduzem em uma imediata atuação irreflexiva do último, impossibilitando a construção de uma sociedade participativa, seja impedindo o desenvolvimento de um pensamento crítico acerca das balizas sociopolíticas estruturantes ou impossibilitando a solidificação de um cenário dialético social. Estagnando, enfim, a edificação de um meio cada vez mais democrático.

Dito isso, resta incontestável que um dos maiores problemas do meio jurídico contemporâneo é de como proceder a construção de conjunturas para se esquivar da

¹² Seria uma forma de flexibilização do sincretismo metodológico de Hans Kelsen.

sobreposição do poder dos juízes em detrimento do direito. Nessa esteira, a Crítica Hermenêutica do Direito se revela como solução para a iminente e enraizada crise de paradigmas do sistema jurídico, enfrentando as indagações metodológicas de interpretação, aplicação e de busca por respostas adequadas, ainda que desenvolvida em um ambiente de fluidez da Constituição e do Direito.

Nesse sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito, por meio de seus aportes teóricos, compreende a decisão jurídica afastada da zona de discricionariedade, ou melhor, entendendo os provimentos jurisdicionais como não-discricionários. Intentando estabelecer balizas teóricas capazes de extirpar as escolhas personalistas do meio jurídico.

Por conseguinte, aproximando a conversação entre direito e filosofia, Lenio Streck dá início ao movimento da CHD, reconhecendo o valor das transformações filosóficas para a crítica do fenômeno jurídico, mas não se olvidando com isso do perigo da apropriação de elementos do campo filosófico sem uma adequada contextualização na área do direito.

Portanto, pode se conceituar a Crítica Hermenêutica do Direito como uma teoria erigida sobre as contribuições paradigmáticas da Filosofia. Destacando que, por mais que se aceite dada conversação entre as áreas, não existe a intenção de buscar nos substratos filosóficos respostas para as crises jurídicas.

Assim, importa apresentar, ainda que de forma sintetizada, os principais pontos de abordagem da CHD:

Inicialmente, se faz uma ruptura com o dogmatismo por meio de uma postura crítica da hermenêutica quando na aplicação e interpretação do direito, sob influência de Luís Alberto Warat. Em seguida, e com o escopo de romper com o ideário de não-conversação entre direito e filosofia, apoia sua teoria sob as estruturas da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica (respectivamente, de Martin Heidegger e de Hans-Georg Gadamer), clareando a relação entre os dois campos do saber.

Neste passo, e por meio dos contributos do jurista Ronald Dworkin, o jurista adiciona todos os aportes precedentes a construção de uma teoria da decisão judicial, consubstanciada no dever de fundamentação das decisões, levando ao surgimento de uma proposta do direito fundamental a respostas corretas, adequadas constitucionalmente.

É exatamente nesse último ponto que a CHD traz à discussão o confronto do “sujeito-viciado-em-si-mesmo” (*Selbstsüchtiger*), o solucionando por meio de sua teoria da decisão judicial, que se apresenta como uma nova maneira de compreender o ato interpretativo através da

utilização de aportes filosóficos como *standard* de racionalidade. Nesse aspecto, o método hermenêutico-fenomenológico de Heidegger se apresenta como uma maneira de filosofar por meio do constante questionamento. Somado a isso, se revela a contribuição de Gadamer por meio de sua *applicatio*, rompendo com a maneira de aplicação do direito que primava pela vontade da lei e/ou vontade do legislador, e, por conseguinte, estabelecendo que o ato de aplicação do Direito não se estabelece pela cisão entre os momentos de compreensão, interpretação e aplicação, e sim através de um contexto de intersubjetividade.

Dos contributos da teoria do direito de Ronald Dworkin, Streck retira a acepção de responsabilidade política dos juízes perante à sociedade, uma vez compreendido que estão inseridos em um Estado Democrático de Direito. Assim é que a noção de integridade do direito de Dworkin se incorpora na teoria da decisão fabricada por Streck, que, em uma abordagem simplória, traz consigo o compromisso democrático de responsabilidade perante o corpo social quando no ato decisório.

Destarte, como terceiro elemento da teoria de Lenio Streck, desdobramento da responsabilidade política dos juízes, tem-se o dever de fundamentação das decisões (art.93, IX, CF/88), que se interliga umbilicalmente entre as diferenciações entre decidir e escolher, entendendo o primeiro como ato volitivo, parcial, discricionário, e o último na ideia de direito como compromisso com toda a comunidade política.

Compreendendo esse dever jurídico a partir da noção das ditas respostas constitucionalmente adequadas, que se consagra como último elemento da teoria da decisão, percebe-se que:

[...] com este dever de cumprimento da Constituição, a discricionariedade judicial é radicalmente superada, representando uma ruptura com posturas solipsistas, que fragilizam a força normativa do texto constitucional. Ganha espaço, portanto, o papel dos princípios como fechamento interpretativo e o respeito à história institucional do direito (seu DNA, diria Streck). Com a tese da resposta correta (que não é nem a única, nem a melhor, mas a resposta adequada ao caso), também inspirada no posicionamento de Dworkin, há a segunda ruptura com a tradição: a superação das posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito. Tal posicionamento revela-se como âmago do constitucionalismo democrático, sendo indispensável para a legitimidade da jurisdição¹³.

¹³ TASSINARI, Clarissa. *O papel da crítica hermenêutica do direito: sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário*. Revista FIDES, Natal, v.5, n.2, p.16. jul./dez. 2014.

4. O REI E O DEVER DE PRESTAR CONTAS (*ACCOUNTABILITY*)

Ínsito a própria estrutura do ordenamento jurídico, o dever de fundamentação das decisões judiciais, positivado sobretudo no art.93.IX da Constituição Federal de 1988, representa a necessidade e o dever do poder judiciário em explicitar as razões de fato e de direito pelas quais se chegou a determinado provimento jurisdicional, sob pena de nulidade.

A amplitude desse dever democrático se desdobra em dois caracteres, que, cumulativamente, transparecem os compromissos de um reto Estado Constitucional Democrático de Direito: o endoprocessual, umbilicalmente conectado a necessidade de fundamentação perante as partes envolvidas na lide em apreciação, exigindo uma análise criteriosa do togado, para além da mera subsunção mecanicista da lei ao caso concreto, irradiando-se perante todo o aparato infraconstitucional, como por exemplo, no código de processo civil, em seus dispositivos 11º, 489, §2º, e também na seara repressiva penal, principalmente quando na imposição das ditas prisões processuais, art.310, CPP; o extraprocessual, que se interliga a transparência dos provimentos jurisdicionais perante a sociedade, possibilitando o exercício de certo controle sobre os atos decisórios que, para tanto, deverão ser publicitados, salvo os casos em que se configuraria grave violação ao direito à intimidade e ao interesse público a informação.

A duplicidade característica e inerente a fundamentação das decisões judiciais revela a preocupação do poder constituinte originário para com a legitimidade do Estado Democrático, pois um Estado que tenha em seu bojo um regime democrático, tem o dever legal – mais que isso, social - de se justificar perante a sociedade, caso contrário, sua razão estruturante carece de legitimidade.

Nesse ínterim, a obrigação de prestar contas perante os cidadãos (*accountability* vertical¹⁴) se revela como instrumento constitucional útil ao aferimento das condutas judiciais exaradas nos provimentos decisórios. Pois, simultaneamente, é capaz de demonstrar as eventuais vicissitudes das decisões, quando eivadas por opiniões do corpo corruptível do rei, destoantes da lógica de coerência e integridade, e pôr em arremate sua postura inidônea como serventuário da justiça.

¹⁴ Há ainda, segundo a doutrina administrativa, a divisão em *accountability* horizontal e *accountability* societal. Contudo, nesse trabalho a preocupação se curva, essencialmente, ao controle das decisões pela população.

Essa dimensão vertical do dever de prestar contas transparece a soberania popular ao permitir ao povo o exercício do direito de fiscalizar as condutas ímprobas dos agentes munidos de *múnus público*.

Contudo, sendo manifesto o fato de não existir eleições para os cargos de magistrado em solo brasileiro, a fiscalização e controle do conteúdo exarado nos atos judiciais – quando os interessados não correspondem as partes da demanda –, é quase inexistente, pífia, elucidando a importância da responsividade do poder público para com as necessidades de determinado contingente populacional.

À vista do exposto, um provável antídoto para o fenômeno da junção dos dois corpos do rei concretizados em suas decisões, será extraído, indubitavelmente, da fundamentação construída no cerne do provimento, mas não feita de qualquer maneira, e sim livre de juízos de uma ordem externa de valores, preocupada com a cadeia discursiva íntegra e coerente erigida no passado, legitimando a democracia e respeitando a sociedade.

Por fim, percebe-se que a correção das decisões judiciais, e assim a eventual extirpação da discricionariedade judicial, se consolida em um duplo vértice fundante do que se diz ser o direito (*lo que se dice*), noção semântica, linguística, trazendo em seu cerne o cuidado do intérprete para com os limites da lei (seu alcance, finalidade, etc.), consubstanciando a necessidade de fundamentação adequada, e do que faz o juiz (*lo que se hace*), ou seja, da responsabilidade perante a empresa coletiva, enxergando o direito como uma prática social cooperativa erigida sob os ditames constitucionais democráticos que, para tanto, deve salvaguardar os valores sustentantes do Estado, que só serão validados quando a população puder, de maneira efetiva, proceder à fiscalização, controle e eventual punição dos reis ativistas.

5. CONCLUSÃO

A alusão construída com fulcro na clássica obra de Ernest Kantorowicz teve como objetivo precípuo incitar a comunidade jurídica nacional acerca da anomalia do ativismo judicial e seus desdobramentos antidemocráticos deslegitimadores a estruturação do Estado Democrático de Direito.

Não há razão de ser para que se permita em um regime democrático a concessão de tamanha liberdade ao juiz quando na construção dos atos decisórios que lhe permita atuar de acordo com suas convicções subjetivas éticas, políticas e morais, sem que se incorra em arbitrariedade, ocasionando um severo rompimento com os preceitos constitucionais e a separação dos poderes.

Contudo, não se defende a proibição do ato interpretativo pelos juízes, muito pelo contrário. E sim este que leve em consideração a indiscutível junção dos três momentos de aplicação do direito (compreender, interpretar e aplicar), com vistas a evitar a contaminação dos provimentos decisórios pelos seus interesses pessoais, se afastando do ideal de que agiria como um verdadeiro “sujeito-criador”, livre de responsabilidades públicas perante seus atos.

Destarte, o sujeito solipsista assim atua por encontrar legitimidade na própria institucionalidade, ancorado aos interesses provenientes das altas classes higienistas; culpadas pela manutenção de um ciclo vicioso de violência sistêmica, seletiva e estigmatizante, onde se encontra relativização de direitos e garantias constitucionais aos pobres e iminente condução a um Estado de exceções pós-moderno, carcomendo a Lei Fundamental.

Em uma celebre entrevista concedida à revista ‘Espaço Jurídico *Journal of Law* (EJL)’, ocorrida em 2016, Lenio Luiz Streck, quando levado a um exercício imaginativo sobre o futuro da Constituição de 1988 e da própria democracia, proferiu com veemência: “[...] se a democracia depender de atitudes *ad hoc* do judiciário, é porque a própria democracia fracassou”.¹⁵

Por exaustão, penso que há passado o momento de proceder a cirurgia de ruptura definitiva dos dois corpos do rei.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANGO, Rodolfo. *Discrecionalidad, Objetividad e Corrección de las decisiones judiciales*. Academia.Edu, 2016. Disponível em:

¹⁵MOZETIC, V. A; SCHNEIDER Y. (Org.). *Entrevista com Lenio Streck*. Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba, v. 17, n. 2, p. 401, maio/ago. 2016.

<https://www.academia.edu/23200870/Pr%C3%B3logo_a_la_segunda_edici%C3%B3n_de_Hay_respuestas_correctas_en_el_derecho> Acesso em: 28 mar. 2018.

DRUMMOND, Victor Andrade. *Sobre a Inaplicabilidade ao processo de construção decisional das condições de possibilidade do direito de autor*. Jurismat - Revista Jurídica, Portugal Nº 7, p. 339-359, nov.2015.

MOZETIC, V. A; SCHNEIDER Y. (Org.). *Entrevista com Lenio Streck*. Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba, v. 17, n. 2, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/11996/pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

PAVARINI, Massimo. O encarceramento em massa. In. ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

RODRIGUES, Thiago. *Drogas, proibição e a abolição das penas* - Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro, Editora Revan/Nu-Sol, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 4 ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é preciso para (não) se conseguir um habeas corpus no Brasil*. Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

_____. *A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial*. Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 1 (12), p. 221-245, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/1181/684> Acesso em: 20 fev. 2018.

TASSINARI, Clarissa. *O papel da crítica hermenêutica do direito: sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário*. Revista FIDES, Natal, v.5, n.2, jul./dez. 2014.