



**UEPB**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA – PRPGP  
CONVÊNIO UEPB – ESMA – TJPB  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

**SARAH QUÉREM BARACHO DA SILVA**

**LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
ANÁLISE DO RHC Nº 146303/RJ À LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA**

**JOÃO PESSOA  
2023**

SARAH QUÉREM BARACHO DA SILVA

**LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
ANÁLISE DO RHC Nº 146303/RJ À LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso ao Programa Preparatório à Magistratura com Prática Judicial e Pós-Graduação em Prática Judicante da Escola Superior da Magistratura da Paraíba em convênio com a Universidade Estadual da Paraíba e o Tribunal de Justiça da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Prática Judicante.

**Área de concentração:** Hermenêutica Jurídica.

**Orientador:** Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Fernanda Isabela Oliveira Freitas

**JOÃO PESSOA  
2023**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

S586I Silva, Sarah Quêrem Baracho da.  
Limites da liberdade de expressão no Supremo Tribunal Federal [manuscrito] : análise do RHC N° 146303/RJ à luz da hermenêutica jurídica / Sarah Quêrem Baracho da Silva. - 2023.  
46 p.  
  
Digitado.  
Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2023.  
"Orientação : Profa. Dra. Fernanda Isabela Oliveira Freitas, ESMA - PB - Escola Superior da Magistratura da Paraíba."  
1. Limites da liberdade de expressão. 2. RHC /RJ. 3. Pós-positivismo. 4. Supremo Tribunal Federal - STF. I. Título  
21. ed. CDD 341.481

SARAH QUÉREM BARACHO DA SILVA

**LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:  
ANÁLISE DO RHC Nº 146303/RJ À LUZ DA HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso ao Programa Preparatório à Magistratura com Prática Judicial e Pós-Graduação em Prática Judicante da Escola Superior da Magistratura da Paraíba em convênio com a Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Prática Judicante.

Área de concentração: Hermenêutica Jurídica.

Aprovado(a) em: 17/01/2023.

Nota: 8,0

**BANCA EXAMINADORA**

*Fernanda Isabela O. Freitas*

---

Profa. Dra. Fernanda Isabela Oliveira Freitas  
(Orientadora)

ANA CAROLINA GONDIM DE  
ALBUQUERQUE  
OLIVEIRA:02499571403

Assinado de forma digital por ANA CAROLINA  
GONDIM DE ALBUQUERQUE  
OLIVEIRA:02499571403  
Dados: 2023.01.19 10:12:27 -03'00'

---

Profa. Dra. Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira  
(Examinadora)

KARINA PINTO BRASILEIRO  
WANDERLEY:07514705465

Assinado de forma digital por  
KARINA PINTO BRASILEIRO  
WANDERLEY:07514705465  
Dados: 2023.01.18 11:25:01 -03'00'

---

Profa. Ma. Karina Pinto Brasileiro Wanderley  
(Examinadora)

À minha família, os verdadeiros  
impulsionadores de todas as minhas  
conquistas.

Em especial, a minha mãe, para quem a  
minha educação era o fim último e  
objetivo primeiro de seus esforços,  
DEDICO.

## **AGRADECIMENTOS**

À professora Fernanda Isabela Oliveira Freitas, sempre acolhedora e solícita, pela atenção e relevantes apontamentos sugeridos ao longo desta orientação e pela dedicação.

De igual modo, ao professor Manuel Maria Antunes de Melo pelo entusiasmo, troca de experiência durante a fase de preceptoria e pela dedicação.

À minha família, especialmente a minha mãe Regina Célia Maria Baracho da Silva, verdadeiros propulsores de meu crescimento e razão de minhas vitórias.

Aos professores do Curso de Especialização da ESMA e UEPB, que contribuíram de forma enriquecedora à presente pesquisa, especialmente durante as dificuldades experimentadas no decorrer do período pandêmico vivenciado no transcorrer das atividades letivas.

Em especial ao professor Alexandre Targino Gomes Falcão, que em suas aulas criou a inspiração para que eu tivesse a iniciativa de realizar a presente pesquisa.

E, por fim, aos funcionários e secretárias da ESMA, pela atenção e gentileza dedicadas, em especial a Margareth Ramalho, que deu um grande suporte e sempre foi extremamente solícita a todos os discentes durante todo o percurso enfrentado no curso.

## RESUMO

O estudo pretendeu analisar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no RHC Nº 146303/RJ, à luz de uma teoria da decisão pós-positivista. E, para tanto, demonstrar que os órgãos judiciais brasileiros que até os presentes dias continuam vinculados ao paradigma do positivismo pós-exegético para enfrentar casos mais complexos, utilizando-se muitas vezes de uma discricionariedade judicial para preencher “zonas de incerteza”, o que vai de encontro com o que deve ser preservado em uma Democracia. Para tanto, é feita inicialmente uma revisão das transformações filosóficas que superaram a tradição da filosofia metafísica, ato necessário para uma atuação judicial compatível com a era dos princípios conquistada no Estado Democrático de Direito, apresentando uma crítica à discricionariedade interpretativa exercida pelos magistrados, a partir do pensamento pós-positivista de Dworkin e a contribuição hermenêutica e filosófica de Heidegger e Gadamer. Com tal intuito, foi adotada a pesquisa exploratória no que diz respeito aos objetivos e levantamento bibliográfico, através da análise de literatura jurídica proveniente de livros, jurisprudências e estudos de casos pertinentes à matéria, sob uma abordagem dedutiva. Para demonstrar a teoria em um caso concreto, é feita uma análise do RHC nº 146303/RJ, concluindo-se com resultados de que ainda persiste no Poder Judiciário práticas de interpretação das leis que estão em desacordo com os princípios que regem uma Democracia, uma vez que ainda se utilizam de amplo voluntarismo e discricionariedade em casos complexos, e aqui, mais especificamente com relação casos que envolvam a interpretação acerca dos limites da liberdade de expressão.

**Palavras-Chave:** Limites da liberdade de expressão. RHC 146303/RJ. Pós-positivismo. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

The study intended to analyze the decision taken by the Federal Supreme Court in RHC N° 146303/RJ, in the light of a post-positivist decision theory. And, for that, to demonstrate that the Brazilian judicial bodies that until the present day remain linked to the paradigm of post-exegetical positivism to face more complex cases, often using judicial discretion to fill in “zones of uncertainty”, which goes against what must be preserved in a Democracy. To this end, a review is initially made of the philosophical transformations that have overcome the tradition of metaphysical philosophy, a necessary act for judicial action compatible with the era of principles conquered in the Democratic State of Law, presenting a critique of the interpretative discretion exercised by magistrates, based on of Dworkin's post-positivist thought and the hermeneutic and philosophical contribution of Heidegger and Gadamer. For this purpose, exploratory research was adopted with regard to the objectives and bibliographical survey, through the analysis of legal literature from books, jurisprudence and case studies relevant to the matter, under a deductive approach. In order to demonstrate the theory in a concrete case, an analysis of RHC n° 146303/RJ is carried out, concluding with results that the Judiciary still persists in practices of interpretation of laws that are in disagreement with the principles that govern a Democracy, a since they still use ample voluntarism and discretion in complex cases, and here, more specifically in relation to cases that involve the interpretation of the limits of freedom of expression.

**Keywords:** Legal hermeneutics. Post-positivism. Freedom of speech. Federal Court of Justice.

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1	Excerto 1	38
Quadro 2	Excerto 2	40
Quadro 3	Excerto 3	41
Quadro 4	Excerto 4	42

## LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
HC	Habeas Corpus
Min.	Ministro
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>O POSITIVISMO JURÍDICO A PARTIR DA CRÍTICA DE DWORKIN: RAÍZES DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL</b> .....	<b>16</b>
2.1	O positivismo jurídico: conceituação e caracterização .....	18
2.2	O debate entre Dworkin e Hart: os princípios como resposta para a discricionariedade judicial .....	22
<b>3</b>	<b>HERMENÊUTICA JURÍDICA E DECISÃO JUDICIAL NO PÓS- POSITIVISMO</b> .....	<b>23</b>
3.1	A hermenêutica jurídica à luz da viragem ontológicolingüística.....	26
3.2	A teoria da decisão judicial a partir do pensamento pós- positivista.....	30
3.3	A hermenêutica jurídica e o direito à liberdade de expressão no cenário jurídico brasileiro .....	33
<b>4</b>	<b>UMA ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STF ACERCA DO RHC Nº 146393/RJ À LUZ DA TEORIA DA DECISÃO PÓS-POSITIVISTA</b> .....	<b>38</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>44</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>46</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O advento do constitucionalismo democrático está profundamente vinculado à luta contra as forças autoritárias tão evidentes no poder estatal durante toda a história, destacando-se como uma questão central do constitucionalismo a limitação do poder estatal e a proteção das liberdades políticas e sociais. Nessa intenção, foi elaborada e promulgada a Constituição Federal de 1988, visando romper com uma tradição autoritária existente no país tão reiteradamente, desde o Império até o Regime Militar de 1964, vindo a ser considerada a Constituição mais democrática que se viu no Brasil durante toda a República.

Assim, a partir desse constitucionalismo contemporâneo, diversas pautas historicamente esquecidas pela ciência jurídica foram implantadas no Direito, como por exemplo o problema da interpretação, da discricionariedade e da decisão judicial, aumentando, conseqüentemente, as demandas junto ao Poder Judiciário, colocando os magistrados numa posição de destaque na efetivação dos direitos fundamentais garantidos na Constituição.

Apesar disso, a discricionariedade judicial ainda é patente no atual cenário jurídico, resultado da grande indeterminação existente no direito, principalmente devido as teses sustentadas desde o positivismo exegético até, principalmente, o positivismo normativo. Isto porque todas as correntes sustentavam a possibilidade de uma interpretação discricionária frente à suposta impossibilidade de controle das decisões, o que deu aos magistrados o poder arbitrário de decidir acerca das “zonas de incerteza” existentes nos casos mais complexos, sem qualquer fundamentação com base na principiologia constitucional.

Diante dessa problemática, o presente estudo tem como ponto central verificação da utilização ou não de uma teoria do direito necessária num panorama constitucional pós-positivista por parte do poder judiciário. Portanto a pergunta que pretende responder-se com o estudo é: o Supremo Tribunal Federal, com a decisão tomada no Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 146303/RJ, utilizou-se de uma hermenêutica jurídica à luz da teoria da decisão pós-positivista?

Dessarte, a fim de responder a tal questão é que se justifica o presente estudo, com contribuição principalmente do pós-positivismo em Ronald Dworkin, juntamente com a filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, as quais passam a enfrentar a questão da discricionariedade, criando

a possibilidade para a construção de uma resposta em consonância com a Constituição e seus princípios basilares.

Ao discutir essa questão, o presente estudo terá enfoque sobre situações concretas de caráter complexo objetos de decisões judiciais no país com relação ao tema da liberdade de expressão, como maior exemplo disso, abordaremos a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no RHC nº 146303/RJ, tendo o caso integrado a lista de casos notórios no ano de 2018, abordando um tema delicado e complexo acerca da liberdade de expressão e seus desdobramentos.

Destarte, com prisma em tal perspectiva e a fim de responder tal questão é que se justifica o presente estudo. Ao discutir a necessidade de uma resposta adequada à constituição, diante a ausência de uma teoria da decisão numa vertente pós-positivista no cenário jurídico atual, o estudo pretendeu apresentar algumas insuficiências da via interpretativa deixadas pelo positivismo jurídico e a necessidade de uma adequação ao momento constitucional em que nos encontramos e o respeito ao que ele preserva. Portanto, a relevância acadêmica se verifica na exata medida da importância temática na prática forense a despeito de que pouco se têm abordado sobre o tema nas academias. De igual modo, denota-se a relevância social do tema diante da histórica luta pelo fim do autoritarismo e da discricionariedade dele decorrente.

Nesse ponto, a pesquisa que ora se apresenta tem por escopo analisar a decisão do Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 146303/RJ pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria da decisão pós-positivista. Tendo como objetivos específicos descrever o processo de formação do histórica do pensamento positivista; coletar uma decisão de caráter complexo acerca da temática da imitação do direito à liberdade de expressão no cenário jurídico brasileiro; discutir o processo hermenêutico utilizado no Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 146303/RJ pelo Supremo Tribunal Federal, analisando se foi utilizada uma hermenêutica jurídica baseada numa teoria da decisão pós-positivista e defender uma teoria da decisão com base em uma linha de pensamento pós-positivista, a partir das críticas de Dworkin e das contribuições hermenêuticas e filosóficas de Gadamer e Heidegger.

Para desenvolver o presente trabalho, sob o aspecto metodológico, foi adotada a pesquisa exploratória quanto aos objetivos, elegendo como procedimentos técnicos de pesquisa o levantamento bibliográfico, por meio de uma

abordagem dedutiva, por serem esses os mais apropriados à análise e aproximação com o problema posto sob análise.

Para tanto, a pesquisa se serviu de fontes primárias e secundárias, através da análise de literatura jurídica proveniente de livros, jurisprudências e estudos de casos pertinentes à matéria em estudo, com o destaque do RHC Nº 146303/RJ e, em comparação com ele, do Habeas Corpus n. 82.424-2, mais conhecido como “Caso Ellwanger”, com ênfase na matriz constitucional e hermenêutica do direito à liberdade de expressão no panorama jurídico brasileiro, confrontando decisões judiciais com uma teoria da decisão mais adequada em tempos de pós-positivismo.

Para estruturação do presente estudo, foi esse dividido em introdução, referencial teórico composto por três capítulos, sendo os dois primeiros desmembrados em subtemas, a fim de conferir maior elucidação à temática em discussão, sendo o último capítulo voltado à análise do problema com um estudo de caso, seguida pela conclusão do estudo.

Adotando-se uma sequência de abordagem cronológica, no primeiro capítulo, partiu-se de uma análise da literatura jurídica acerca da concepção, conceitualização e evolução histórico-social do positivismo jurídico a partir da crítica de Ronald Dworkin, demonstrando-se a construção de teorias da decisão com raízes discricionárias.

Na sequência, no segundo capítulo, realizou-se uma análise da hermenêutica jurídica à luz do pós-positivismo como uma forma de possibilidade para superação da discricionabilidade judicial e da construção de uma teoria da decisão sem o protagonismo judicial, a partir das contribuições trazidas pela filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, juntamente com o pensamento pós-positivista de Dworkin. Abordou-se, ainda, mais especificamente, um panorama geral desse tema com o direito à liberdade de expressão no país e como ele está sendo tratado nos tribunais.

Por fim, o último capítulo reservou-se a analisar o caso travado pelo RHC nº 146303/RJ, à luz da crítica hermenêutica aqui defendida, apontando o estudo no sentido de que é patente a insuficiência interpretativa apresentada ao longo de grande parte da história do positivismo jurídico, persistindo na prática a construção de decisões judiciais de caráter voluntarista e discricionário no panorama jurídico brasileiro, com enfoque sobre o tema da interpretação acerca dos limites da liberdade de expressão.

## 2 O POSITIVISMO JURÍDICO A PARTIR DA CRÍTICA DE DWORKIN: RAÍZES DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Com o advento do século XIX, o direito passa a se apresentar com uma postura mais científica e, em contraposição ao direito natural, dá-se origem ao positivismo jurídico. Essa corrente de pensamento cresceu juntamente com a ideia do progresso científico como um processo irrefreável, substituindo-se a fé religiosa pela crença absoluta na ciência, pensamento que dominou grande parte da cultura europeia na época.

Nesse contexto, o positivismo se apresentou como um movimento que tem como primazia a ciência e a busca de soluções por meio de seus métodos, estudando os fenômenos sociais de forma objetiva e não valorativa.

Para Bobbio (2017, p. 135):

O positivismo Jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.

No constitucionalismo contemporâneo o Direito assume uma postura transformadora, tendo como objetivo principal buscar a concretização das conquistas oriundas do Estado Democrático de Direito. Assim, reputa-se necessário superar o esquecimento do ser do Direito, problemática que foi ocultada pelo sentido comum teórico.

Para Lenio Streck (2017), a noção de separação entre a teoria e a prática surgiu na filosofia grega a partir da metafísica clássica e, posteriormente, foi retomada pela metafísica moderna. Para o professor:

(...) a razão prática nos vem desde a filosofia grega, quando Aristóteles delimitou uma filosofia teórica (que pergunta pela verdade ou pela falsidade) e uma filosofia prática (que pergunta pelo certo e pelo errado). Na primeira, está em jogo uma observação de uma determinada realidade, ao passo que, na segunda, tem-se o questionamento de uma ação concreta. Com relação à modernidade, —a problematização entre razão teórica e razão prática foi retomada por Kant em sua *Crítica da Razão Pura* e na *Crítica da Razão Prática*. O que há em comum entre Kant e Aristóteles é que em ambos há uma barreira que separa a filosofia teórica da prática e nenhum deles conseguiu explicar como a filosofia teórica pode determinar a filosofia prática ou vice-versa (STRECK, 2017, p. 59).

Em vista disso, nota-se que esse dualismo estabelecido pelo pensamento metafísico perdura até os presentes dias no pensamento dogmático, o qual continua-se apoiando no positivismo pós-exegético, colaborando ainda mais com o despreparo dos operadores do direito. Nesse sentido, a forma como se desenvolveu o ensino do Direito no país agrava essa problemática, ao passo que reproduz um pensamento imerso no senso comum teórico, seguindo uma linha de pensamento que trata o direito como uma mera racionalidade instrumental (LIMA, 2014).

Nas palavras de Ferraz Júnior (2019, p. 49):

É preciso reconhecer que, nos dias atuais, quando se fala em Ciência do Direito, no sentido do estudo que se processa nas Faculdades de Direito, há uma tendência em identificá-la com um tipo de produção técnica, destinada apenas a atender às necessidades do profissional (o juiz, o promotor, o advogado) no desempenho imediato de suas funções. Na verdade, nos últimos cem anos, o jurista teórico, pela sua formação universitária, foi sendo conduzido a esse tipo de especialização, fechada e formalista.

Com o advento da noção de Estado Democrático de Direito o ordenamento jurídico deve ser construído em parâmetros em que se impõe a atividade estatal uma busca pela concretização da Democracia. Portanto, é necessário enfrentar os problemas de teoria do Direito que impedem a concretização do Estado Democrático de Direito no contexto brasileiro.

A compreensão das teses positivistas e das suas problemáticas advém das críticas de Ronald Dworkin no pensamento pós-positivista. É nesse pensamento que a questão da discricionariedade judicial passou a ser tratada com maior afinco, devendo ser superada levando-se em consideração o vínculo que ocorre entre o direito e a moral, apresentando-se uma necessidade da busca pela resposta correta. Por isso, de acordo com o Streck (2021, p. 390), “mais do que possibilidade, a busca de respostas corretas é uma necessidade”.

Na teoria dworkiana, é patente o enfrentamento da discricionariedade uma que enfrenta um problema que não havia sido reconhecido com a devida atenção pelo positivismo normativista, como a interpretação e os limites da decisão judicial, passando a fornecer mecanismos para a concretização dos princípios que orientam a formação de um Estado Democrático de Direito.

Na linha de pensamento de Dworkin, a hermenêutica não nega a existência da multiplicidade de significados textuais que uma norma pode ter, mas apenas rejeita posturas que estabelecem um sentido antes mesmo da aplicação da norma,

uma vez que para encontra-se a resposta correta seria necessário um esforço de reconstrução institucional do direito (OLIVEIRA, 2008).

No método preconizado por Ronald Dworkin, todas as decisões judiciais deveriam obrigatoriamente justificar e fundamentar seus argumentos com base nos princípios inseridos no contexto jurídico do local, buscando sempre a reconstrução institucional do direito. Portanto, a teoria apresentada por Dworkin possui uma preocupação maior com o resultado da decisão, o que pressupõe o abandono de velhas posições discricionárias historicamente defendidas pelas várias vertentes positivistas.

## **2.1 O positivismo jurídico: conceitualização e caracterização**

Para compreendermos o positivismo jurídico e seu funcionamento até os presentes dias, é necessário levar em conta a formação histórica dessa corrente ideológica. E, além disso, é preciso considerar que o positivismo se situou em diversas tradições e épocas. De acordo com Reale e Antiser (2005, p. 296):

Na França, (o positivismo) inseriu-se no racionalismo, que vai de Descartes ao iluminismo; na Inglaterra, se desenvolveu inserindo-se na tradição empirista e utilitarista e, em seguida, entrelaçando-se com a teoria darwiniana da evolução; na Alemanha, assume a forma de cientificismo e de monismo materialista; na Itália, com Ardigò, aprofunda suas raízes no naturalismo renascentista, embora dê seus maiores frutos, dada a situação social da nação recém unificada, no campo da pedagogia e também na antropologia criminal.

As ideologias influenciadas pela Revolução Industrial consideram o progresso científico como uma solução para os problemas enfrentados pela humanidade. Nesse contexto, o positivismo se apresentou como uma reivindicação à primazia da razão e da ciência, por meio de seus métodos científicos no estudo dos fenômenos sociais (LIMA, 2014).

Em meados do século XX ao XXI, foram construídos e consolidados diversos posicionamentos acerca do positivismo jurídico, sendo formada uma heterogeneidade teórica ao fenômeno (STRECK, 2017). Nesse sentido, com a evolução do pensamento, houve uma resignificação de diversos predicados e fundamentos, e, da mesma maneira, a discricionariedade foi readaptada na corrente ideológica.

A primeira fase se dá no pensamento positivista exegético ou primevo, que teve em sua gênese grande referência as ciências exatas e naturais, sendo extraído dela um padrão objetivo. Com o advento da revolução francesa, tornou-se necessária a elaboração de um corpo normativo sistematicamente organizado e expressamente elaborado, com objetivo de garantir a segurança jurídica (LIMA, 2014).

Nesse período, a burguesia francesa estava buscando superar a fragmentação jurídica existente no país, já que a sociedade, anterior a codificação, possuía uma multiplicidade de direitos de acordo com o território, sendo no norte aplicados os costumes locais (*droit coutumier*) e ao sul o direito comum romano (*droit écrit*), assim, os burgueses acreditavam na possibilidade de existir um legislador universal, com capacidade para aprovar leis que fossem válidas em todos os lugares e tempos (LIMA, 2014).

Diante desse anseio, a elaboração do Código Civil Francês de 1804 teve grande influência do pensamento iluminista, sendo elaborado um corpo normativo com base de uma cultura racionalista, buscando livrar-se da multiplicidade do direito, a qual considerava fruto do arbítrio, devendo haver uma substituição por um direito simples e unitário (BOBBIO, 2017).

A codificação buscou ser capaz de resolver e abarcar todos os fatos sociais, reduzindo o ato interpretativo do juiz a uma análise meramente sintática. Assim, para essa linha de pensamento, a hermenêutica jurídica deveria ser reduzida um ato passivo e robotizado, uma vez que a lei acabaria toda a resolução do problema, restando para o juiz um papel apenas “boca inanimada da lei” (VIANA, 1997).

Essa primeira etapa apresenta uma conceitualização dos textos legais, baseando-se no pressuposto de que não existe direito além do que fora ditado nas leis válidas e vigentes no ordenamento jurídico. Essa posição buscava de forma extremamente estrita a total separação dos poderes, impedindo que o Poder Judiciário invadisse a esfera de competência do Poder Legislativo (LIMA, 2014).

Com o tempo, os operadores do direito notaram que um Código de Leis não era capaz de ditar todos os problemas que podiam aparecer na realidade, uma vez que a sociedade, e conseqüentemente o direito, não são estáticos, e para superar essa limitação apresentada na escola do positivismo exegético, surgiu o positivismo normativista, sendo essa a segunda fase do pensamento positivista.

Nessa nova fase, o positivismo normativista preocupou-se com a indeterminação do sentido do direito e com a insuficiência do método sintático-semântico de interpretação das normas (LIMA, 2014). É nesse contexto que surge o a “Teoria Pura do Direito”, obra do maior expoente dessa linha de pensamento, o filósofo Hans Kelsen.

Essa teoria foi apresentada visando eliminar do campo científico do direito os elementos sociológicos que existiam nele, incumbindo a filosofia do direito as considerações acerca de valores. Assim, para o pensamento kelseniano, o objeto da ciência jurídica se limitaria a cognição das normas, e não a sua prescrição. Portanto, o jurista não se importaria com o conteúdo ou valor das normas, mas apenas a sua vinculação formal ao sistema normativo.

Nas palavras do próprio Kelsen (2021, p. 1):

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

O objetivo principal de Kelsen era diferenciar a ciência jurídica e da influência de outras ciências, como por exemplo as ciências sociais, humanas e das ciências naturais, visando preservar a pureza do direito, limitando-se a preocupação apenas com o método. Logo, não lhe interessava o estudo do direito como um fenômeno social, uma vez que seu foco se restringia a analisar a ciência jurídica de forma puramente descritiva. Nas palavras de Vasconcelos (2010, p. 125):

Tal conceito rigoroso, como proposto, deverá ser alcançado mediante um processo de purificação, isto é, de exclusão do âmbito do Direito de tudo aquilo que não lhe seja essencial. Nas palavras de Kelsen; “Quer isto dizer que ela pretende liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (1974:17). Ao final do processo, deverá o Direito estar reduzido a ele mesmo, ao estritamente jurídico, e nada mais. Seu objetivo programático final é este: “Evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (1974:18). Trata-se, pois, de impedir que a ciência do Direito se confunda com a teoria política ou a ética, com a sociologia ou a psicologia. Sob outro prisma, o que Kelsen agora chama ciência jurídica livre ou genuína ciência do espírito, deveria surgir purificada: a) “de toda ideologia política” e b) “de todos os elementos da ciência natural” (1974:04). Parece ter-se fechado o círculo da pureza.

Com isso, Kelsen traz ao direito uma teoria com mais rigor científico, reforçando o método analítico em contraposição a correntes que favoreciam a perda desse rigor no momento da interpretação do direito, como é o exemplo da Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre, que aceitava a utilização de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação (LIMA, 2014).

Ocorre que nessa linha o pensamento kelseniano afastou no campo científico os problemas mais pragmáticos que inevitavelmente surgem no direito, limitando-se a uma construção meramente epistemológica do direito. Nas palavras de Warat *apud* Lima (2014, p. 135):

A Teoria Pura do Direito, ao ser reduzida a um conceitualismo presente tanto no idealismo crítico como no positivismo lógico, consegue eliminar de sua problemática a discussão sobre os fatores codeterminantes da realidade jurídica, como também sobre o papel social e político do Direito e as dimensões ideológicas dos diversos discursos jurídicos enquanto prática jurídica concreta.

Todavia, não é possível construir uma ciência jurídica totalmente desvinculada de outras ciências, como a sociologia e a história, isso porque a sociedade está em constante transformação, adaptando-se sempre às mudanças ocorridas na história. Assim, o direito não pode ser uma obra acabada que nega essas mudanças, justamente porque sua principal função é pacificar os conflitos existentes numa sociedade.

Segundo Reale (1978, p. 53):

Ora, mesmo quando a sociedade não apresenta sinais de mudanças bruscas ou aceleradas, a dinâmica do Direito se opera segundo ajustes e desajustes entre fatos e valores, de tal modo que os modelos legais possuem necessariamente uma existência de maior duração, segundo o tipo de situações reguladas. É claro que existem princípios jurídicos gerais há muito tempo incorporados ao patrimônio de nossa civilização, a tal ponto que parecem inatos, ou inerentes à razão *qua talis*; mas constituem eles, a bem ver, o resultado de conquistas amaduradas ao longo do processo histórico. Diga-se de passagem, que, se tais princípios adquiriram força objetiva estável, no decurso do tempo, é sinal que eles correspondem a *exigências* transcendentais do espírito humano como tal, o que representa a fonte inspiradora de todas as concepções do Direito Natural.

Diante disso, o pensamento kelseniano ampliou o problema semântico da interpretação relacionado à discricionariedade do intérprete na norma. Com isso, propôs a elaboração de uma ciência ligada apenas à ordem das proposições jurídicas, deixando o problema da realização do direito em segundo plano (LIMA, 2014).

Nesse cenário, nota-se que a discricionariedade está diretamente ligada ao positivismo jurídico, e, atualmente, o problema do positivismo pós-exegético, ou seja, o positivismo depois de Hans Kelsen, está no poder discricionário delegado aos magistrados com o pretexto de preencher lacunas da lei nos casos complexos. E essa problemática trazida em nossa realidade principalmente pelo positivismo normativista, acabou por garantir um salvo conduto para que o Poder Judiciário invada a competência do Poder Legislativo fora do seu espaço de atuação (LIMA, 2014).

É evidente que, em tempos de um Constitucionalismo Contemporâneo extremamente vinculado a ideia de democracia, continuar se utilizando de teses voluntaristas é extremamente inadequado. Portanto, faz-se necessária a superação de uma teoria da decisão que tenha características vinculadas ao paradigma da filosofia da consciência.

## **2.2 O debate entre Dworkin e Hart: os princípios como resposta à discricionariedade judicial**

Segundo Streck (2017), o positivismo pós-exegético traz consigo uma grande problemática atrelada a discricionariedade judicial. E essa questão da existência ou não de um dever legal do juiz decidir de uma determinada forma no caso concreto está atrelada a completude ou incompletude de uma lei, sendo imputada ao juiz uma delegação para preenchimento das chamadas lacunas.

Uma das discussões mais conhecidas da Filosofia do Direito é o debate Hart-Dworkin por se tratar de uma discussão eminentemente filosófica, envolvendo uma série de controvérsias entre Hart, com o positivismo jurídico e Dworkin com a teoria pós-positivista, trazendo em pauta uma série de controvérsias.

O ponto de partida de Dworkin e Hart se dá justamente nessa questão da incompletude ou completude da lei. Para Dworkin a teoria normativa de uma lei deve não apenas identificar uma lei, mas deve também justificá-la moralmente. Já para Hart é necessário que se tenha uma teoria normativa puramente descritiva da lei, com critérios capazes de identificar quais regras e princípios são lei (IKAWA, 2004).

Segundo Streck (2017), a teoria hartiana organiza-se em três teses que caracterizam o positivismo moderno, sendo elas: a tese das fontes sociais, a tese da separação entre direito e moral e a tese da discricionariedade. A primeira tese é

relativa à validade de uma norma com respaldo da comunidade, não sendo necessária a validade moral dela, e dessa tese decorre todas as outras. Hart ainda admite que as regras jurídicas podem vir a apresentar imprecisões na interpretação sobre o texto normativo, e nesses casos o sentido da norma é dado pelo juiz, configurando-se a discricionariedade (SHAPIRO, 2013).

Já para Dworkin (2014), o direito é entendido como uma prática resultante da interpretação das normas positivas em harmonia com os princípios delas inerentes, devendo-se construir uma argumentação jurídica apoiada na integridade do raciocínio do direito. Sendo abrangida nessa integridade do direito a busca pela melhor justificativa nas decisões em coerência com o sistema jurídico.

O debate Hart-Dworkin deriva das críticas de Ronald Dworkin ao positivismo hartiano. Segundo Shapiro (2013, p. 4):

O debate Hart x Dworkin envolve questões díspares, tais como: a existência de discricionariedade judicial, o papel da política no julgamento, o fundamento ontológico das regras, a possibilidade de filosofia do direito descritiva, a função do direito, a objetividade do valor, a imprecisão dos conceitos e a natureza da inferência legal.

Para Dworkin (2017), as teses trazidas pelo positivismo hartiano são passíveis de revisão. Com relação à tese dos fatos sociais, argumenta que além dos critérios formais de validade do direito deve ser levado em conta também os critérios de conteúdo da norma. Para Dworkin (2017), a tese das fontes sociais, ou “tese do *pedigree*”, como é nomeada por ele, possui uma falha ao restringir o que é jurídico apenas ao aspecto formal da norma. Como um exemplo de circunstância de conteúdo é apresentada a juridicidade dos princípios, uma vez que a interpretação de uma norma precisa de um senso de adequação no sistema jurídico, e não apenas de uma fonte social para ser validada.

Com relação à tese da discricionariedade, o pensamento de Dworkin é no sentido de que não apenas as regras jurídicas vinculam o julgador, mas também os fundamentos (princípios) existentes no sistema jurídico que devem guiar a decisão nos casos complexos. Logo, a argumentação jurídica nas decisões deve apresentar uma harmonia com os princípios que integram o direito, uma vez que eles estão implícitos nas regras positivadas (STRECK; MOTTA, 2018).

### **3 HERMENEUTICA JURÍDICA E DECISÃO JUDICIAL NO PÓS-POSITIVISMO**

Uma teoria da decisão deve ter como uma de suas principais preocupações a necessidade de uma validade normativo-jurídica do juízo decisório, mas isso não significa uma proibição de se interpretar. Nesse sentido, nomeada como uma teoria de pós-positivismo essa deve efetivamente ter superado o problema trazido pelo positivismo, qual seja: a discricionariedade judicial.

Nessa linha, o trabalho da hermenêutica passa a ser construir as condições necessárias para a elaboração de uma teoria da decisão judicial buscando uma possibilidade concreta da elaboração de um controle das decisões judiciais. Assim, o objetivo não se trata apenas da superação do “juiz boca da lei”, e, sim, a busca pela melhor forma de controlar esse juiz que não pode ser mais “boca da lei” (STRECK, 2010).

Diante disso, a teoria dworkiana trata adequadamente de uma teoria da decisão ao passo que não admite a discricionariedade judicial, aquilo que está na essência da grande maioria das teorias judiciais contemporâneas. Isso porque, segundo Streck (2010, *on-line*):

Não há dúvida de que uma teoria jurídica democrática deve se preocupar com a validade normativo-jurídica do concreto juízo decisório. O que não se pode concordar é que, para alcançar esse juízo decisório, são possíveis juízos discricionários, o que reforça(ria) novamente o solipsismo interpretativo.

A validade é o resultado de um processo de argumentação em que são confrontadas as razões e é reconhecida a autoridade de um determinado argumento, não estando vinculado essa autoridade a uma imposição arbitrária, mas a ideia de que algo pode ser inspecionado (GADAMER, 2015). Assim, para Dworkin (STRECK, 2010), o juiz deve decidir com base em argumentos de princípio e não de políticas, isso porque esses princípios apontam os limites que devem existir no ato de decidir.

Assim, de acordo com a teoria pós-positivista, para a formulação de uma decisão judicial não deveria ser importante as convicções pessoais e morais do julgador, uma vez que este deveria se basear pelos princípios. Sendo essa aversão a discricionariedade uma defesa ferrenha da efetividade do Estado Democrático de Direito.

Outrossim, é importante ressaltar que o pensamento pós-positivista não tem como objetivo diminuir o papel da atividade jurisdicional, mas sim garantir que os juízes atribuam o melhor sentido ao direito posto com base nos princípios assegurados na lei maior do país, afastando das decisões a discricionariedade de acordo com Streck (2010):

Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que Dworkin não transforma o seu “juiz Hércules” em um juiz solipsista e tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura (v.g., como fazem Luhmann e Habermas). Insista-se: a teoria dworkiniana, assim como a hermenêutica, por serem teorias preocupadas fundamentalmente com a applicatio, não desoneram o aplicador (juiz) dos Begründungsdiskurs (discursos de fundamentação). E isso faz a diferença.

Nesse sentido, é no pensamento pós-positivista de Dworkin que ocorre a superação do problema interpretativo das normas, uma vez que por meio da integridade do direito que ele defende a possibilidade da existência de uma resposta correta para todos os casos, superando a discricionariedade, devendo essa resposta ser baseada nos princípios que orientam a formação do Estado.

Assim o pós-positivismo não nega a existência da multiplicidade de sentidos que os textos normativos trazem, mas tão somente rejeitam posições que estabelecem sentido antes mesmo da aplicação da norma. Assim, falar em uma “resposta correta” não implica em estabilizar um único sentido para o texto normativo, se trata de uma forma de enfrentar-se a indeterminação do direito, fazendo com que toda interpretação jurídica seja baseada por argumentos principiológicos.

Nesse sentido:

Dworkin reconhece uma insuficiência do modelo estritamente teórico de fundamentação, mas debela qualquer possibilidade de lacuna visto que, para ele, a argumentação jurídica está vinculada a critérios práticos de justificação que remetem para padrões prévios de conduta chamados princípios (OLIVEIRA, 2008, p. 177).

Dessa forma, na teoria pós-positivista, todas as decisões estão compelidas a se basearem em argumentos principiológicos em consonância com o Estado Democrático de Direito, sendo a discricionariedade um problema para a efetivação

desse novo cenário constitucional. Devendo ser abandonadas todas as teorias do direito que não apresentem uma postura coerente com os princípios que integram determinada sociedade.

### 3.1 A hermenêutica à luz da viragem ontológico-linguística

A viragem ontológico-linguística apresenta uma nova possibilidade epistemológica, tornando a linguagem como o ser do homem, ou seja, ela passa a reconhecer a linguagem como matéria das experiências, conhecimentos e pensamentos, e por meio dela o homem tem sua existência.

Para Neves (*apud* Streck, 2021, p. 48):

[...] o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é.

Ocorre que para compreendermos o fenômeno da discricionariedade que tanto se faz presente nas várias vertentes positivistas, precisamos considerar as transformações ocorridas no pensamento metafísico, do período clássico, que adotava uma postura mais objetivista, até a modernidade, com o advento da filosofia da consciência, que é anterior à viragem linguística.

Em um primeiro momento, precisamente no período clássico, afirmava-se, com base na metafísica, que o sentido se encontrava nas próprias coisas, uma vez que cada uma delas possuía uma essência própria, independente da linguagem, reservando a esta um papel meramente secundário, posição que foi defendida tanto por Platão quanto por Aristóteles.

A primeira obra de cunho filosófico a trazer o problema da linguagem foi o diálogo platônico “*Crátilo*”, em que Platão buscou intermediar entre as teses defendidas pelo naturalismo e pelo convencionalismo, sendo defendido pelo primeiro que cada coisa teria um nome por sua natureza e pelo segundo que o nome dado a coisa se estabelecia de maneira arbitrária. Diante do diálogo entre essas teorias, Platão sustenta um papel secundário para a linguagem, uma vez que o conhecimento da realidade não dependia dela, e a partir desse momento começa a esconder o ser (LIMA, 2014).

Já em Aristóteles, mesmo não aceitando a linguagem como autônoma aos objetos, ele também põe a linguagem em um papel secundário, propondo que o sentido das palavras seria encontrado apenas na essência das coisas. Aristóteles vinculada a ideia de verdade à busca pela essência das coisas, assim, apenas de estar sendo discutida a linguagem, esta possuía apenas um caráter descritivo, sempre na busca das essências. Nesse sentido, explica Oliveira (2006 *apud* Oliveira e Camacho, 2015, *on-line*):

Aristóteles que influenciou realmente o Ocidente foi o Aristóteles da concepção designativa da linguagem. K-O Apel articulou esquematicamente tal concepção da linguagem e sua relação com o conhecimento. [...] Em primeiro lugar, conhecemos, cada um por si e independentemente dos outros, os elementos do mundo sensível dado; depois, por meio de abstração, com o auxílio do instrumento da lógica universalmente validade, captamos a estrutura ontológica do mundo; no terceiro momento designamos por meio de acordo os elementos da ordem estrutural do mundo e representamos os conteúdos por meio da associação de símbolos; por fim, comunicamos a outros homens por meio de associação de símbolos os conteúdos por nós conhecidos.

Ainda no período clássico, é possível encontrarmos críticas a este pensamento metafísico aristotélico a partir do filósofo Guilherme de Ockham, que defendeu a impossibilidade de os nomes possuírem uma relação direta com os objetos, fazendo com que a linguagem recebesse uma nova perspectiva sem a obscuridade existente durante o período clássico com o pensamento metafísico (LIMA, 2014).

Mais tarde, com o advento da modernidade e da ascensão do homem como o ser determinante do sentido do mundo, o ser humano passou a ser considerado um sujeito solipsista, superando o objetivismo apresentado na metafísica clássica, passando a ser um assujeitador, atribuindo sentido ao mundo por meio da razão. Assim, a linguagem continuou a possuir um papel secundário, meramente designativo.

Esse momento da modernidade é chamado de filosofia da consciência, e é a partir dele que devemos analisar o positivismo normativista, surgindo as teorias discricionárias inseridas no sujeito solipsista ainda persistentes no direito atual, mesmo após as revoluções de pensamento que o giro ontológico linguístico trouxe (LIMA, 2014).

Para a filosofia da consciência, o sentido era inerente ao texto normativo, dependendo de um intérprete que por meio de determinadas técnicas e métodos

extrairia dele o verdadeiro significado intrínseco ao texto. Esse pensamento se baseia em “uma série de dualismos metafísicos, tais como essência e acidente, substância e propriedade e aparências e realidade” (STRECK, 2021, p. 137).

A crítica a este pensamento é justamente a clareza a comprovação do conhecimento acerca do conhecimento real da essência das coisas, ou seja, o problema da finitude da compreensão humana. Nesse sentido, Stein (1983, apud LIMA, 2014, *on-line*) afirma que:

A finitude da compreensão do ser em que se movimenta o ser-aí se revela precisamente no seu modo de acesso ao ser e no modo de acesso do ser a ele. Na compreensão do ser prevalece o velamento; o homem somente compreende o ser ligado ao velamento imposto pela finitude do próprio homem.

A partir da viragem ontológico-linguística, é apresentada uma nova possibilidade epistemológica, reconhecendo-se a linguagem como o ser do homem, ou seja, o meio pelo qual o homem tem suas experiências, conhecimentos e pensamentos expressados. Nessa perspectiva, é oferecida uma nova possibilidade para a compreensão do direito por meio da filosofia hermenêutica de Heidegger e a hermenêutica filosófica de Gadamer, dando vasão ao mundo pragmático no meio da filosofia, excluindo do cenário o sujeito solipsista.

Em vista disso, Heidegger pretendeu reformular o sentido do ser, e, ao fim, a eliminação do pensamento metafísico tradicional, que manteve em obscuridade o ser em toda sua teoria. Em suas palavras:

Por mais rico e estruturado que possa ser o seu sistema de categorias, toda ontologia permanece, no fundo, cega e uma distorção de seu propósito mais autêntico se, previamente, não houver esclarecido, de maneira suficiente, o sentido do ser e não tiver compreendido esse esclarecimento como sua tarefa fundamental (HEIDEGGER, 2015, p. 47).

Assim, a filosofia heideggeriana teve o objetivo de compreender o ser de um ente em sua historicidade, ou seja, o ser humano enquanto um ser histórico a partir de uma determinada tradição e tempo, uma vez que sua compreensão de mundo é necessariamente dependente do tempo. Portanto, não seria mais pensada uma concepção de sujeito solitário, mas num contexto que antecipa a construção do sentido (STRECK, 2018).

Segundo Gadamer (2007), para isso era necessário que deslocássemos a atenção do ente em direção ao ser, assim, Heidegger constrói, por meio do método fenomenológico e a partir da noção de finitude da compreensão, uma teoria em que todas as questões acerca do sentido do ser estivessem necessariamente ligadas ao tempo.

Essa finitude da compreensão se dá enquanto condição de acesso ao ser, ou seja, uma condição de possibilidade para o pensamento, tendo em vista sempre a temporalidade da existência. Assim, por meio de uma analítica existencial, a filosofia heideggeriana objetivou alcançar o fenômeno da temporalidade, compreendendo a partir disso o sentido do ser.

Nesse sentido, afirma Heidegger (2015, p. 47-48) que:

O ser da presença [Dasein] tem o seu sentido na temporalidade. Esta, por sua vez, é também condição de possibilidade da historicidade enquanto um modo de ser temporal da própria presença [Dasein], mesmo abstraindo da questão do se e como a presença é um ente no tempo [...] Historicidade indica a constituição de ser do “acontecer”, próprio da presença [Dasein] como tal [...] Explicitamente ou não, a presença [Dasein] é sempre o seu passado e não apenas no sentido do passado do que sempre arrasta “atrás” de si e, desse modo, possui, como simplesmente dadas, as experiências passadas que, às vezes, agem e influem sobre a presença [Dasein]. Não. [...] Em cada um de seus modos de ser e, por conseguinte, também em sua compreensão de ser, a presença [Dasein] sempre já nasceu e cresceu dentro de uma interpretação de si mesma [...] Essa compreensão lhe abre e regula as possibilidades de seu ser. Seu próprio passado, e isso diz sempre o passado de sua “geração”, não segue, mas precede a presença, antecipando-lhe os passos.

Assim, concluiu que “nós não vivemos ‘no tempo’, como se este fosse algum fluxo independente e abstrato, exterior ao nosso ser. Nós ‘vivemos tempo’; os dois termos são inseparáveis” (STEINER, 1978, p. 70 *apud* SILVA, 2013, *on-line*). Portanto, a base da ontologia heideggeriana foi a analítica existencial, por meio da qual rejeitou uma ontologia da coisa, superando o pensamento metafísico, do qual entende não ter alcançado uma resposta para a questão do ser, fazendo com que a hermenêutica fosse apenas uma técnica de interpretação textual para algo mais vinculado a filosofia.

É com base na filosofia heideggeriana que Gadamer dá consistência a seu projeto hermenêutico, que tem a linguagem como o primado da filosofia, ou seja, ela é a condição para que a compreensão de todas as coisas, pois estas só existem

para o homem quando há uma simbolização linguística, uma vez que, sem a linguagem, a coisa estaria fora da realidade humana.

Assim, Flickinger (2014, p. 27) assevera que

a destruição da metafísica tradicional por Heidegger, que pôs em xeque a tradição filosófica preocupada em legitimar o saber científico a partir de um princípio último inabalável, ofereceu ao jovem pesquisador [Gadamer] um caminho de investigação promissor. [...] Para Heidegger, o entendimento das raízes da filosofia, plantadas na tradição grega, passa pela sensibilidade em relação à língua: o homem é ser movido por ela. Com a bela metáfora de que “a linguagem é a casa na qual se vive”, Heidegger adscreeveu a ela a função de chave para o mundo; a ela caberia apontar o contexto no qual a existência humana se realiza.

E, sobre a função da linguagem, segundo Streck (2021, p. 255):

A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa.

Destarte, a partir dessa nova perspectiva, a linguagem passa a ser trabalhada não apenas como algo nominalista, mas como mediadora do significado e sentido das coisas. Portanto, a hermenêutica no modelo gadameriano busca a interpretação de um texto com base na sua situação temporal/histórica concreta, superando o modelo metafísico que separava o texto normativo dos fatos sociais concretos ao tempo.

### **3.2 A teoria da decisão jurídica a partir do pensamento pós-positivista**

A partir da nova perspectiva trazida pela viragem ontológico-linguística, é promovida uma discussão acerca da questão hermenêutica jurídica a partir de um novo horizonte, propondo-se um novo prisma para encararmos os textos normativos e a sua forma de interpretação. Essa proposta requer uma discussão de questões fundamentais do Direito, de modo a revisar todo o arcabouço de teorias das normas e a elaboração de uma nova e mais adequada teoria da decisão.

Atualmente, a ideia de que o direito é tão somente aquilo que a lei descreve ou de que o juiz é a “boca da lei” não possui tantos defensores. Mas mesmo com advento dessa nova hermenêutica trazida, principalmente, por Heidegger e Gadamer, e, em um contexto nacional, por Streck e Eros Grau, na chamada “era dos princípios” a principal ideia difundida é a de que o direito seria o que os juízes dizem (OLIVEIRA, CAMACHO, 2015).

Precipuamente, é importante esclarecer-se a que se refere a chamada “era dos princípios” conforme Streck (2014, p. 314):

A assim denominada “era dos princípios” representa simbolicamente a ruptura com o modelo de regras. Os direitos humanos/fundamentais/sociais/ingressam – como mundo prático – por intermédio da principiologia (que, evidentemente, pode levar a infundáveis discussões acerca da “distinção” entre regras e princípios; só que essa é uma discussão semântica). Mas antes da distinção (que não é a mesma coisa que diferença), há algo que se antecipa, isto é, a questão que sustenta a revolução copernicana proporcionada pelo ontologische Wendung (giro ontológico), condição de possibilidade para a superação de qualquer dualismo decorrente do esquema sujeito-objeto.

Assim, com relação ao questionamento em si, para encontrarmos resposta satisfatória devemos inicialmente nos reportar para a função dos princípios em nosso contexto jurídico. No âmbito filosófico, os princípios são pressupostos universais que definem regras essenciais protegem um sistema maior, dessa forma, no âmbito jurídico, os princípios servem para reincorporar a moral no direito por meio de sua positivação legal (STRECK, 2014).

Todavia, deve existir um cuidado na interpretação mesmo nessa nova “era dos princípios” conforme Streck (2014, p. 250):

Era dos princípios não é – de modo algum – um plus axiológico-interpretativo que veio para transformar o juiz (ou qualquer intérprete) em um superjuiz que vai descobrir os “valores ocultos” no texto, agora auxiliado pelos princípios [...] A superação do esquema sujeito-objeto faz com que os sentidos se deem em uma intersubjetividade. A maior liberdade na interpretação (atribuição de sentidos) em favor dos juízes acarretaria na afirmação da subjetividade assujeitadora.

Assim, mesmo com o advento dessa nova era, existe quem defenda o sujeito solipsista no papel de julgador, o que vai em sentido contrário ao que se propõe a era, uma vez que defender a possibilidade de uma hermenêutica discricionária, ou seja, da livre atribuição de sentido da dos princípios, nega a própria normatividade dos princípios.

Logo, é patente a necessidade de uma reestruturação da hermenêutica para que a teoria da decisão seja compatível com o modelo intersubjetivo instaurado na viragem ontológico-linguística, uma vez que o que se discute se existe uma eventual natureza constitutiva nas decisões, mas apenas se questiona a problemática do direito se tornar aquilo que os magistrados dizem, sem uma base efetiva com a tradição jurídica que os princípios trazem ao direito.

Grau (2021) apresenta várias questões importantes de serem debatidas para a construção de uma hermenêutica válida. Como sua primeira pontuação, destaca a importância da diferenciação entre o texto e a norma, esclarecendo que o texto se referiria ao sinal linguístico e a norma ao que se constrói a partir da interpretação, ou seja, a partir da interpretação é expressado o conteúdo da norma disposta, e assim, o conjunto das disposições normativas só ganha significado com a interpretação delas.

Assim, concluiu que as normas só existem em função do caso concreto, como informa Grau (2021, p. 45):

A norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o caso, necessariamente, além dos textos e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados [...] a norma encontra-se (parcialmente) em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição). O intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro, no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete produz a norma. O intérprete compreende o sentido originário do texto e mantém (deve manter) como referência de sua interpretação, atualizando-o.

Dessa forma, não existe o direito se não houver interpretação, o que não significa que o direito é o que o juiz diz, uma vez que esta interpretação deve ser feita à luz da nova hermenêutica vinculada a era dos princípios. Para Grau (2021), a interpretação nesse novo momento tem seu marco inicial na “pré-compreensão”, ou seja, se dá a partir de uma antecipação de sentidos do texto. A pré-compreensão consiste basicamente na revisão da ideia prévia de um texto, assim, é reconhecido o valor dos conceitos prévios e progressivamente a revisão dá um novo sentido mais adequado ao texto, sem que seja adotada uma postura totalmente subjetiva.

Outra preocupação do pensamento pós-positivista se dá com relação aos meios de controle e correção das decisões judiciais, especialmente nas decisões

que se utilizam grandemente de uma discricionariedade irrestrita. Para Grau (2021), existem dois tipos de juízo: o de legalidade e o de oportunidade, assim:

Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade comporta opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente (GRAU, 2021, p. 89).

Logo, não é dado ao julgador, intérprete do texto, a discricionariedade de ignorar a texto e o contexto em que ele se insere, assim, para falarmos em verificação de “decisões corretas” estas devem estar dentro da estrutura jurídica em que o texto se insere, não podendo ser aceita a atuação por meio do juízo de oportunidade, conforme preconizado.

Para Streck (2018), em consonância com a contribuição de Dworkin acerca da superação do problema da interpretação pela integridade do Direito, o ato de interpretação de um texto jurídico por meio da integridade e coerência não significa ater-se à jurisprudências de casos similares ou iniciar a interpretação sem uma base de sentido prévia, mas sim a um incentivo na interpretação do julgador para que ele busque decidir de forma coerente com os princípios fundamentais postos no contexto jurídico em que se encontra.

Nesse sentido, o entendimento correto não é de que os julgadores estariam impedidos de interpretar, mas sim de que a interpretação necessariamente deve ser feita de forma coerente com a integridade do Direito. Para Streck (2010, *on-line*):

Fundamentalmente – e nesse sentido não importa qual o sistema jurídico em discussão –, trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente. Numa palavra: a resposta correta (adequada) tem um grau de abrangência que evita decisões ad hoc. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.

Assim, uma teoria da decisão coerente com a nova era dos princípios deve contar com o respeito pela construção do conhecimento dado pela jurisprudência e pela exigência da observância dos princípios como possibilidade para construção de uma resposta correta para os problemas jurídicos, principalmente nos casos mais

complexos, superando a discricionariedade judicial, concretizando de fato um Estado Democrático de Direito.

### **3.3 A hermenêutica jurídica e o direito à liberdade de expressão no cenário jurídico brasileiro**

Existem diversas vertentes possíveis de discussão acerca das decisões judiciais no cenário jurídico brasileiro, uma vez que são vastas as decisões marcadas pelo solipsismo, ou seja, decisões que na realidade se revestem muito mais com o produto da vontade do julgador do que efetivamente com o produto da interpretação legal (STRECK, 2017a).

Isso ocorre mais evidentemente nos casos chamados “complexos”, uma vez que estes possuiriam uma “zona de incerteza” que necessitaria, no mundo ideal, de um trabalho hermenêutico para ser resolvido. Entre esses casos complexos, destaca-se aqui as decisões judiciais que envolvem a limitação ao direito à liberdade de expressão no país, não sendo raro nesses casos encontrarmos decisões que se pautem em uma análise subjetiva desse direito, em vez que se pautar por aquilo que está determinado na Constituição.

Nesse sentido, o problema vinculado a isto está na contribuição que o poder judiciário brasileiro dá para a fragilidade da concretização dos direitos fundamentais assegurados na Lei maior do país (STRECK, 2017b). Sendo as práticas decisórias solipsistas resultado de uma maior discricionariedade dos julgadores, e aqui, mais especificamente quanto à limitação do exercício da liberdade de expressão.

Sabe-se que a conquista do direito à liberdade de expressão foi uma das maiores condições essenciais para a efetivação de uma sociedade democrática, sendo a luta por ela uma forte característica do antiabsolutismo desde as considerações liberais de John Locke (1983), pela qual a própria existência dependeria da liberdade de consciência e política, sendo a noção de ideia para ele “o objeto do pensamento. Todo homem tem consciência do que pensa, e que quanto está pensando sua mente se ocupa de ideias” (LOCKE, 1983, p. 159).

Apesar de ser um direito fundamental para a efetivação da democracia, é um sendo comum que esse todo direito comporta limitações, ainda em contextos que se assegura uma proteção mais absoluta dele, como é o exemplo do direito estadunidense. Dentre essas limitações possíveis encontra-se a noção de discurso

de ódio, assunto que possui um alto nível de dissonância entre os juristas, a qual muitas vezes depende de um trabalho hermenêutico para ser justificada como limitação.

No pensamento Dworkiano, por exemplo, a noção de “discurso de ódio” deve ser abrangida no direito à liberdade de expressão, uma vez que esse direito também significa a tolerância por discursos intolerantes (DWORKIN, 2019). Isso se dá porque a defesa da limitação da liberdade por meios subjetivos cria diversas rupturas na sociedade e na noção de justiça, pois, entre os outros diversos problemas, um dos mais prejudiciais é a perversão causada na lei, uma vez que, independentemente de quem decida arbitrariamente o caso, os seus opositores – os quais sempre irão existir – tentarão usar a mesma forma de perversão, sendo que dessa vez para seu proveito, e assim, a noção de justiça é completamente deturpada.

No cenário brasileiro, a liberdade de expressão trata-se de um direito fundamental de caráter não absoluto que se encontra disposto no art. 5º, IV da Constituição Federal, vejamos que em seu próprio texto, nos incisos V, X e XLII, já se encontram limitações:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (BRASIL, 1988, *on-line*).

Conforme se dá com a leitura dos incisos, as principais limitações legais da liberdade de expressão são: a vedação do anonimato, a ofensa à honra, imagem e intimidade de terceiros, sendo assegurado o direito de resposta de forma proporcional ao dano, bem como a prática do racismo, limitações das quais não se confundem com uma justificção para censuras, mas tão somente para garantir a efetivação de outros direitos fundamentais em conflito com este.

No cenário jurídico brasileiro, a temática o discurso de ódio também vem sendo delineado como uma restrição à liberdade de expressão, diante da ratificação de tratados internacionais e da positivação do tema na legislação, bem como por meio de jurisprudências, como é o julgamento do HC 82424/RS, mais conhecido como “Caso Ellwanger” (STRECK, 2014).

O Habeas Corpus n. 82.424-2, conhecido como “Caso Ellwanger”, foi um grande julgamento que se tornou jurisprudência do Brasil acerca de casos que envolvem a ponderação entre a liberdade de expressão e o crime de racismo. Para fundamentar o HC 82424/RS, a defesa argumentou que o povo judeu não se configurava como uma raça, pois de em uma visão biológica seríamos todos da raça *Homo Sapiens*.

Na decisão, o Min. Maurício Corrêa negou o Habeas Corpus com base no argumento de que o conceito de raça ultrapassa a genética e está mais vinculada a questões socioculturais de um grupo. Já no voto do Min. Marco Aurélio, foi a favor com base no conceito de liberdade de expressão, uma vez que, segundo ele, o objeto da ação (livros) não incitava nenhum preconceito ou violência ao povo judeu.

Posicionando-se acerca da problemática, além do art. 5º, XLII da Constituição Federal, o art. 20, caput e § 2º da Lei 7.716/89 trazem uma clara fundamentação:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

[...]

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza (BRASIL, 1989).

Em vista disso, legalmente, é possível retirar-se da leitura do artigo que a prática, indução ou incitação de discursos preconceituosos que envolvam a raça, a cor, a etnia, a religião ou até discursos xenofóbicos são caracterizados como crime, sendo atribuída uma agravante para casos em que esse discurso seja feito através de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.

Em uma análise sobre o Caso Ellwanger, Streck (2014) defende que de fato os discursos de ódio não devem ser abrangidos pela liberdade de expressão:

Não esqueçamos que o STF, no HC 82424 (Caso Ellwanger), negou o sentido constitucional da liberdade de expressão a discursos de ódio, a expressões de preconceito e de discriminação de qualquer natureza, que visam a inferiorizar ou a não reconhecer a liberdade como igualdade na

diferença e a dignidade de todos e de cada um como expressão constitucional do direito fundamental a ser tratado pelo Estado com igual respeito e consideração (o sentido amplo ali adotado pelo STF para "racismo") (STRECK, 2014).

Por outro lado, em uma nova e contributiva proposta, Andrade (2020) aduz que apesar de uma possível restrição, para estar adequada com a constituição deve ter critérios específicos, e não fundamentada basicamente em um argumento político ou moral. Assim, seria necessário que a extensão do direito à liberdade de expressão fosse discutida conjuntamente com os princípios, com coerência, integridade e respeito a Constituição.

Dessa forma, para que houvesse a restrição, Andrade (2020) defende que os discursos de ódio que não fossem abrangidos pela liberdade de expressão deveriam ser individualizados, não sendo possível uma restrição genérica a grupos alvo, mas sim com uma individualização de seus integrantes, para que seja possível a criação de critérios específicos vinculados a uma intenção do emissor a lesar um grupo ou a incitar a lesão aos direitos desse grupo.

Assim, para que um discurso de ódio discriminatório contra um grupo fosse passível de indenização, esse deveria se tratar de um discurso extremo, em que o emissor incita a violência direta à direitos de membros individualizados do grupo (ANDRADE, 2020). Isso se dá em razão da importância do direito à liberdade de expressão para o Estado Democrático de Direito, devendo ser muito bem delimitada a sua restrição, atendendo critérios objetivos que devem ser investigados em cada caso que o envolva.

Com relação ao Caso Ellwanger, Andrade (2020) aponta que um dos principais problemas da decisão se dá no uso de parâmetros interpretativos que possibilitam a discricionariedade do julgador. Essa problemática não é isolada, ao passo que no contexto brasileiro é evidenciada uma carência no aprofundamento teórico acerca da liberdade de expressão, tanto com relação a sua conceituação quanto em relação aos critérios interpretativos que lhe envolvem.

Em um sentido similar, Macedo Junior (2017, *on-line*) sustenta que:

De várias formas, o “modelo brasileiro”, baseado na doutrina da ponderação e na vaga conceptualização da dignidade humana, dá aos tribunais discricionariedade para decidir os limites da liberdade de expressão. Decisões judiciais fundamentadas na retórica da ponderação estão se tornando dominantes no Supremo Tribunal Federal e, geralmente, elas evitam aspectos epistemológicos relativos a objetividade e justificação moral.

Defendendo uma forma de elaboração da jurisprudência brasileira mais similar à norte-americana, para que haja uma alternativa mais rígida e conceitualmente democrática ao modelo de ponderação, ainda desconhecido pelos tribunais brasileiros. Logo, em sua visão, essa escassez de conceito e de critérios de interpretação afasta análises importantes e necessárias sobre o tema, contribuindo para a utilização de uma certa discricionariedade nas decisões judiciais brasileiras.

Desde o julgamento do Habeas Corpus n. 82.424-2, conhecido como “Caso Ellwanger”, mesmo passados mais de dezesseis anos, demandas que versam acerca do direito à liberdade de expressão são persistentes e se ampliaram ainda mais cobrando da justiça brasileira um posicionamento coerente e íntegro.

#### **4 UMA ANÁLISE DA POSIÇÃO DO STF ACERCA DO RHC Nº 146393/RJ À LUZ DA TEORIA DA DECISÃO PÓS-POSITIVISTA**

Após o julgamento do Caso Ellwanger, um importante caso que figurou na lista de casos notórios no ano de 2018 foi o julgamento do RHC nº 146303/RJ, no qual o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso interposto por Tupirani da Hora Lores, em que postulava a anulação da sentença que o condenou pelo crime de racismo pela incitação à discriminação religiosa, consubstanciada no mesmo artigo que fundamentou o Caso Ellwanger, o art. 20, § 2º da Lei 7.716/89.

O entendimento majoritário foi no sentido de que: “A incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão” (BRASIL, 2018).

O caso denunciado, assim como o Caso Ellwanger, foi pela prática de crime de racismo pela incitação à discriminação religiosa. Em síntese, o réu, Tupirani da Hora Lores, pastor da Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo, publicou via internet, por meio de um site vinculado à igreja em que pastoreava, algumas manifestações ofensivas a grupos religiosos e que associavam aos líderes dessas religiões algumas práticas criminosas.

Dentre os principais pontos dos votos proferidos no RHC 146303/RJ, o estudo passa a analisar:

## Excerto 1

**Determinação do trancamento da ação penal**

Sendo assim, a afirmação de superioridade da crença professada pelo paciente, apesar de indiscutivelmente intolerante, pedante e prepotente, além de certamente questionável na própria ambiência em que explicitada, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa e, em tal dimensão, não preenche o âmbito proibitivo da norma penal incriminadora.

**Fonte:** STF. 2ª Turma. RHC 146303/RJ, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/3/2018.

No referido voto, o Min. Edson Fachin concede parcial provimento ao recuso para determinar o trancamento da ação penal, sob o argumento de que as limitações ao exercício da liberdade religiosa possuem particularidades diversas das categorias intituladas no artigo 20 da Lei 7.716/89. Fachin fundamenta sua decisão aduzindo que os discursos religiosos tem como objetivo, por sua própria natureza, a conversão de pessoas, fazendo com que as manifestações possuam uma probabilidade maior de conter juízos hierarquização entre as religiões e superioridade de suas crenças, o que torna a manifestação não necessariamente um discurso preconceituoso ou discriminatório (BRASIL, 2018).

Em seu voto, Fachin utiliza um precedente dele próprio no RHC nº 134682/BA para conceituar “discurso de ódio” em um caso similar:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE RACISMO RELIGIOSO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA. LIVRO. PUBLICAÇÃO. PROSELITISMO COMO NÚCLEO ESSENCIAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO RELIGIOSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Não se reconhece a inépcia da denúncia na hipótese em que a tese acusatória é descrita com nitidez e o acusado pode insurgir-se, com paridade de armas, contra o conteúdo veiculado por meio da respectiva peça acusatória. 2. Nos termos da jurisprudência do STF, “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social” (HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003), de modo que o conceito jurídico associado ao racismo não pode ser delineado a partir de referências raciais ancoradas em compreensões científicas há muito superadas. Assim, a imprescritibilidade de práticas de racismo deve ser aferida segundo as características políticosociais consagradas na Lei 7.716/89, nas quais se inserem condutas exercitadas por razões de ordem religiosa e que se qualificam, em tese, como preconceituosas ou discriminatórias. 3. A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação. 4. **No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal**

natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas. 5. O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles e, por fim; uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior. 6. A discriminação não libera consequências jurídicas negativas, especialmente no âmbito penal, na hipótese em que as etapas iniciais de desigualação desembocam na suposta prestação de auxílio ao grupo ou indivíduo que, na percepção do agente, encontrar-se-ia em situação desfavorável. 7. Hipótese concreta em que o paciente, por meio de publicação em livro, incita a comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o faz **sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais**. 8. Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa. **Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal**. 9. Ante a atipicidade da conduta, dá-se provimento ao recurso para o fim de determinar o trancamento da ação penal pendente.” (RHC 134682, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016).

Portanto, nesse conceito o fundamento de uma conduta discriminatória, para se materializar de fato, necessitaria da presença de algumas etapas: (1) a cognitiva, em que se atesta a desigualdade; (2) a valorativa, em que se analisa uma suposta relação de superioridade e; (3) uma terceira etapa que suporia uma legítima violação da dignidade humana e a eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente compreendido como inferior (BRASIL, 2016).

Diante desses pressupostos, o Min. Fachin chega à conclusão de que a manifestação do caso em questão se caracterizaria como exercício de liberdade de expressão religiosa, uma vez que a finalidade de discriminar não teria sido imputada ou reconhecida nas instâncias ordinárias, portanto, no cenário apontado, a manifestação não teria preenchido a esfera protegida pela norma penal.

Em contraposição a esse entendimento de que deveria haver o trancamento da ação penal, o Ministro José Antonio Dias Toffoli vota pela negativa de provimento do recurso:

## Excerto 2

**Voto contraposto ao trancamento da ação penal**

Tenho, nesse passo, que cabe ao Judiciário dedicar especial atenção ao exercício da hermenêutica jurídica, para que o direito se faça em consonância com as necessidades da sociedade contemporânea, ainda sobremaneira marcada pela utilização da religião como elemento de legitimação de discursos segmentadores que ultrapassam as fronteiras da fé, e mesmo da razão.

**Fonte:** STF. 2ª Turma. RHC 146303/RJ, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/3/2018.

Em seu voto, o Min. Dias Toffoli argumenta inicialmente que as manifestações do caso concreto não podem ser abrangidas pela liberdade de expressão, uma vez que não possuem um nível de tolerância necessária numa democracia, principalmente quando o ato é penalmente relevante tanto constitucionalmente quanto infraconstitucionalmente (BRASIL, 2018).

O Ministro Toffoli ainda aduz acerca do confronto entre princípios e os entende como relevantes a ponderação deles para o caso, pontuando que, além da liberdade de expressão, a tolerância religiosa deve ser levada em consideração. Ainda, em sua fundamentação, contrapondo aos argumentos do Min. Fachin, faz uma diferenciação o discurso religioso, que seria centrado na própria crença, e o discurso sobre a crença alheia, no qual pode existir para atacar a crença alheia ou seus fiéis. Portanto, vota pelo não acolhimento do trancamento da ação penal, com base no que dispõe o art. 20 da Lei 7.716/89 (BRASIL, 2018).

No mesmo sentido seguem os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Retomando a jurisprudência criada pelo Caso Ellwanger, o Min. Gilmar Mendes apresenta um rol de artigos da Constituição Federal e de tratados internacionais que regulam a liberdade de expressão e religiosa como algo não absoluto:

## Excerto 3

**Retomada do entendimento tomado no Caso Ellwanger**

Em outras palavras: não obstante seja assegurada essa liberdade de professar sua fé, em público, através de culto, observâncias das regras próprias e o ensino dessa linha teológica, deve haver o respeito às ideologias religiosas dos demais concidadãos sem que se atinjam de maneira vil as convicções alheias.

**Fonte:** STF. 2ª Turma. RHC 146303/RJ, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/3/2018.

E, encerrando a votação, o Min. José Celso de Mello Filho segue o mesmo entendimento do Min. Gilmar Mendes, fundamentando seu voto no julgamento do caso Ellwanger, negando a constitucionalidade da incitação ao ódio no caso em vislumbre, e, além disso, baseia sua argumentação no dever de ser preservado, diante do exercício da liberdade de expressão, a proteção aos demais direitos (BRASIL, 2018).

#### Excerto 4

##### Limitações do direito à liberdade de expressão

O fato irrecusável, no tema ora em exame, Senhor Presidente, é um só: o abuso no exercício da liberdade de expressão não pode ser tolerado. Ao contrário, deve ser reprimido e neutralizado. Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

**Fonte:** STF. 2ª Turma. RHC 146303/RJ, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgado em 6/3/2018.

Nessa perspectiva, demonstrados, em síntese, os argumentos utilizados para fundamentação da decisão no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 146303/RJ, a qual, por maioria, negou provimento ao recurso, passemos a analisar o caso sob o suporte de uma crítica hermenêutica à luz de uma teoria da decisão em tempos de pós-positivismo.

Com destaque aos pontos levantados anteriormente, nota-se que a hermenêutica jurídica e a aplicação dela no caso concreto em casos envolvendo o direito à liberdade de expressão ainda conta com práticas inapropriadas na argumentação base da decisão. Inicialmente, temos o voto do Min. Edson Fachin, no qual, apesar de se utilizar da doutrina, dá mais vazão em sua forma de argumentação a outros raciocínios, deixando em segundo plano a tradição como um parâmetro da sua hermenêutica.

Ademais, destaca-se aqui o voto do Ministro José Antonio Dias Toffoli, que em sua argumentação chega a tecer palavras acerca da forma de análise que deve ser feita no caso concreto quanto existe um conflito de princípios, optando, ao fim, por utilizar-se da lei infraconstitucional em vez da norma constitucional para fundamentar o seu voto.

Com relação a análise dos limites da liberdade de expressão, cumpre mencionarmos a vasão à uma certa discricionariedade na decisão do Ministro Celso de Mello. Apesar de sustentar seu voto em um sentido coerente com o posicionamento tomado pelo próprio STF desde o caso Ellwanger, no qual não deveria haver ponderação na hipótese de existir norma constitucional e infraconstitucional clara sobre o tema, ainda é possível constatar a existência de argumentações vinculadas a uma certa discricionariedade. Com destaque, nota-se a aparição de um voluntarismo na análise das possíveis limitações da liberdade de expressão no país.

Confirmando-se, portanto, a necessidade de uma teoria da decisão que conscientize todo o poder judiciário a trabalhar em tempos de pós-positivismo. Com o suporte hermenêutico aqui trabalhado podemos, na prática, construir uma forma de aplicação do direito que possua critérios mais objetivos para fundamentações mais seguras nas decisões judiciais, respeitando a coerência e integridade do direito.

Nessa nova proposta de modelo, as decisões judiciais são atos decisivos, e não atos de escolha (STRECK, 2017a). Dessa forma, por meio de uma teoria da decisão à luz do pós-positivismo existe a chamada “resposta constitucionalmente adequada”, o que não significa a mecanização do direito, mas o estabelecimento de critérios aptos para direcionar a atividade interpretativa e a aplicação dessa interpretação ao caso concreto.

Com esse tipo de aplicação do direito seria preservada a autonomia do direito, em vez da autonomia do julgador em preencher as “zonas de incerteza”, integrando na fundamentação a responsabilidade dos julgadores em decidirem de acordo com entendimentos previamente construídos, respeitando toda a ordem constitucional historicamente elaborada com base na democracia e nos demais princípios assegurados em nossa lei maior.

Destarte, a aplicação desse entendimento é um remédio contra a uma das maiores problemáticas trazidas fortemente pelo positivismo: a discricionariedade judicial (STRECK, 2017a). Essa nova teoria se dá em resposta daquilo que conseguimos verificar no presente estudo, pois aqui, especificamente com relação à análise do julgamento do RHC nº 146303/RJ, com o limite temático da liberdade de expressão e suas limitações, é possível constatar por meio de alguns exemplos a persistência na não adoção de uma teoria judicial constitucionalmente adequada

no Supremo Tribunal Federal, o que, por consequência, acaba atingindo o restante do Poder Judiciário.

## 6 CONCLUSÃO

A construção de uma teoria da decisão compatível com a realidade constitucional brasileira predispõe a superação da leitura da heterogeneidade teórica do positivismo jurídico, enfrentando uma das maiores problemáticas que por anos foi ocultada por esta corrente ideológica: a interpretação e a discricionariedade judicial nas decisões.

De fato, para a concretização de direitos recentemente constitucionalizados foi necessária a adoção de uma postura mais intervencionista do Poder Judiciário, superando o abstencionismo do juiz como “boca da lei”, todavia, esse deslocamento de papel do Poder Legislativo e Executivo para o Judiciário não se presumia como uma solução para todas as problemáticas institucionais brasileiras.

No cenário jurídico brasileiro, persistiram algumas práticas não adequadas ao presente momento constitucional e que foram recepcionadas equivocadamente, resultando em decisões que aplicam no caso concreto uma ponderação sem critérios, sendo feitas por mera subjetividade e discricionariedade dos julgadores.

Por isso, a resistência do judiciário às transformações advindas do constitucionalismo contemporâneo e da viragem ontológico-linguística desse momento retarda a concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito no país. Nesse sentido que as críticas de Dworkin se impõem a partir do pensamento pós-positivista.

As contribuições de Dworkin, Gadamer e Heidegger são de extrema importância para a superação da discricionariedade na interpretação dos textos jurídicos. Ao defender, por meio da integridade do direito, a possibilidade de uma resposta correta para os problemas relevantes ao direito, passa-se a ser fornecidos novos e mais adequados mecanismos para a concretização dos princípios que orientam a formação de um Estado Democrático de Direito.

Nas suas críticas, Dworkin retira do oculto um problema enfrentado no judiciário relativo a interpretação e os limites da decisão do juiz, não negando a existência de uma multiplicidade de significados para os textos jurídicos, mas afastando da hermenêutica uma postura mais analítica do julgador, para evitar que estes estabeleçam significados subjetivos que levariam a discricionariedade.

Um grande exemplo da utilização dessas reiteradas práticas foi o julgamento do RHC nº 146303/RJ que, à luz de uma teoria da decisão pós-positivista, foi

possível evidenciar a aplicação de práticas argumentativas consideradas inadequadas em matérias de caráter complexo, como foi o caso da discussão dos limites da liberdade de expressão.

Dentre todos os votos, o único dos Ministros que utilizou em sua argumentação que no caso em apreço não havia a necessidade da utilização de uma ponderação foi o Excelentíssimo Ministro Celso de Mello. Isso se deu devido à existência prévia de norma tanto constitucional quanto infraconstitucional, tratando acerca da temática que envolvia os limites da liberdade de expressão.

Portanto, diante das transformações filosóficas que superaram a tradição metafísica do positivismo, houve uma confirmação prática da insuficiência interpretativa alimentada pelo positivismo jurídico e mal recepcionada no novo cenário jurídico brasileiro. Além dessa insuficiência interpretativa, foram demonstradas algumas práticas que persistem na hermenêutica na prática da aplicação do direito no caso concreto por parte do Supremo Tribunal Federal, acentuando o problema da discricionariedade judicial no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020.

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **História da Filosofia**. São Paulo: Paulus, 2005. 1114 p. v. 3. ISBN 978-8534901420.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2017. 240 p. ISBN 978-8527403283.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 05 de março de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82424 RS**. Relator: Ministro Maurício Correa. Julgado em 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 146303 RJ**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 06 de março de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5233101>. Acesso em: 10 jan. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2019.

FLICKINGER, Hans-Georg. **Gadamer & a Educação**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**: a virada hermenêutica. Vol. II. Tradução de Marco Antonio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 10. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2015.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, 2004. DOI <https://doi.org/10.1590/S0102-64452004000100006>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/cgdjHPhWt5DhNCFGgdKdQJG/?lang=pt#>. Acesso em: 10 jan. 2023.

KELSEN, Hans KELSEN. **Teoria Pura do Direito**. [S. l.]: Forense Universitária, 2021.

LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Ceará, v. 34, ed. 2, 30 nov. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1218>. Acesso em: 10 jan. 2023.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, p. 274-302, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68919/66522>. Acesso em: 10 jan. 2023.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz De. **Decisão Judicial E O Conceito De Princípio**: Hermenêutica E A (in)determinação Do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; CAMACHO, Matheus Gomes. Reviravolta Linguístico-Pragmática e Esboços de uma Nova Hermenêutica Jurídica. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Minas Gerais, v. 1, p. 228-243, 2015. DOI 10.26668/IndexLawJournals/2526-0103/2015.v1i1.800. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/322596572\\_Reviravolta\\_Linguistico-Pragmatica\\_e\\_Esbocos\\_de\\_uma\\_Nova\\_Hermeneutica\\_Juridica](https://www.researchgate.net/publication/322596572_Reviravolta_Linguistico-Pragmatica_e_Esbocos_de_uma_Nova_Hermeneutica_Juridica). Acesso em: 10 jan. 2023.

REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Londres: Belknap Press, 2013.

SILVA, Thais Sampaio da. Heidegger e Dworkin: diálogo para a fundamentação ontológica da teoria da resposta correta. **Publicacao XXII Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA**, Paraná, p. 252 - 278, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ec2442aa04c1575>. Acesso em: 10 jan. 2023.

STRECK, L. L. Decisão jurídica em tempos pós-positivistas. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 4, n. 12, p. 247–271, 2010. DOI: 10.30899/dfj.v4i12.422. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/422>. Acesso em: 10 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luíz et al. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 11. ed. rev. atual. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 54-87, 2018.

STRECK, Lenio Luis. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito**: a Necessária Concretização dos Direitos Humanos. *Revista Latino Americana de Direitos Humanos*, [s. l.], p. 93 - 105, 2010. DOI <http://dx.doi.org/10.18542/hendu.v1i1.374>. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374>. Acesso em: 10 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O juiz, a umbanda e o solipsismo**: como ficam os discursos de intolerância? *Revista Consultor Jurídico*, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-22/juiz-umbanda-solipsismo-ficam-discursos-intolerancia>. Acesso em: 10 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto**: Decido Conforme Minha Consciência? 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017a. 136 p. v. 1.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017b.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Pura do Direito**: repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: G Z, 2010.

VIANNA, Luiz. **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.