

QUAL A AUTORIDADE QUE IMPERA NO DIREITO BRASILEIRO: SE É A DOS JULGADORES OU É A DO DIREITO?

WHICH AUTHORITY DOES IT EXPERIENCE IN BRAZILIAN LAW: IS IT ONE OF THE JUDGES OR IS IT OF THE LAW?

Edson Vieira da Silva Filho¹

Professor do PPGD em Direito (FDSM, Pouso Alegre/MG, Brasil)

Neymilson Carlos Jardim²

Mestre em Direito com ênfase em Constitucionalismo e Democracia (FDSM, Pouso Alegre/MG, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; teoria do direito.

RESUMO: Em tempos de acomodação constitucional e democrática, nota-se uma certa instabilização no equilíbrio entre os poderes instituídos, o que faz com que haja uma certa disputa institucional onde se vê a busca da preponderância entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Trata o presente

artigo do fenômeno pelo qual passa o Poder Judiciário que por diversas vezes tem apresentado sintomas de pretender ser a autoridade que impera no Direito brasileiro. Para serem atingidos esses resultados, utiliza-se o método dedutivo e terá uma abordagem qualitativa para análise da problemática, que será realizada por meio de pesquisa bibliográfica,

¹ Professor Adjunto em tempo integral (DE) na Faculdade de Direito do Sul de Minas. Doutor em Direito pela Unesa na linha Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Mestre pela Universidade São Francisco. E-mail: edsonfdsm@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2225289002355092>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3997-641X>.

² Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera Uniderp. Advogado inscrito na OAB/MG nº 100.544, em Varginha/MG. E-mail: neymilson@agjadvogados.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2518271198610267>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0573-8210>.

utilizando-se de bibliografias e pesquisa jurisprudencial sobre o tema a partir das ideias de Tércio Sampaio Ferraz Junior e Lenio Luiz Streck. Como resultado, observa-se que o Direito é a autoridade que deve imperar no Brasil, para não se tornar fruto do instrumento a vontade daqueles que estão no centro do poder de dizer o que é e o que não é o direito, produzindo um resultado de reescrituração em função do intérprete aplicador.

ABSTRACT: *In times of constitutional and democratic accommodation, a certain instability in the balance between institutional powers or what causes a certain institutional crisis where it sees a search for preponderance between legislative, executive and judiciary. This is the present article on the phenomenon that the judiciary undergoes, which, on several occasions, shows symptoms of pretending to be an authority that is not Brazilian Law. To use these results, use the deductive method and have a qualitative approach to the analysis of the problem, and it will be carried out through bibliographic research, using the bibliographies and jurisprudential research on the theme based on the ideas of Tércio Sampaio Ferraz Junior and Lenio Luiz Streck. As a result, observe whether the law is the authority that should prevail in Brazil, so as not to make the fruit with an instrument at will those who are at the center of the power to say what is and what is not the right, producing a rewriting result according to the applicator interpreter.*

PALAVRAS-CHAVE: autoridade; crise do direito; Poder Judiciário.

KEYWORDS: *authority; crisis of law; Judicial Power.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O papel do direito no alvorecer do século XXI entre Tércio e Lenio; 2 O juiz como prática autoritativa do Direito brasileiro; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The role of law at the dawn of the 21st century between Tércio and Lenio; 2 The judge as an authoritative practice of Brazilian Law; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A figura da autoridade³ enquanto instância de controle social formalmente estabelecida tem no direito a sua estrutura formada a partir de autoridades constituídas com fins determinados.

³ “Autoridade: (do latim *auctoritate*) 1. direito ou poder de se fazer obedecer; de dar ordens, de tomar decisões, de agir, etc. 2. Aquele que tem tal direito ou poder. 3. Os órgãos do poder público. 4. Aquele que tem por encargo fazer respeitar as leis; representante do poder público 5. Poder atribuído a alguém, domínio: autoridade paterna. 6. Influência, prestígio, crédito. 7. Indivíduo de competência indiscutível em determinado assunto: “F. é uma autoridade em física nuclear”. 8. Permissão,

Acontece que em momentos de crise, em que há o desequilíbrio entre poderes, ocorrem rearranjos institucionais que não são de se surpreender.

Porém, podemos dizer que a autoridade do direito está passando por uma crise no contexto jurídico brasileiro e, conseqüentemente, tentando reescrever o seu papel, pois o Direito tem uma evidente *pretensão de autoridade* a ser respeitada pela sociedade em geral, e não apenas por quem concordou com a lei quando de sua aprovação em concurso ou concorda com ela no momento de sua aplicação.

Tal crise não é recente, na medida em que Harold Bermann⁴, desde 1983, afirma que estamos vivendo um momento de crise da tradição jurídica ocidental, uma crise que se traduziria por um cinismo em relação ao direito e que, em última análise, se confundiria com uma perda de confiança da civilização ocidental em si mesma, em que recontar as origens dessa tradição seria uma forma de buscar no passado elementos que permitissem interpelar a crise do presente.

Lenio Streck⁵ há dez anos já discutia a crise do Direito, do Estado e da dogmática jurídica e os seus reflexos na sociedade que re(clama) novas posturas dos operadores jurídicos, e nos ensina que, em nosso País, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social –, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei. O Direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que paradoxalmente vem a ser a sua própria funcionalidade.

Segundo Bourdieu, o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o Direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade

autorização.” (FERREIRA, A. B. H. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999)

⁴ BERMAN, H. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 10.

⁵ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

reconhecida de interpretar um corpo de texto que consagra a visão legítima, justa, do mundo social, e nos ensina:

A concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui para fundamentar a cisão social entre os profanos e os profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os veredictos armados do direito e as intuições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a ele estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra.⁶

Bourdieu explica, ainda, que o antagonismo estrutural está na origem de uma luta simbólica permanente, na qual encaram definições diferentes do trabalho jurídico, em que os teóricos fazem a construção doutrinária e os práticos limitados na sua aplicação. Assim, as duas categorias de intérpretes ocupam lados extremos: de um lado, a interpretação voltada para a elaboração teórica da doutrina, monopolizado pelos professores que têm a missão de ensinar as regras em vigor; do outro lado, a interpretação voltada à análise de um caso particular, atribuído aos magistrados que fazem jurisprudência e contribuem, pelo menos alguns deles, para a construção jurídica⁷.

Conclui Bourdieu que os produtores de lei, regras e regulamento sempre encontram resistência de toda a corporação jurídica (advogados, magistrados, notários, etc.), com interesses divergentes e opostos, devido à hierarquia interna do corpo, com variações da força relativa de tomadas de posição a favor de uma ou outra das orientações do trabalho jurídico que constituem a estrutura do corpo. Porém, esse antagonismo entre os detentores de espécies diferentes de capital jurídico, que investem visões diferentes no seu trabalho de interpretação, não exclui a complementaridade das funções e serve de base a uma forma de divisão do trabalho de dominação simbólica, na qual adversários objetivamente cúmplices se servem uns aos outros⁸.

⁶ BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. p. 212.

⁷ *Ibidem*, p. 217.

⁸ *Ibidem*, p. 212.

Assim, partimos do pressuposto de que o campo jurídico é todo e qualquer ambiente legítimo em cada tempo, pois, no constitucionalismo contemporâneo, podemos dizer, aquele em que o legítimo associa-se ao social para criar uma visão privada a partir do ponto de vista de uma fração do poder coloca todo um projeto em risco e, conseqüentemente, ameaça os parâmetros de legitimidade contemporânea para a produção do direito.

Temos, assim, um espaço social de disputas simbólicas pelos atores e pelas instituições para definir os sentidos jurídicos. Desse modo, incumbe à hermenêutica jurídica o papel da proteção do direito contra interpretações autoritárias e discricionárias, com decisionismo por parte dos julgadores que ocuparam o protagonismo do campo jurídico.

Por certo, se tivesse que apontar uma característica comum a todos os métodos hermenêuticos tradicionais, esta, sem dúvida, seria a pretensão de ser o método por excelência ou a receita infalível para se extrair da lei a única decisão correta, por um processo estritamente intelectual: o intérprete contribuiria apenas com o seu entendimento e nunca com sua vontade⁹.

Levamos algum tempo, diga-se de passagem, para superar a questão do arbítrio dos juízes. Hans Kelsen¹⁰ admite um modelo de ciência segundo o qual o conhecimento jurídico científico deve se dar de forma descritiva para dizer “o que é” e “como é” o direito, a qual pode servir de fundamento para os intérpretes juízes na escolha de um texto normativo para a criação da norma, que pode ser simbolizada por um quadro através da teoria da moldura, no qual são disponibilizadas aos juízes as nuances de um caso e com elas uma, algumas ou várias opções de resolução, ao passo que cabe a esse intérprete indicar o posicionamento que será tomado para dar fim à prestação jurisdicional.

Assim como Kelsen, Hart¹¹ também não reconhece qualquer método de interpretação suficiente para eliminar as incertezas da decisão judicial, que se origina essencialmente dos limites da linguagem humana e nenhum método interpretativo é capaz de eliminá-la.

⁹ AFTALIÓN, E. R.; GARCIA OLANO, F.; VILANOVA J. *Introducción al derecho*. 9. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972. p. 484.

¹⁰ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1.

¹¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 175.

Tanto no modelo proposto por Kelsen quanto no modelo proposto por Hart, trata-se da questão da moldura e da textura porosa da lei, referindo ao poder discricionário do juiz. Hart¹² se posiciona mais acentuado quando se refere ao poder discricionário do magistrado, aceitando-o nos casos das “zonas cinzas” indeterminadas em que impera a incerteza e a dúvida e o aplicador da norma é coagido a estabelecer um sentido mais palpável para a norma.

Desse modo, uma série de blindagens contra o solipsismo do juiz moderno nos leva à discussão acerca de como se interpretar, afastando-o cada vez mais do conceito moderno de ato de vontade (criação) e aproximando-a cada vez mais da concretude e da facticidade¹³.

A interpretação correta do direito não tem nada a ver com verdade, correção ou sinceridade, e sim com uma disputa política pelo poder de dizer o direito, isto é, uma disputa pela apropriação privada dos espaços de produção do sentido do direito (campo jurídico), uma disputa pela episteme do direito (direito de dizer o que é e o que não é direito).

O capital jurídico tornou-se seletivo na mesma velocidade em que se generalizou o bacharelado em Direito no Brasil, assim, a elite tradicional do Direito, composta pelos donos dos grandes escritórios de advocacia das principais capitais brasileiras hoje divide o seu prestígio com a magistratura e com as carreiras públicas, sendo que a posição central dos tribunais nos Estados Constitucionais alterou as forças de produção do capital jurídico, deslocando os saberes do direito, da advocacia, para a magistratura, onde novos esquemas de dominação estão aparecendo e, junto com eles, estruturas cada vez mais seletivas para exclusão da grande massa de profissionais do Direito dos campos jurídicos¹⁴.

¹² *Ibidem*, p. 336.

¹³ Segundo Castanheira Neves, o fato não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o fato; pelo que, quando o jurista pensa o fato, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao fato (NEVES, A. C. *Questão-de-facto e questão-de-direito*. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967. p. 586).

¹⁴ ASSIS, A. E. S. Q.; VEDOVATO, L. R.; SIMIONI, R. L. Os novos donos do saber jurídico: a disputa pela ocupação dos espaços de produção de sentido do Direito no Brasil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 10(2): 183-196.

Hebert Hart admite diferentes interpretações, de modo que cabe ao juiz escolher a interpretação cabível que melhor resolva o caso em tela; porém, deve considerar que a textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busque obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso¹⁵.

Hart afirma ainda que a vida do direito consiste grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares por meio de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso. Esse fato evidente da vida social permanece verdadeiro, mesmo que possam surgir dúvidas quanto à aplicabilidade de qualquer norma (escrita ou transmitida por precedente) a um caso concreto¹⁶.

No sistema romano-germânico o papel do jurista configura-se da seguinte forma: O legislador pode e deve contribuir para nos revelar o que é o direito, mas o direito é, em si, algo diferente da lei. Ele não se confunde com o arbítrio do legislador; deve ser descoberto a partir do esforço conjunto de todos os juristas, de todos aqueles que colaboram na obra de administração da justiça. A importância das fontes legislativas e das fontes doutrinárias pode, na nossa época, comparada à do antigo direito, considerar-se invertida; o nosso direito não deixa de ser, por isso, um direito de juristas (*Juristenrecht*), de acordo com a tradição¹⁷.

Contrapondo a doutrina, é outra a percepção do Supremo Tribunal Federal, no qual, por meio do seu Ministro a época Eros Grau, no julgamento da Reclamação nº 4.335-5/AC¹⁸, sustenta que são os julgadores da Suprema Corte os únicos legitimados para produzir o direito:

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a

¹⁵ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 175.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 115.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 4.335/AC*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 26 fev. 2020.

doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.

Nessa mesma toada, representando uma transposição do discurso de validade na produção do Direito em direção ao Judiciário, é o pensamento do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello, ao julgar a ADI 3.937/SP¹⁹, que assim manifestou:

Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, alfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. E o que chamam de contexto de descoberta. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí contexto de justificação. Quando a solução mais justa, na concepção particular do interprete, não encontra esteio no arcabouço normativo, impõe a revisão do sentimento inicial. Às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado.

Por sua vez, na mesma linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do seu ex-Ministro Teori Albino Zavascki, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 644.736/PE²⁰, acompanhou o pensamento do Supremo Tribunal Federal ao sustentar:

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1563636&prcID=2544561>. Acesso em: 19 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 644736/PE*. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=568591&num_registro=200500551121&data=20050829&formato=PDF. Acesso em: 19 abr. 2024.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 644736/PE*. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/>

Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.

Para Lenio, no âmago dos entendimentos dos Ministros, citados *supra*, o velho realismo jurídico se faz presente, sendo que a afirmação produzida pelo Justice Holmes, de que “o Direito é o que os tribunais dizem que ele é” (*the law is what the courts say it is*)²¹ é algo inovador em *terrae brasiliis*, isso porque o realismo jurídico (escandinavo e norte-americano) foi uma reação à jurisprudência analítica, forma de positivismo exegético de um Direito produzido pelos juízes no século XIX e no início do século XX. Logo, ao invés de o juiz ficar vinculado automaticamente aos precedentes, com o realismo jurídico, a validade do direito foi transferida para a decisão, ou seja, criou-se uma nova forma de positivismo, o “positivismo fático”. Apenas inverteu-se a pirâmide: da dedução para a indução²².

documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=568591&num_registro=200500551121&data=20050829&formato=PDF. Acesso em: 19 abr. 2024.

²¹ WALD, P. A. M. One Nation Indivisible, with Liberty and Justice for All: Lessons from the American Experience for New Democracies. 59 *Fordham L. Rev.*, 283 (1990).

²² STRECK, L. L. O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. *Revista Consultor Jurídico*, 15 nov. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos>. Acesso em: 19 abr. 2024.

Desse modo, o direito não pode ficar à mercê da consciência do julgador, pois não são os Tribunais que dizem o que é o direito. Segundo Dworkin²³, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, a sua palavra não será a melhor por essa razão, eis que a atitude do direito é construtiva com finalidade no espírito interpretativo, pois o direito representa para nós uma expressão de como somos unidos pela comunidade, apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções.

Richard Posner nos ensina que os juízes, especialmente os que atuam em instâncias recursais (*appellate judges*), habitualmente possuem poder discricionário (*discretion*), judiciando com liberdade e afastando-se do direito positivo, o que os torna o que denomina de “legisladores ocasionais” (*occasional legislators*)²⁴.

Sugere Posner que as discrepâncias entre as posições pessoais e judiciais às vezes dizem respeito a assuntos comuns, em que a concepção judicial pode estar ancorada em um posicionamento mais importante, que embora não obrigatoriamente faz parte do posicionamento menos pessoal do juiz (como seus próprios valores íntimos e políticos) para decidir casos indeterminados²⁵.

Assim, o que Posner afirma é que uma decisão que não mantém a estabilidade do direito e a previsibilidade pode gerar consequências graves para a justiça²⁶. Assim, acreditar que o direito hoje é aquilo que os Tribunais dizem que é, é anuir e estimular a crise do direito. O direito não é apenas composto pelas instituições jurídicas, pelos comandos e pelas decisões judiciais, mas é, também, por aquilo que os especialistas dizem a respeito dessas instituições, desses comandos e dessas decisões²⁷.

O juiz, ao buscar uma fundamentação com respaldo popular, rompe com o sistema e assume uma postura política, em que a legitimidade se extrai de fonte inadequada para a decisão judicial, o contramajoritarismo, que gera o desequilíbrio entre os Poderes, que não pode ser desprezado, sob pena de se

²³ DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 492.

²⁴ POSNER, R. A. *How judges think*. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2008.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ BERMAN, H. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 18.

buscar a construção de três vontades concorrentes e que podem desalinhar-se constitucionalmente a partir de maiorias ocasionais que instabilizam democracias no correr da história.

A partir deste contexto, não teria sentido que, nesta quadra da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que alcançamos este (elevado) patamar de discussão democrática do direito, viéssemos a “depende” da discricionariedade dos juizes na discussão dos assim denominados “casos difíceis” ou em face das (inexoráveis) incertezas da linguagem, pois seria substituir a democracia pela “vontade do poder” (entendido como o último princípio epocal da modernidade) dos juizes ou de uma doutrina que, seguida pelos juizes, substituisse a produção democrática do direito, eis que essa produção democrática do direito – plus normativo/qualitativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito – é um salto para além do paradigma subjetivista²⁸.

Assim, se pretende fazer uma crítica para que o Direito recupere a autoridade que deve imperar no Brasil, para não se tornar fruto do instrumento a vontade daqueles que estão no centro do poder de dizer o que é e o que não é o direito, produzindo um resultado de reescritura em função do intérprete aplicador.

É importante ressaltar que tal crítica tem o seu papel democrático naquilo que Lenio chama de constrangimento epistemológico²⁹, parte de sua teoria das fontes em que o papel da doutrina precisa ser fortalecido enquanto crítica, sendo ela, se solidariamente constituída, capaz de alterar a postura decisionista. É aqui que entra o papel que Lenio denomina de *accountability* hermenêutica³⁰, que exige um novo papel da doutrina. Pois, segundo Lenio, a doutrina para ser efetivamente *doutrina* deve constranger epistemologicamente

²⁸ STRECK, L. L. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 2, p. 3-26, 2009.

²⁹ Trata-se de “hermeneutizar” a doutrina do direito, fazendo com que a teoria do direito seja alçada à condição de possibilidade de qualquer interpretação-aplicação (STRECK, L. L. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis: Misperceived Legal Theories In Brazil*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011).

³⁰ A doutrina não mais está doutrinando. O seu papel, hoje, é de mero coadjuvante do protagonismo judicial. A literatura jurídica cada vez mais se mostra caudatária de ementas jurisprudenciais, transformando a aplicação do direito em um processo de coagulação de sentidos (STRECK, L. L. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis: Misperceived Legal Theories In Brazil*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011).

a operacionalidade do direito³¹. Assim, cabe ao novo papel da doutrina mostrar, quando necessário, que o rei está nu, fazendo com que, constrangido, retome as vestes democraticamente definidas como adequadas.

Esse é o ponto central do artigo, cujo objetivo é analisar se há agravamento da crise no direito e denunciar as causas e consequências dele, demonstrando que o fato de o Poder Judiciário (instituição constitucionalmente responsável pela aplicação do direito) querer ser a autoridade que impera no Direito brasileiro, pois, pactuando com o entendimento de Lenio Streck³², é inaceitável em um Estado Democrático de Direito que a produção do direito advenha do protagonista da sentença.

Sendo assim, demonstrados alguns aspectos fundamentais acerca da autoridade e a problemática da pesquisa, é possível ingressar no papel do direito no alvocer do século XXI, o que é objeto do próximo tópico.

1 O PAPEL DO DIREITO NO ALVORECER DO SÉCULO XXI ENTRE TÉRCIO E LENIO

O campo da teoria do direito e da teoria constitucional nas últimas décadas e no limiar desse século XXI, tem buscado incessantemente mecanismos para ultrapassar o paradigma do positivismo, a fim de reduzir a discricionariedade do julgador na aplicação do direito, e desenvolver limites para a interpretação constitucional. A discricionariedade será reduzida a partir de compreensões que estão associadas a facticidade, a um tempo determinado e a um mundo concreto. No nosso caso, a crítica hermenêutica de Lenio é a que melhor se adéqua ao constitucionalismo contemporâneo brasileiro para os dias de hoje em que passamos por uma crise de consolidação de modelos.

Para Tércio, se o século XIX entendeu ingenuamente a positivação como uma relação causal entre a vontade do legislador e o direito como norma legislada ou posta, o século XX aprendeu rapidamente que o direito positivo não emerge da criação da decisão legislativa (relação de causalidade), mas sim da imputação da validade do direito a certas decisões (legislativas,

³¹ STRECK, L. L. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis: Misperceived Legal Theories In Brazil*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

³² STRECK, L. L. Em busca das “coordenadas filogenéticas” para a construção de uma teoria da decisão. In: MACEDO, E.; HIDALGO, D. N. M. (org.). *Jurisdição, direito material e processo – Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, 2014.

judiciárias, administrativas). Isso significa que o direito prescinde, até certo ponto, de uma referência genética aos fatos que o produziram (um ato de uma vontade historicamente determinada), e a sua positividade passa a decorrer da experiência atual e corrente, que se modifica a todo instante e determina a quem se devam endereçar sanções, obrigações, modificações, etc.³³.

Segundo Lenio, é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, gerando como efeito um permanente crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes republicanos, em direção à jurisdição (constitucional), diante da falta de possibilidade de o Legislativo prever todas as hipóteses de aplicação. Assim, diante de um aumento nos litígios por direitos fundamentais, é que o constitucionalismo invade cada vez mais a seara do Legislativo, aumentando a necessidade de se impor limites ao poder hermenêutico dos magistrados³⁴.

Tércio afirma que o mundo jurídico mudou nas últimas décadas, pois há 30 anos a teoria jurídica se desenvolvia em uma espécie de tensão entre a tomada de decisão (decisão judicial, administrativa, negocial, etc.) e o trabalho do legislador, em que as controvérsias sobre a relevância da interpretação doutrinária (doutrina jurídica), em confronto com a interpretação autêntica (por exemplo, efetuada pelo órgão judicial, porém mediada pela doutrina), e sobre o papel secundário exercido pela jurisprudência dos tribunais como fonte do direito (o juiz limitado a ser a boca da lei), vem provocando a ocorrência de quatro fenômenos em nossos dias:

O primeiro, a forte expansão atual do direito dos juízes (também conhecido como ativismo judicial), que, no contexto da tradição romano-germânica, parece significar o fim do direito dos códigos e o lugar espaçoso ocupado pela jurisprudência. *Segundo*, um novo retorno do direito natural, “novo” em contraposição ao que sucedera após a Segunda Guerra Mundial quando sua ressurreição era mais uma resposta aos descabros dos totalitarismos, e que agora é antes

³³ FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

³⁴ STRECK, L. L. *Verdades e consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 96.

voltada para sua forte presença na argumentação jurídica: direito natural como argumento. O *terceiro*, a interessante mudança nos movimentos populares de protesto (movimentos sociais), antes focados no Estado, nas suas estruturas e instituições, agora também para instâncias organizadas da economia e de outros sistemas funcionais do mundo privado. *Por fim*, a transformação no status dos diversos tipos de constituição, em que a dominância das constituições políticas cede terreno ao papel autônomo da constituição econômica, da constituição do trabalho, da previdência e de outros sistemas sociais.³⁵

Assim, o direito contemporâneo acabou por desviar o seu modo exclusivo de produção de normas (Poder Legislativo) para outros sistemas sociais (a economia, a ciência, a mídia), em que houve o deslocamento da formação do direito para dentro desses sistemas, sendo que, pela teoria jurídica tradicional, esse deslocamento, juridicamente, é apropriado mediante uma reverberação prolífera de áreas jurídicas (direito ambiental, direito do consumidor, direito econômico, direito da concorrência, direito da informação – marco jurídico da Internet –, direito agrário, direito empresarial, direito societário, direito das corporações profissionais: medicina, engenharia, odontologia, etc.)³⁶.

Em Kelsen³⁷, quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, tem a necessidade de determinar o sentido das normas que vai aplicar, ou seja, tem que fazer interpretação dessas normas. Ele fixa a interpretação como uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Assim, esta progressão ocorre quando o direito será aplicado, instante em que o aplicador faz uma dedução do sentido de uma norma jurídica, partindo de uma escala superior para uma escala normativa inferior.

³⁵ FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387.

Nesse viés, Tércio afirma que o direito, como fenômeno marcadamente repressivo, modifica-se, tornando-se também e sobretudo um mecanismo de controle premunitivo: em vez de disciplinar e determinar sanções em caso de indisciplina, dá maior ênfase a normas de organização e de condicionamentos, que antecipam os comportamentos desejados, sem atribuir o caráter de punição às consequências estabelecidas ao descumprimento. Nessa circunstância, o jurista, além de sistematizador e intérprete, passa a ser também um teórico do aconselhamento, das opções e das oportunidades³⁸.

Não é outra a acuidade de Lenio, ao afirmar que o século XX mostrou-se generoso para com o direito e a filosofia. Ao menos duas grandes revoluções alteraram significativamente esses dois ramos do conhecimento científico. Com efeito, no *campo jurídico*, o direito público assume um lugar cimeiro, a partir da incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito) o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo-qualitativo), representado por sua função nitidamente transformadora, uma vez que os textos constitucionais passam a institucionalizar um “ideal de vida boa”, a partir do que se pode denominar de cooriginariedade entre direito e moral (Habermas)³⁹.

Temos, assim, que, no campo jurídico, ocorre indevidamente um fenômeno novo, uma espécie de fusão/imbricação entre o paradigma (neo) liberal-individualista e o paradigma da filosofia da consciência, que têm um terreno fértil para se concretizarem, mormente em uma sociedade como a brasileira, em que: a) o Código Civil é proveniente de uma sociedade pré-liberal e urbana; b) o Código Penal é produto de uma sociedade que há pouco ingressara no liberalismo, voltado a uma (nova) clientela, fruto da mudança da economia ocorrida a partir da revolução liberal de 1930; c) o Código Comercial é do século XIX (agora “alterado”, em parte, pelo Código Civil); e d) o Código de Processo Civil, na mesma linha dos demais Códigos, estabelece mecanismos

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

que protegem explicitamente os direitos reais em detrimento dos direitos pessoais⁴⁰.

Bourdieu nos ensina que, para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é necessário levar em conta a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, formada por excelência da violência simbólica legítima, exercido exclusivamente pelo Estado, sendo que a prática e os discursos jurídicos são produtos do funcionamento de um campo, cuja lógica está determinada, por um lado, pelas relações de força específica de estrutura e os conflitos de competência, e, por outro lado, pela lógica interna da doutrina que restringe em cada momento as soluções jurídicas⁴¹.

Desse modo, o campo simbólico do direito é onde estão as lutas e os embates que ocorrem na tentativa da preponderância do Judiciário como protagonista, ato principal do palco onde está o controle social.

Para Lenio, a (dupla) crise se instala, pois, na emergência de novos conflitos e novos mecanismos de resolução de conflitos e no papel que o direito assume no interior de um novo modelo de Estado. Tudo isso passa a ter influência e importância na análise do direito em nosso País. Como os juristas pensam o mundo e o direito? Como se inserem e como têm acesso ao mundo? Com efeito, do Estado Liberal já passamos – formalmente – por um Estado Social (*não realizado*) e, a partir de 1988, passamos a ter uma Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito. Esse é o cerne de uma crise do modelo liberal-individualista-normativista, fundado no paradigma solipsista⁴².

Partindo-se da leitura dos estudos produzidos pelos Professores Tércio e Lenio, como a crise de paradigma do direito e da dogmática jurídica, é que devemos centralizar a discussão hermenêutica sobre os obstáculos existentes hoje no século XXI que impedem a concretização dos direitos em nossa sociedade e provoca um agravamento da crise no direito, pois a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar⁴³.

⁴⁰ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴¹ BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989. p. 211.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1.

Se a modernidade nos afasta do mundo concreto e da facticidade, é na contemporaneidade do direito que se deve, por meio da crítica hermenêutica, fazer o resgate daquilo que na modernidade prometemos a nós mesmo e deixamos levemente de cumprir.

Aliás, o sentido comum teórico impede as possibilidades interpretativas, uma vez que, quando submetido à pressão do novo, (re)age institucionalizando a crítica; porém, abre possibilidades de dissidências apenas possíveis (delimitadas previamente), ou seja, no interior do sentido comum teórico permite-se, difusamente, (apenas) o debate periférico, mediante a elaboração de respostas que não ultrapassem o teto hermenêutico prefixado (horizonte do sentido), e, assim, resulta a dificuldade para a obtenção de algumas respostas que exsurtem de perguntas do tipo: “O que significa o dispositivo constitucional da igualdade de todos perante a lei” para a imensa maioria da população brasileira? O que significa *pacta sunt servanda* em um conflito sociojurídico entre incluídos e excluídos (socialmente)?⁴⁴

Segundo a teoria dogmática, “na interpretação especificadora, a letra da lei está em harmonia com a *mens legis* ou o espírito da lei, cabendo ao interprete apenas constatar a coincidência”⁴⁵. O juiz não é mais o juiz boca da lei⁴⁶, nem mesmo o senhor da sentença⁴⁷, do latim *sententia*, *sentiendo*, gerúndio do verbo *sentire*.

Por isso, Lenio Streck nos chama a atenção sobre a importância da relação entre o modo de dizer o direito e a concepção de Estado vigente/dominante, eis que a inefetividade de inúmeros dispositivos constitucionais e a constante redefinição das conquistas sociais por meio de interpretações despistadoras/redefinitórias feitas pelos Tribunais brasileiros têm uma direta relação com o

⁴⁴ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴⁵ FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

⁴⁶ A expressão “juiz boca de lei” retrata a necessidade da época de um juiz ao pronunciarem as suas sentenças, serem um simples mensageiro da lei, um ser inanimado (MONTESQUIEU, C.-L. de S. Do espírito das leis. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973).

⁴⁷ A palavra *sententia*, por si em si, quer dizer “opinião”, tecnicamente indica o ato final do processo, com o qual o juiz formula o seu juízo, sendo ele, então, um ato de autoridade, dotado de eficácia vinculante, como formulação normativa do Estado para o caso submetido a juízo (LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução original: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires Tradução posterior a 1945 e notas relativas ao Direito brasileiro vigente: Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981).

modelo hermenêutica jurídica, no qual o processo interpretativo hermenêutico tem (deveria ter) um caráter produtivo e não meramente reprodutivo⁴⁸.

É daí que surge o novo papel constitucional de transformar realidades, e não simplesmente de ordenar uma sociedade. A interpretação, a partir de tal perspectiva, torna-se algo extremamente sofisticado e que demanda cada vez menos solipsismo e mais adesão a um projeto constitucional adequado ao que se projetou em 1988.

Sobre o problema da interpretação, Tércio nos ensina que, ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o aspecto onomasiológico da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto semasiológico, isto é, a sua significação normativa. A determinação do sentido das normas e o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos, constituem a tarefa da dogmática hermenêutica⁴⁹.

Na verdade, o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema, regrando e controlando, sim, mas também transformando e produzindo respostas adequadas ao núcleo duro de direitos fundamentais não constitucionais. Ou seja, a intenção do jurista não é apenas conhecer, mas conhecer tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos, em um mundo concreto, com base na norma enquanto diretivo para o comportamento⁵⁰.

Sobre a interpretação jurídica e as relações com diferentes áreas do conhecimento, nos ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior que a interpretação jurídica pode ser especificadora, restritiva e extensiva, chegando através dos métodos hermenêuticos da interpretação gramatical, lógica e sistemática; da histórica, sociológica e evolutiva; e teleológica e axiológica, constituindo um repertório de regras técnicas para encaminhar os problemas de ordem sintática,

⁴⁸ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

⁵⁰ *Ibidem*.

semântica e pragmática da interpretação das normas, no qual a prevalência de um enfoque e o alcance maior ou menor da interpretação representam uma escolha que visa encaminhar a decisão, “domesticando” as normas⁵¹.

Sendo assim, temos que continuar trabalhando (ou começar a trabalhar), no limiar deste século, sobre o problema da realização do controle sobre a dogmática dos fundamentos de sentença, para exigir uma neutralidade hermenêutica que veta ao intérprete, juiz ou jurista teórico remontar à instância metajurídica, ética, social ou econômica, limitando-os a interpretar objetivamente as valorações normativas que determinam a disciplina positiva das relações, as quais são inerentes à ordem jurídica⁵².

É necessário compreender que menosprezar a questão do desequilíbrio entre Poderes é colocar em xeque todo um projeto social, plural e democrático sobre o qual estruturamos um projeto civilizatório que nos atendesse e às gerações que nos seguem.

Desse modo, não podemos abandonar a concepção que o Direito é um instrumento de controle de dominação utilizado por quem são os detentores do Poder. Mas também não podemos crer que se trata de um controle de dominação egocêntrica e clientelista, dentro de perspectivas de grupos de classe ou castas, o que em última análise rompe com a democracia.

Assim, o direito não pode tornar-se fruto da vontade e do interesse daqueles que possuem o poder de decidir, e acreditam que não são únicos os legitimados a dizer o que é o Direito, eis que em um Estado Democrático de Direito tudo tem um limite imposto pelo próprio Direito. Sendo assim, o direito é a autoridade que deve imperar no Brasil.

2 O JUIZ COMO PRÁTICA AUTORITATIVA DO DIREITO BRASILEIRO

Atualmente, as teorias de interpretação deveriam ser utilizadas nas decisões pelo Judiciário brasileiro para dizer o Direito, sendo que se tornou um dos temas mais relevantes e palpitantes, e um dos assuntos protagonistas

⁵¹ FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

⁵² SILVA, K. S. A. *Hermenêutica generalis. Sobre a formação da “opinião” jurídica pelos argumentos jurídicos no limiar do século XXI*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 39, n. 154, abr./jun. 2002.

da ciência jurídica. No caso em concreto, o julgador escolhe, quando conhece, uma teoria de interpretação jurídica que ele entende ser a mais (in)apropriada para a aplicação do Direito.

Lenio costuma dizer que os princípios constitucionais vem sendo utilizados como álibis teóricos para acobertar o decisionismo, no que lhe sobra razão, a questão do que ele chama de panprincipiologismo (“pedra filosofal da legitimidade principiológica” da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários, para solvemos os difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem), já conta com um extenso rol de princípios sacados da cartola, a esmo, fundamentando inadequadamente decisões que não se alinham constitucionalmente, citando como exemplo o princípio da afetividade, o princípio da benignidade e o princípio da cortesia⁵³.

Sendo assim, o movimento da codificação surge, outrossim, com o escopo de limitar o poder dos juízes. Como ensina Bobbio, antes da consolidação do Estado moderno, o juiz “tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar”⁵⁴.

O primeiro movimento de reação contra a livre interpretação do Direito pelos juízes foi a codificação das leis. A interpretação da lei pelos juízes, se não bem delimitada, poderia importar em manobra para impedir ou burlar o poder do povo, expresso na vontade das assembleias e dos parlamentos. Como explica Caenegem, “(h)istoricamente, a codificação foi uma arma contra o judiciário, ou a casta da *noblesse de robe*, que possuía os seus cargos e invocava nebulosos princípios gerais que não estavam escritos em lugar nenhum”⁵⁵.

O pensamento de Kelsen a partir de sua obra clássica *Teoria pura do direito* dos anos 60 sem dúvida é um marco para a ciência do direito, principalmente no que se refere à interpretação normativa.

Para Rafael Simioni, o sentido de uma norma hierarquicamente inferior só pode ser corretamente determinado se ele for deduzido do sentido de uma norma hierarquicamente superior. Nessa operação dedutiva, contudo, não há

⁵³ STRECK, L. L. *Verdades e consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 554-571.

⁵⁴ BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

⁵⁵ JORGE NETO, N. de M. *Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça*. Salvador: JusPodivm, 2017.

nenhuma garantia de indicação antecipada do sentido da norma jurídica, como sustentava a Escola da Exegese. Sempre haverá um espaço de discricionariedade na determinação do sentido de uma norma jurídica, deduzindo de um nível hierarquicamente superior para um inferior. Isso porque a norma superior, como todas as normas construídas por meio da linguagem, sempre tem apenas “o caráter de um quadro de molduras a preencher”. Por mais detalhada e por mais minorizada que seja a norma superior, a norma inferior sempre apresentará margens de determinação a fazer⁵⁶.

Mas, também, os indivíduos, que tem que respeitar a legislação, ou seja, mesmo que não tenham que fazer a aplicação do Direito, necessitam de ter uma compreensão e fazerem uma delimitação do sentido das normas jurídicas que por eles devem ser observadas. Não diferente, esta ciência jurídica, quando positiva o direito, tem que fazer a interpretação das suas normas. Assim, na interpretação do Direito existem duas espécies que não podem se misturar: a interpretação do Direito realizada pelo órgão que faz sua aplicação (autêntica), e a outra, que é feita por um indivíduo comum, em especial pela ciência jurídica (não autêntica)⁵⁷.

Kelsen incluiu o Capítulo VIII, denominado “A interpretação”, na sua obra, que não existe na edição anterior de 1960, pretendendo preencher na sua *Teoria pura do direito* o espaço considerado vazio, eis que não continha o ato de interpretar próprio do Direito. Assim, não criou uma teoria da interpretação, mas, tão somente, expôs objetivamente o procedimento pelo qual ocorre a aplicação da norma no mundo jurídico⁵⁸.

Mas será que o juiz utiliza somente o direito para decidir? Qual a escolha decisória consciente ou inconsciente na decisão judicial em face do processo? Os fatores não pertencentes ao direito (influências extrajudiciais) influem nos julgamentos?

O que se denota é que o Direito brasileiro muitas vezes não vincula o julgador, na medida em que, teoricamente, pode ocorrer o abandono do direito

⁵⁶ SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 193.

⁵⁷ Esse assunto será abordado mais adiante.

⁵⁸ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387.

nas razões jurídicas, em virtude do direcionamento da decisão judicial para um resultado sem o comprometimento com a ciência jurídica.

Como exemplo do decisionismo, Lenio cita que o STJ, ao dizer em outras palavras, que “onde está escrito 15 dias, leia-se 15, mais 15, mais 15” (caso das escutas telefônicas), ele está dizendo: “Dou as palavras os sentidos que quero”! Quando o TST diz “não recebo o recurso porque falta um centavo”, ele está dizendo “eis um belo e demolidor argumento”. Quando o STF diz que o não cumprimento do art. 212 é nulidade relativa, ele está dizendo, em outras palavras: “A palavra nulidade significa o que nós queremos que ela significa”. “Nem mais, nem menos”!⁵⁹

Neste viés, o STF proferiu julgamento no HC 126.292⁶⁰ em 17 de fevereiro de 2016, alterando a jurisprudência do próprio STF no julgamento do HC 84.078/MG⁶¹ realizado em 05.02.2009, no qual, naquela oportunidade, o

⁵⁹ STRECK, L. L. A *Katchanga* e o *bullying* interpretativo no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, 28 jun. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 19 abr. 2024.

⁶⁰ O acórdão tem a seguinte ementa:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.” (STF, HC 126.292/SP, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 17.02.2016)

⁶¹ O acórdão tem a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Daí que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/1984, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos ‘crimes hediondos’ exprimem muito bem o sentimento que

Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a execução antecipada da pena violaria a presunção de inocência. Pouco tempo depois, o Supremo Tribunal Federal, em 10.11.2016, admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246⁶² e reafirmou o entendimento no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o

EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: ‘Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente’. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. No RE 482.006, Relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei nº 2.364/1961, que deu nova redação a Lei nº 869/1952], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o Relator – ‘a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição’. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.” (STF, HC 84.078/MG, Pleno, Rel. Eros Grau, J. 05.02.2009)

⁶² “EMENTA: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.” (STF, ARE 964.246/SP, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 10.11.2016)

princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Contudo, passado novamente menos de um ano, o Ministro Gilmar Mendes, que, antes acompanhava a maioria, em decisões liminares, citando-se as proferidas no HC 142.173/SP, 23.05.2017, e no HC 146.818, 18.09.2017, passou a entender que a execução antecipada da pena deve aguardar o julgamento do recurso especial no STJ, não sendo permitida após a apreciação da apelação ordinária.

Caso como este citado *supra* comprova que tanto a Corte quanto o Ministro Gilmar Mendes, monocraticamente, utilizam-se de um arbítrio interpretativo, ao mudar o entendimento, sem ao menos demonstrar que os fundamentos das decisões anteriores eram injustos ou inadequados com a integridade do direito, o qual necessitaria ser superado.

Assim, o que fazer quando no julgamento existe uma liberdade ou discricionariedade para o julgador: Julgar conforme a sua consciência, no qual o direito não propõe nenhuma resposta, ou que a resposta seja exequível ou injusta?

Segundo Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, as respostas são variadas acerca do preenchimento do espaço de indeterminação jurídica quando o magistrado vai fazer a aplicação e concretização do direito no caso concreto, eis que o juiz escolhe os pontos de partida (ou os de chegada) para obter a correta decisão judicial:

A moldura de Kelsen, que pode ser preenchida em qualquer sentido possível desde que dentro do quadro formado pelo direito. A discricionariedade judicial de Hart, quando o direito não fundamenta a resposta em nenhum sentido, que, mesmo após seu pós-escrito, permite ao juiz criar direito novo, como um legislador consciencioso. A resposta correta de Dworkin que, à luz do metafórico, solitário e metafísico Hércules, encontra a única resposta desde que se observe o direito como integridade na reconstrução racional do direito vigente. As possibilidades de controle argumentativo-instrumental de Alexy e MacCormick, que nunca encontrarão a única resposta correta – que será compatível com os mais

variados resultados –, mas que alcançará as melhores possíveis em um sentido relevante; e no mesmo caminho Manuel Atienza.

As respostas pragmatistas de Richard Posner – de caráter inevitável segundo ele –, que deixaram de lado a análise econômica do direito para focar nas consequências (que podem ser, inclusive, políticas). O *círculo hermenêutico de Gadamer*, com suas pré-compreensões inevitáveis, onde a realidade influencia o julgador a cada momento que o toca, mas que não o impede de formar um *projeto de interpretação*. O *princípio da solidariedade social do Supremo Tribunal Federal* em confronto com princípios de cunho individualista, ou vice-versa; só para citar uma colisão. As decisões com olhar na *realidade de Oliver Holmes*: considerado um dos quatro melhores juízes dos EUA mesmo não pretendendo utilizar o direito como parâmetro. A *teoria discursiva de Habermas*, cuja reflexão no agir comunicativo busca promover a democracia.

As considerações de Luigi Ferrajoli de que é bom que o direito seja impreciso, incompleto e incoerente, porque isso é o que o permite ser mais justo. Seguido, em alguma medida, pelos pós-positivistas no que toca à abertura dos princípios à moral: *justiça e correção do direito*. O *panprincipiologismo de lagartos e felicidade de Lenio Luis Streck*; só para citar uma das críticas. A tópica. A retórica...⁶³

Dessa forma, o problema hermenêutico está intimamente ligado à questão da legitimidade da decisão judicial e seus instrumentos de controle, guardando muita proximidade com o problema do ativismo judicial e

⁶³ FERNANDES, R. V. de C. *Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro*. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília (UnB), Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Doutorado em Direito, Estado e Constituição, Brasília, 2013.

da separação de poderes. Questiona-se: Até que ponto os juízes estariam autorizados a adotar uma postura ativista, muitas vezes extrapolando as possibilidades interpretativas evidentes do texto?⁶⁴

Como fiel guardião da nossa Constituição, o Supremo Tribunal Federal não pode deixar de zelar pelo respeito às normas constitucionais. A necessidade de manifestação do Poder Judiciário acerca de certas questões decorre da própria judicialização da política levada a efeito pela Constituição Federal de 1988.

Roberto Wanderley Nogueira afirma que é sempre arbitrária a atitude hermenêutica que não encontra limites no seu próprio objeto, tanto material quanto instrumentalmente, pois para ser bom juiz basta ser escravo das leis, pois elas formam o “círculo de giz” dentro do qual é permitido ao juiz substancialmente atuar, e, assim, deve fazê-lo com liberdade e motivação técnica, e, fora disso, a sua corporeidade assume o destino da própria autossuficiência e deixa de servir ao Estado, desnaturando-se a si mesmo enquanto agente político próprio⁶⁵.

Na visão de Dworkin, o ativismo judicial é considerado um problema, uma vez que

um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.⁶⁶

Lado outro, Luis Roberto Barroso ressalta que

⁶⁴ LIMA, G. M. N. de. Discrecionalidade judicial e a tese da resposta correta. *Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília/DF, 15 abr. 2020.

⁶⁵ NOGUEIRA, R. W. Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 6 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opiniao-ativismo-judicial-destrui-estado-democratico-direito>. Acesso em: 19 abr. 2024.

⁶⁶ DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 492.

a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Ora, isso desequilibra, instabiliza, e coloca o projeto democrático em xeque. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. [...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. [...] o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos [...].⁶⁷

Nessa mesma linha, Habermas preleciona que todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se possa supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição⁶⁸.

Em contrapartida, Habermas sustenta que

não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais – têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente

⁶⁷ BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89.

⁶⁸ HABERLE, P. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 52.

em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação dos poderes –, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos. As decisões de princípio proferidas pelas cortes supremas não podem ser equiparadas a emissões de juízos que “ponderam objetivos, valores e bens coletivos”.⁶⁹

Desse modo, no palco do Poder Judiciário é inconcebível que o jogo de sombra e luz seja lançado de modo a colocar mais fecho de luzes sobre a pessoa física do julgador e mais sombra sobre o Direito.

Lenio nos alerta para a necessidade de se compreender que as decisões do Poder Judiciário brasileiro são excessivamente discricionárias e conduzem ao que aquele autor denomina de *decisionismo solipsista* (portanto, de “escolhas” individuais). Como consequência, chama atenção para o fato de que existe um núcleo duro de direitos fundamentais inegociáveis, irreduzíveis e dotados de contramajoridade, um efetivo direito fundamental de que as decisões sejam baseadas na tradição e que, portanto, não pode haver decisões diferentes para situações semelhantes por mero e simples compreender diferente de cada julgador, ou como resultado das diferentes consciências dos juízes, o que, na sua mais extrema aplicação, poderia conduzir a decisões quase aleatórias⁷⁰.

Observando a ausência de uma teoria de direito que inclua a preocupação com o modo como devem decidir juízes e tribunais, e compreendendo que a hermenêutica (constitucional) não deve ficar à mercê de procedimentos *ad hoc*, Lenio vem criando uma teoria da decisão judicial, que busca um severo controle judicial, para superar o formalismo, e substituindo o juiz boca da lei pelo “proprietário dos sentidos da lei”⁷¹.

⁶⁹ HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Tradução: Eduardo Reis. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996. p. 239-240.

⁷⁰ STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁷¹ STRECK, L. L. *Verdades e consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

Em síntese: é preciso compreender que das condições da concretização da Constituição é, antes de tudo, uma crise do direito, que na realidade é uma crise de paradigmas, assentada em uma dupla face: uma crise de modelo e uma crise de caráter epistemológico. De um lado, os “operadores” do direito continuam reféns de uma crise emanada da tradição liberal-individualista-normativista e, de outro, da crise dos paradigmas epistemológico da filosofia da consciência – metafísica moderna – e aristotélico-tomista, da metafísica clássica. O resultado dessa(s) crise(s) é um direito alienado da sociedade, questão que assume foros de dramaticidade se compararmos o texto da Constituição com as promessas da modernidade incumpridas⁷².

Desse modo, o papel da doutrina será a possibilidade de controle do Poder Judiciário, que, mesmo tendo a função constitucional de aplicação do direito, não pode dizer o direito ao seu bel prazer. O tribunal deve obedecer a interpretação do direito, como um ato de integralidade, à coerência e a igualdade no que se refere às questões hermenêuticas aplicativas a partir de uma detalhada fundamentação para obter uma resposta correta baseada em princípios, e não em política⁷³.

CONCLUSÃO

Registramos na introdução que a autoridade do direito está passando por uma crise no contexto jurídico brasileiro e, conseqüentemente, tentando reescrever o seu papel, pois o Direito tem uma evidente *pretensão de autoridade* a ser respeitada pela sociedade em geral, e não apenas por quem concordou com a lei quando de sua aprovação em concurso ou concorda com ela no momento de sua aplicação.

Em tempos de acomodação constitucional e democrática, nota-se uma certa instabilização no equilíbrio entre os poderes instituídos, o que faz com que haja uma certa disputa institucional onde se vê a busca da preponderância entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Desse modo, refletir sobre a atuação dos magistrados nos dias atuais nos faz (re)pensar o papel do direito frente ao Poder Judiciário, suas (dis)funções,

⁷² STRECK, L. L. *O que é isto* – Decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁷³ STRECK, L. L. *Verdades e consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

seus avanços e seus retrocessos, a fim de solidificar o Estado Democrático de Direito.

Analizando o agravamento da crise no direito, necessário se faz denunciarmos as causas e consequências dele, e, conseqüentemente, demonstrar que o fato de o Poder Judiciário ser uma instituição constitucionalmente responsável pela aplicação do direito não pode ser a autoridade que impera no Direito brasileiro.

Assim, não podemos abandonar a concepção de que o Direito é um instrumento de controle de dominação utilizado por quem são os detentores do Poder. Mas também não podemos crer que se trata de um controle de dominação egocêntrica e clientelista, dentro de perspectivas de grupos de classe ou castas, o que em última análise rompe com a democracia.

Assim, o direito não pode tornar-se fruto da vontade e interesse daqueles que possuem o poder de decidir, e acreditam que não são únicos os legitimados a dizer o que é o Direito, eis que em um Estado Democrático de Direito tudo tem um limite imposto pelo próprio Direito.

Partindo-se da leitura dos estudos produzidos pelos Professores Tércio e Lenio, como a crise de paradigma do direito e da dogmática jurídica, é que devemos centralizar a discussão hermenêutica sobre os obstáculos existente hoje no século XXI que impedem a concretização dos direitos em nossa sociedade e provocam um agravamento da crise no direito.

O que se denota é que o Direito brasileiro muitas vezes não vincula o julgador, na medida em que, teoricamente, pode ocorrer o abandono do direito nas razões jurídicas, em virtude do direcionamento da decisão judicial para um resultado sem o comprometimento com a ciência jurídica.

Portanto, concluímos que o Direito é a autoridade que deve imperar no Brasil, para não se tornar fruto do instrumento à vontade daqueles que estão no centro do poder de dizer o que é e o que não é o direito, produzindo um resultado de reescrituração em função do intérprete aplicador.

REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, E. R.; GARCIA OLANO, F.; VILANOVA J. *Introducción al derecho*. 9. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972.

ASSIS, A. E. S. Q.; VEDOVATO, L. R.; SIMIONI, R. L. Os novos donos do saber jurídico: a disputa pela ocupação dos espaços de produção de sentido do Direito no Brasil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 10(2): 183-196.

BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERMAN, H. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 4.335/AC*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 19 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1563636&prcID=2544561>. Acesso em: 19 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 644736/PE*. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=568591&num_registro=200500551121&data=20050829&formato=PDF. Acesso em: 19 abr. 2024.

DAVID, R. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, R. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, R. V. de C. *Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro*. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília (UnB), Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Doutorado em Direito, Estado e Constituição, Brasília, 2013.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

HABERLE, P. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Tradução: Eduardo Reis. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

JORGE NETO, N. de M. *Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça*. Salvador: JusPodivm, 2017.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 7. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução original: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires Tradução posterior a 1945 e notas relativas ao Direito brasileiro vigente: Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, G. M. N. de. Discricionariedade judicial e a tese da resposta correta. *Revista Conteúdo Jurídico*, Brasília/DF, 15 abr. 2020.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MONTESQUIEU, C.-L. de S. Do espírito das leis. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NEVES, A. C. *Questão-de-facto e questão-de-direito*. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Almedina, 1967.

NOGUEIRA, R. W. Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito. *Revista Consultor Jurídico*, 6 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opinio-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>). Acesso em: 19 abr. 2024.

RODRIGUES JUNIOR, O. L. Magistrado não pode atuar como um “juiz do povo”. *Revista Consultor Jurídico*, 9 jan. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jan-09/direito-comparado-magistrado-nao-atuar-juiz-povo>. Acesso em: 19 abr. 2024.

POSNER, R. A. *How judges think*. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2008.

POSNER, R. A. *Para além do direito*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SGARBI, A. Hans Kelsen e a interpretação jurídica. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 10, n. 2, p. 277-292, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/402/345>. Acesso em: 19 abr. 2024.

SILVA, K. S. A. Hermenêutica generalis. Sobre a formação da “opinião” jurídica pelos argumentos jurídicos no limiar do século XXI. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 39, n. 154, abr./jun. 2002.

SIMIONI, R. L. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

STRECK, L. L. A *Katchanga* e o *bullying* interpretativo no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, 28 jun. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil> Acesso em: 19. abr. 2024.

STRECK, L. L. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis: Misperceived Legal Theories In Brazil*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

STRECK, L. L. Em busca das “coordenadas filogenéticas” para a construção de uma teoria da decisão. In: MACEDO, E.; HIDALGO, D. N. M. (org.). *Jurisdição, direito material e processo – Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, 2014.

STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, L. L. O passado, o presente e o futuro do STF em três atos. *Revista Consultor Jurídico*, 15 nov. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-15/senso-incomum-passado-presente-futuro-stf-tres-atos> Acesso em: 19 abr. 2024.

STRECK, L. L. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 2, p. 3-26, 2009.

STRECK, L. L. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, L. L. *Verdades e consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

WALD, P. A. M. One Nation Indivisible, with Liberty and Justice for All: Lessons from the American Experience for New Democracies. 59 *FordhamL. Rev.*, 283 (1990).

Submissão em: 25.04.2024

(Avaliador A) Avaliado em: 10.07.2024

(Avaliador B) Avaliado em: 15.09.2025

Aceito em: 15.09.2025

