

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**Lauro Sampaio Mesquita Júnior**

**PARA ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO NA PRÁTICA JUDICIÁRIA  
BRASILEIRA: Dworkin *versus* Hart, integridade *versus* discricionarietà**

**POUSO ALEGRE/MG**

**2017**

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**Lauro Sampaio Mesquita Júnior**

**PARA ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO NA PRÁTICA JUDICIÁRIA**  
**BRASILEIRA: Dworkin *versus* Hart, integridade *versus* discricionariedade**

Dissertação/monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

**Orientador:** Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho.

**POUSO ALEGRE/MG**

**2017**

## FICHA CATALOGRÁFICA

M582p

MESQUITA JÚNIOR, Lauro Sampaio.

Para além do positivismo jurídico na prática judiciária brasileira:  
Dworkin *versus* Hart, integridade *versus* discricionarietà.  
109p.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Sul de Minas  
(FDSM). Programa de Pós Graduação em Direito. Pouso Alegre, 2017.

1. Direito. 2. Positivismo. 3. Discricionarietà. 4. Estado  
Democrático de Direito. 5. Integridade. I. SILVA FILHO, Edson Vieira.  
II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Título.

CDU 340

**Lauro Sampaio Mesquita Júnior**

**PARA ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO NA PRÁTICA JUDICIÁRIA  
BRASILEIRA: Dworkin *versus* Hart, integridade *versus* discricionarietà**

**FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS**

**Data da Aprovação /11/2017**

**Banca Examinadora**

---

**Professor da Banca**

---

**Professor da Banca**

---

**Professor da Banca**

**POUSO ALEGRE-MG  
2017**

Este trabalho dedico a Deus, a minha esposa e filha amadas que suportaram as dores desta luta, aos inspiradores e pacientes professores do PPGD FDSM, com os quais aprendi a entender o Direito com olhar científico e crítico, ao meu orientador Professor Dr. Edson Vieira da Silva Filho, altamente qualificado e sempre disposto a ajudar-me a pesquisar, aos meus familiares e sócios de escritório pelo apoio e compreensão.

## RESUMO

MESQUITA JÚNIOR, Lauro Sampaio. PARA ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO NA PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA: Dworkin *versus* Hart, integridade *versus* discricionariiedade. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pouso Alegre, 2017.

Do Estado Antigo ao Estado Medieval a discricionariiedade nas decisões gerais era o atributo da personificação do poder, este fragmentado e revelado em instituições ou pessoas de homens que concentravam em si instrumentos de potência e justificação da autoridade. A atividade jurisdicional era, então, produto da política de cada tempo. A partir do Estado Moderno europeu do século XVI, lado outro, a dominação passa a ser legal-racional, resultado da institucionalização do poder, através da burocracia, da tripartição da potência (legislativo, executivo e judiciário), cujo iluminismo francês ataca o obscurantismo-religioso das práticas normativas, onde direito e a força passam a decorrer de um estatuto formalmente sancionado e fundamentado em soberania estatal, em cujo contexto o Judiciário é chamado a interpretar o direito fora da política. No Brasil, com a instalação do novo paradigma político do Estado Democrático de Direito, através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, o tradicional Poder Judiciário é instado a decidir em novas arenas: públicas, coletivas, sociais e políticas, acarretando expansão da atividade jurisdicional e redimensionamento desta função estatal, com práticas ativistas, protagonistas e decisionistas antidemocráticas. Tomando como paradigma a análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.292, julgado em fevereiro de 2016, segundo os quais o próprio texto da Constituição admite a prisão do condenado após a decisão em segundo grau, independentemente do seu trânsito em julgado revela o ocultamento da produção de sentido normativo do texto jurídico. Mas se a prática judiciária ainda incide sobre textos legais, de linguagem comum e campo aberto interpretativo, afinal o que é o Direito de uma determinada sociedade? Se do positivismo jurídico, de Kelsen e Hart, decorre o monopólio do decisor na atribuição de sentidos aos textos legais, o direito como integridade de Dworkin é a pretensão de legitimação democrática da decisão jurídica, pela coerência interpretativa entre as razões da decisão e os sentidos encontrados fora do solipsismo do magistrado e do Tribunal, como corolário do direito constitucional à fundamentação das decisões jurídicas. A pesquisa busca, portanto, analisar a atividade jurisdicional brasileira à luz do chamado debate Dworkin-Hart e definir o seu papel no Estado Democrático de Direito, tomando as críticas da teoria do direito como integridade de Dworkin para apontar que a discricionariiedade ainda é elemento (des)estruturante das decisões jurídicas, deslegitimantes da própria atividade jurisdicional, reputada por Dworkin como violadora do direito fundamental a decisões jurídicas corretas e, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Direito. Positivismo. Discricionariiedade. Estado Democrático de Direito. Integridade.

## ABSTRACT

JÚNIOR, Lauro Sampaio Mesquita. BEYOND THE LEGAL POSITIVISM IN BRAZILIAN JURISDICTION EXPERIENCE: Dworkin *versus* Hart, integrity *versus* discretion. 2017. Dissertation (Masters in Constitutional Law) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Pouso Alegre, 2017.

Since Old State to Medieval State the discretion in decisions was the trait of particular power, divided and disclosed in men whose concentrated force and authority. In modern state developed in Europe since the XVI century, the domination turn up as legal-rational, the result of institutionalization of the force, trough bureaucracy and tripartite division of powers, when French enlightenment attacked the transcendental normative standards, when law and power results from an formal statute, reasoned in sovereignty. The installation of a new political paradigm in Brazil, the Democratic Law State, with the 1.988 Constitution, Judiciary starts deciding about new subjetics: publics, collective, social and political conflicts, with the expansion of the juridical experience on activists, protagonisms and decisionism as undemocratic practices. Taking as paradigm the analysis of the ministerial decisions of brazilian Supreme Court in habeas corpus 126.292, judged on february of 2016, when decided that constitutional text allows criminal arrestment after decision on second jurisdictional degree without res judicata effect, shows its concealment on normative sense production. But the Judiciary still uses legal texts, common language, open field of interpretation, so what is the Law of one society? If from the legal positivism, from Kelsen to Hart, it goes the monopoly of the juridical decision about the meaning of the legal text, the Dworkin integrity intends to legitimate and democratize the jurisdiction, with consistency between decision reason and the meanings of the rules founded abroad the personal experience of the judge and the court, as a constitutional right of a reasonable decision. This research pursuits to analyze Brazilian jurisdiction based on Dworkin-Hart debate and define its paper on Democratic Law, by taking integrity theory critics to propose that discretion is still and perverse element in judicial decisions and jurisdictional experience, reputed by Dworkin as infringing the constitutional right of correct decisions, so, violating the Democratic Law State.

**Keywords:** Law. Legal Positivism. Discretion. Democratic State of Law. Integrity.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>1. O ESTADO MODERNO E O PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>15</b>
1.1 - A Constituição Brasileira de 1.988 e o empoderamento do Poder Judiciário.....	24
1.2 - Judicialização da Política: por que foi necessário?.....	27
1.3 - Ativismo Judicial: qual é o limite interpretativo?.....	32
1.4 - Protagonismo Judicial: uma inadequada atividade jurisdicional.....	36
<b>2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A (I)LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JURÍDICAS.....</b>	<b>44</b>
2.1 De Kelsen a Hart: (neo)positivismo jurídico e armadilha semântica.....	49
2.2 A “textura aberta” do Direito: discricionariedade forte.....	59
2.3 O direito como integridade de Dworkin.....	61
2.4 Romance em cadeia e a (re)construção do Direito: respostas corretas?.....	69
<b>3. O PAPEL DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA NUMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>73</b>
3.1 Constitucionalismo e democracia: uma tensão necessária.....	79
3.2 A fatalidade positivista na atividade jurisdicional brasileira: onde está o problema?.....	85
3.3 Integridade na jurisdição: um compromisso pós-positivista.....	92
3.4 Decisão jurídica correta como Direito fundamental no Estado Democrático de Direito.....	95
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>101</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>104</b>

## INTRODUÇÃO

No meio acadêmico diversos temas jurídicos se entrelaçam em forma de reflexão, especialmente aquela sobre a interpretação da norma jurídica e a elaboração da decisão judicial como atribuição de sentido à lei e ao Direito, seja no campo jurisdicional ou doutrinário.

A discussão revela especial importância quando se debruça sobre o resultado prático da atividade jurisdicional na vida das pessoas, da sociedade e das instituições, no tocante à seus bens, vida e liberdade e direitos, o que se faz através de decisões jurídicas que se dizem justificantes da coerção estatal, resposta oficial para solução de conflitos públicos e privados, individuais, coletivos, sociais ou políticos, instância última sobre a normatividade dos textos legais e constitucional incidentes sobre os jurisdicionados.

A questão se evidencia pelo interesse de que a atividade jurisdicional seja constitucionalmente adequada, efetivamente capaz de atender às novas exigências de legitimidade, segurança jurídica e emancipação individual e social, que implemente um paradigma político que se anuncia democrático.

A análise deve passar, portanto e primeiramente, pela observação, ainda que em resumo, pelo surgimento da atividade jurisdicional e do Poder Judiciário, bem como a evolução do Estado Moderno europeu a partir do século XVI, contra práticas místicas e transcendentais de concentração de poder e dominação, contra a politização do Judiciário, para uma evolução estatal racionalizante, que inaugurou um novo modelo de organização social, política e jurídica.

A discussão da discricionariedade na jurisdição, porém, se desenrola sistematicamente desde a noção kelseniana de direito como “moldura”<sup>1</sup> a ser preenchida pela atividade cognitiva judicial, passando por Hart com a ideia de “textura aberta do Direito”<sup>2</sup>, até os dias de hoje, ainda que obnubilada por teorias e práticas de argumentação jurídica.

---

<sup>1</sup> Kelsen defende que por interpretação “deve-se entender o processo intelectual que se traduz na averiguação do conteúdo de uma disposição jurídica”, por isso lança “moldura” como figura de linguagem para afirmar que se compreendem dentro do sentido do texto legal diversos significados ou diversas maneiras de interpretar, igualmente possíveis, ou adequáveis àquela moldura. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387.

<sup>2</sup> Hart, prelecionando sobre a interpretação de um texto legal, sustenta que “a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha...terão o que se

Ora, assim dizendo, o Poder Judiciário é quem define o Direito do caso concreto, partindo de normas abstratas e generalizantes que meramente estabelecem os limites interpretativos, como se a cognição recaísse na subsunção de palavras e dados ontológicos sobre fatos e situações vividas e não sobre o conteúdo moral dos direitos, numa equivocada presunção de existência de prévio consenso valorativo ou acordo entre as razões de decidir e os fundamentos do direito, o que Dworkin chama de agulhão semântico<sup>3</sup> do positivismo jurídico.

O século XX registrou intensa atividade legislativa, cujas duas grandes guerras mundiais foram palco livre para as soberanias estatais exercerem barbaridades contra a humanidade e seus próprios cidadãos, albergados, porém, pelo próprio Poder Judiciário, diante da norma formalmente válida e vigente, logo “coercitivamente legítima”, num positivismo instrumentalizador do Direito.

Fez-se necessária uma nova postura política, na qual o Estado Moderno, ainda sob a lógica sistêmica tripartite do poder, assumisse compromissos constitucionais de liberdade, igualdade e de prestação de bem estar-social, no qual o Estado de Direito foi constitucionalmente alçado à Estado Social, destinatário e remetente de compromissos sociais em todas as esferas de atuação, doravante se faz necessária a adoção de uma teoria da decisão jurídica que organize democraticamente – legitime, o produto coercitivo da atividade jurisdicional, como forma de conter arbitrariedades do Poder Judiciário (posição de guarda legal e constitucional), permitindo que o Estado Moderno gere uma unidade política que avance de fato rumo à democracia e aos ideais constitucionalmente anunciados pelo Estado Democrático de Direito.

Este trabalho se inicia abordando a evolução do Estado Moderno e a formação do Poder Judiciário europeu, modelo político seguido no Brasil e, posteriormente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, como conseqüência de um Estado Democrático de Direito por aqui pretendido, após décadas de alternados governos ditatoriais e o conseqüente e necessário empoderamento do Poder Judiciário na posição de guarda das leis e da constituição.

Seguiu daí a questão da inevitável Judicialização da Política, como resultado do compromisso constitucional de outorga ao Poder Judiciário de controle formal e material

---

tem chamado de textura aberta”. HART, Herbert Lionel A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 165.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 55.

do produto legislativo, bem como função proativa diante de omissões das instituições e de prestação dos demais poderes, num Estado Social que sequer se implementou.

Revela-se uma tentativa constitucional de transferência compensatória de atribuições, mas principalmente positivas e de prestação, quando o poder constituinte reconhece que direitos fundamentais foram negligenciados pelos poderes executivo e legislativo no passado, o que se costuma denominar compensação sistêmica, que abriu a porta para uma espécie de “litigância de interesse público” por parte dos advogados, defensores públicos e Ministério Público, como uma corrida ao Judiciário por efetivação de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais, etc.

Lado outro, critica-se a falsa percepção de que as melhores decisões sobre a normatividade dos textos legais e assuntos constitucionais, bem como imposição de adoção de medidas públicas pelos demais poderes, estariam sendo sempre tomadas pelo Poder Judiciário, pelo simples fato de constarem no texto constitucional na posição de guarda.

Mas quem guarda os guardas? Noutros termos: as práticas jurisdicionais são legítimas no Brasil?

Esta pergunta só será respondida no segundo capítulo, após desenrolar ao longo do primeiro capítulo uma crítica sobre a mudança desordenada de paradigma jurisdicional no Brasil, na qual os precedentes, próprios do *common law*, invadiram de forma acriteriosa a prática judiciária, num casamento forçado com a tradição do *civil law*, pela suposta busca de correção normativa e efetivação de direitos fundamentais.

Não obstante, o que se verifica no Brasil é que a sobreposição dos precedentes (e das súmulas vinculantes) sobre a doutrina, costumes e o texto legal, somente revela o aumento exponencial da atividade jurisdicional, com práticas ativistas e protagonistas, eminentemente marcadas pela discricionariedade do positivismo jurídico e mascaradas pela corrupta adoção de teorias da argumentação, como a teoria discursiva proposta por Robert Alexy<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Karl Larenz constata que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas”, sendo este o ponto de partida de Robert Alexy em sua teoria discursiva do direito, para o qual se as tradicionais regras de interpretação não apresentam mais racionalidade suficiente para vencer práticas juspositivistas de submissão ou discricionariedades diante do texto legal ou de princípios, deve-se buscar justificar ou tornar racional a decisão jurídica ou ainda corrigir moralmente enunciados normativos, mas sem igualmente incorrer em arbitrariedades pelo elemento subjetivo “juízo de valor”. Para Alexy só seria possível através de regras e procedimentos prévios ditos objetivos acerca de como e quando se valer de “valorações”, tratando o discurso jurídico como um caso especial de discurso prático, sob uma série de condições limitadoras (lei, precedente, dogmática). ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 33-43.

É que agora os textos legais cedem espaço aos precedentes judiciais por força da própria expansão da atividade jurisdicional, como fonte primária de direito, o que denota a importância de se entender o sentido da filosofia jurídica na regulamentação da jurisdição brasileira, com a necessária definição do papel do juiz e do direito brasileiro<sup>5</sup>.

O trabalho prossegue, então na busca desta legitimidade democrática da atividade jurisdicional, pela exposição do chamado debate Dworkin-Hart, mais precisamente aquele encontrado no posfácio de Hart em “O conceito de Direito” e no “Império do Direito” de Dworkin, disputa teórica que encontra ponto central justamente na questão da discricionariedade judicial na interpretação dos textos normativos, que desemboca na (i)legitimidade das decisões jurídicas e a necessidade de uma teoria do direito mais complexa e alinhada com os objetivos do recente Estado Democrático Brasileiro<sup>6</sup>.

Quanto ao conceito de direito, Hart sustenta que todo regime jurídico de uma sociedade é formado pela união de normas primárias e secundárias, no qual as primeiras estabelecem direitos e obrigações e as últimas versam sobre as primeiras, sobre como podem ser produzidas, alteradas e interpretadas; não é expressamente introduzida por Hart, ao lado de regras e normas, a noção de princípios.

A ligação entre normas primárias e secundárias, bem como a conclusão pela aceitação de que determinada norma primária formal pertence validamente ao direito da sociedade e deve ser aplicada, se dá através de uma norma de reconhecimento, a qual, por sua vez, especifica critérios que toda norma deve possuir para ser reconhecida, aplicada pelos tribunais e apoiada pela sociedade.

Hart acrescenta que a própria validade da norma de reconhecimento é pressuposta e duvidosa, pois aceita arbitrariamente pelo próprio tribunal que a utiliza.

O jurista inglês, dando sequência ao neopositivismo jurídico de Kelsen, lança a noção de “textura aberta”, motivo pelo qual decidir seria, diante de lacunas ou opções semânticas possíveis, escolher livre e convenientemente dentre múltiplas possibilidades semânticas, partindo de uma postura judicial solipsista<sup>7</sup> para encontrar a normatividade do texto legal, se valendo o juiz de uma discricionariedade em sentido forte.

---

<sup>5</sup> Guilherme Scotti já adianta que “A Filosofia do Direito assume um papel central para a reflexão daqueles que inventaram a idade moderna”. SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte. Fórum, 2011, p. 03.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 419.

<sup>7</sup> Para Streck, solipsista é o sujeito egoísta, que define os valores, coisas e fatos a partir de si próprio, pelo que a verdade é a que ele mesmo estabelece a partir de sua consciência, cujo conhecimento se atrela a experiências

É que Kelsen já havia descrito que o Direito opera com a linguagem comum, preso à polissemia, cujo significado das palavras varia no tempo e espaço, motivo pelo qual a interpretação seria a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, onde o resultado da interpretação jurídica é a determinação da “moldura”, limites dentro do qual está o conhecimento das possibilidades de preenchimento, a cargo do juiz<sup>8</sup>.

Aberto o debate, Dworkin apresenta sua teoria do direito como integridade, afirmando que o Direito de uma sociedade decorre de uma atividade interpretativa e argumentativa, não somente pela singela análise do que restou decidido no passado pelas legislaturas e tribunais ou “descoberta” subjetiva do sentido das regras; acrescenta que existem princípios e que estes vinculam o juiz, fechando a atividade interpretativa.

Demonstra-se, portanto, que o jurista norte-americano é totalmente contrário a possibilidade de que juízes e tribunais se valham de poder discricionário para definir o sentido normativo das regras e princípios, afirmando que decidir não é escolher, mas fundamentar as razões de um determinado sentido somente e até onde for possível identificá-lo na comunidade personificada<sup>9</sup>, vetando também argumentos de política, permitindo argumentos de princípios, dando integridade e coerência ao Direito.

Ora, Dworkin não admite que o juiz decida de forma solipsista dentro de uma “moldura” ou “textura aberta”, afirmando que interpretar é fechar a decisão jurídica em torno das convicções passadas do próprio legislador e dar continuidade à normatividade dos textos sobre novas situações concretas conforme o que se entende na própria comunidade, remetente e destinatária da lei, com coerência, sem ruptura, como a literatura faz num romance em cadeia.

---

interiores pessoais, sendo o mundo apenas um esboço que depende do sujeito para ser completado. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 60.

<sup>8</sup> Explicando Kelsen, Simioni assevera que “assim, a interpretação de um texto legal não conduziria necessariamente a uma solução jurídica previamente estipulada em lei, mas possivelmente a várias soluções de igual valor, apesar de apenas uma se tornar direito positivo no ato do aplicador do direito. Dizer que uma sentença é fundada em lei significaria que ela se contém na moldura que a lei representa – ela não é “a norma individual”, mas “uma das normas individuais” que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba, Juruá, 2014. p. 139 e segs.

<sup>9</sup> Dworkin afirma que a teoria do direito como integridade “pressupõe que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos...a integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do estado...Minha apresentação da integridade política assume a personificação com muito mais seriedade, como se uma comunidade política realmente fosse alguma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que são seus cidadãos. Pior ainda, atribui influência e responsabilidade morais a essa entidade distinta”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins Fontes. São Paulo. 2014. p. 204-212.

As críticas de Dworkin ao papel do juiz na teoria de Hart são especialmente dirigidas pela defesa do Estado Democrático de Direito, para que a suposta obsessão pela guarda de direitos fundamentais não acarretem, paradoxalmente e pelo próprio Poder Judiciário, constantes violações ao igualmente fundamental princípio democrático de a própria sociedade definir seu futuro, isso porque uma decisão jurídica só pode ser correta se levar em conta a pretensão política e normativa da própria sociedade acerca de como resolver situações concretas, litigiosas e difíceis, rompendo com o positivismo jurídico e “dando o tom” do papel da jurisdição num Estado Democrático de Direito.

Por fim, no pomo da dissertação, foca-se na necessidade de se ultrapassar as premissas do positivismo jurídico na jurisdição brasileira, uma vez que o Poder Judiciário não consegue e não pode ser, dentro de uma democracia, a última palavra sobre o Direito Brasileiro e sobre o conteúdo normativo dos textos legal e constitucional.

Neste ponto pretende-se demonstra que o Poder Judiciário brasileiro se esconde através de teorias argumentativas, mais precisamente a da ponderação de Alexy, praticando o que Streck chama de pamprincipiologismo<sup>10</sup>, na utilização de teorias discursivas como álibi teórico para reiteradamente praticar atos de escolha quanto ao sentido normativo dos textos legais e da própria constituição.

Afinal o direito é aquilo declarado pelos juízes ou é algo a ser democraticamente (re)construído?

No terceiro capítulo a grande preocupação é apontar, com fundamento na teoria do direito como integridade de Dworkin, qual deve ser o sentido do direito brasileiro, na

---

<sup>10</sup> Sobre a noção de pamprincipiologismo Streck discorre que “mais especificamente, minhas preocupações giram em torno do problema da decisão judicial e da existência ou não do chamado “poder discricionário dos juízes” o momento da solução dos chamados “casos difíceis”. Na esteira da construção dessa busca pela determinação do conceito de princípio, deparei-me, mormente nos anos mais recentes, com situações inusitadas. Certamente, a mais pitoresca de todas é aquela que nomeei (em diversos textos e, especialmente, em: Verdade e Consenso, 2011) de pamprincipiologismo, uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de standards argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia” nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos juridicionalizados. “Positivização dos valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação” (sic), em um segundo momento, de todo tipo de “princípio” (sic), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolver os casos difíceis ou “corrigir” (sic) as incertezas da linguagem”. STRECK, Lenio Luiz. *In: Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. Revista de Informação Legislativa*. Brasília. A 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>. Acessado em 18.04.2017.

busca de se efetivar o Estado Democrático de Direito em sua totalidade, bem como estabelecer o papel dos juízes, para legitimar e dar racionalidade democrática às decisões jurídicas no novo paradigma político instalado pela Constituição de 1.988.

Partindo para a conclusão, este trabalho pretende defender, portanto, uma jurisdição democrática, que de fato respeite a separação de poderes e o projeto constitucional como algo a ser definido pela própria sociedade; para tanto deve-se criticar a proposta de Hart, de um poder judicial discricionário em sentido forte, afirmando a compatibilidade da teoria de Dworkin com o ideal democrático, mediante a interpretação do Direito conforme sua melhor luz, respeitando o acervo principiológico e os costumes da comunidade política, como único meio capaz de produzir decisões jurídicas corretas.

Entende-se que a decisões jurídicas, numa modernidade traçada pela complexidade social como resultado de um ideal democrático com pluralidade de valores, sejam íntegras com o que se pretende por direito no espaço e tempo pela própria sociedade, centralizando todos os sentidos normativos ao redor de práticas não transcendentais ou arbitrárias, mas em argumentações coerentes com o histórico institucional dos direitos e obrigações e ambições originais e constitucionais da própria da sociedade (tradição).

Isto assim apresentado, acredita-se poder ao final concluir e responder, após percorrer por estas investigações, o desafio do título deste trabalho, indo-se além do positivismo jurídico na prática judiciária brasileira.

## I – O ESTADO MODERNO E O PODER JUDICIÁRIO

Para se compreender o papel do juiz e do Direito num paradigma de Estado Democrático de Direito, deve-se fugir da compreensão prematura de que a atividade jurisdicional sempre esteve contida à análise de um texto legal ou à existência de um pressuposto acervo conteudístico ou pré-determinada normatividade pública como resposta jurídica para toda e qualquer situação concreta, litígio ou pleito individual coletivo ou social, a cargo de exclusiva definição por um independente e imparcial Poder Judiciário.

Dada a complexidade da questão, que possui amplo alcance, deve-se antecipar a análise, ainda que resumidamente, para a própria função social do Poder Judiciário e a evolução histórica do processo da Idade Antiga, atravessando a Idade Média até a Idade Moderna e a formação do respectivo Estado Moderno.

Há uma intimidade na relação entre o processo jurisdicional e o desenvolvimento político da sociedade de cada época, pelo que a jurisdição sempre operou conforme as diretrizes do poder político vigente<sup>11</sup>.

Vicente Greco Filho<sup>12</sup> revela que na Idade Antiga, mais precisamente na Grécia Antiga, a jurisdição não sobrepujava a política, uma vez que o indivíduo que tinha direitos estava dentro da *polis* e a seus julgamentos políticos se submetia, não havendo um sistema de garantias contra o governo, mas julgamentos políticos e éticos, não oficialmente judicializados através de órgãos com prerrogativas processuais específicas.

Os árbitros eram cidadãos eleitos, maiores de 30 anos, em dia com a vida civil e política e socialmente iguais às partes, revelando o interesse público de assegurar a igualdade na resolução de conflitos particulares, no sentido de que sendo julgado por pares, as partes evitariam tiranias estatais, logo o compromisso da *polis* era garantir que o

---

<sup>11</sup> O recorte histórico da jurisdição feito neste trabalho se justifica pela proposta delimitada, valendo relembrar as lições do historiador John Gilissen para o qual “A Grécia, como o Egito, não deixou grandes recolhas jurídicas, nem vastas codificações. Mas com os seus pensadores, sobretudo Platão e Aristóteles, fundou a ciência política, ou seja, a ciência do governo, da polis ou cidade; ela é assim a base do nosso direito público moderno. Enfim Roma, na época da República e sobretudo no tempo do Império, fez a síntese de tudo o que os outros direitos da antiguidade nos tinham trazido. Como os Egípcios, os Romanos realizaram, nos primeiros séculos da nossa era, um sistema jurídico que atingiu um nível inigualável até então...Sobretudo os Romanos criaram a ciência do direito; o que os jurisconsultos romanos dos II e III séculos da nossa era escreveram, serve ainda de base a uma importante parte do nosso sistema jurídico”. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2a ed., 1995, p. 52.

<sup>12</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil**. Vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18

processo não fosse algo privado, objeto de desigualdades ou vinganças, mas de comunhão política<sup>13</sup> na cidade.

Decorrendo daí que as decisões, ainda que sobre questões privadas, revelavam a divisão entre público e privado e a supremacia do primeiro, mas especialmente para garantir que a jurisdição fosse essencialmente política, no sentido de igualdade processual e material das partes perante a *polis*.

Na Itália trilhou-se caminho semelhante, no qual o juiz não representava o Estado, sendo um particular eleito pelas partes, cujo processo se confundia com a jurisdição, que não eram oficiais ou institucionalizados.

O papel da jurisdição, tanto na Grécia quanto na Itália, era residual, uma vez que ao Estado cabia investir em questões públicas, não no universo particular de seus cidadãos.

Moacyr Amaral dos Santos<sup>14</sup> preleciona que a figura do magistrado (como a conhecemos atualmente), surgiu cerca de 03 séculos antes de Cristo, com Diocleciano, e durou até a codificação Justiniana, o qual se tornou oficial, conhecia a causa, dava prosseguimento, decidia e executava a sentença, como ato de autoridade do *princeps*<sup>15</sup>.

Até então a figura jurisdicional romana era a do pretor, que organizava o processo para que um cidadão eleito o julgasse, sendo que o pretor exercia atos processuais como colher provas, expor fatos e sugerir fórmulas e soluções, quando um terceiro particular o julgava pela sua posição política de par, de comum, ficando a cargo das partes executarem o *decisum*, visto que até aqui o Estado ficava afastado.

Com o magistrado, o imperador – *princeps*, entrou na jurisdição romana através dos recursos, os quais ficavam a cargo de julgamento pelo próprio magistrado, que o representava, ficando evidente a essência política da jurisdição, todavia dirigida não mais por um terceiro, árbitro eleito, mas pelo próprio Estado, cuja filosofia política revelava não simples interesses de igualdade, mas de controle imperial.

---

<sup>13</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Uma introdução à história social e política do processo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (coord.). Fundamentos de História do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 399.

<sup>14</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. P. 45-47.

<sup>15</sup> Leonardo Peixoto relembra que a expressão *princeps* significa “o primeiro cidadão”; sendo que Augusto adotou tal expressão em razão da resistência das famílias nobres republicanas, num período conturbado de transição (República para o Império), assim com o intuito de evitar o mesmo destino de seu tio Julio César, Augusto se intitulou *princeps* ao invés de imperador. No entanto, seus poderes supremos e ilimitados eram de um verdadeiro imperador, que afetava, inclusive, as decisões judiciais. O efeito devolutivo dos recursos tem origem neste poder jurisdicional do imperador, quando alguns processos retornavam (efeito devolutivo) ao mesmo para proferir a ‘última palavra’. PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **O Poder Judiciário no Estado de Direitos**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 189-207, jan.-fev.-mar 2013.

Seja em que século for, política e jurisdição sempre estiveram intimamente ligados na vida social e estatal, cujas decisões se consubstanciavam em ações políticas, antes por árbitros, doravante por magistrados, os quais deviam declarar o Direito, ou seja, informar algo pré-existente na sociedade, dar o sentido correto a algum fato ocorrido no mundo político.

Nesta quadra histórica não se falava em interpretação jurídica, visto que a ação de julgar se bastava em revelar o sentido político, isto é, aquilo que era comum e desejado pelo Estado ou pela *polis* daquela sociedade, pelo que se firmou uma “politização da jurisdição”<sup>16</sup>.

Novamente percorreu-se, durante a Idade Média, na via desta mesma noção de política jurisdicional, mas agora através da centralização do poder político na pessoa do monarca, que era o juiz absoluto, autoridade jurisdicional fundada na origem divina de poder dos reis, na qual o Judiciário atuava como um “braço do rei”<sup>17</sup>, sendo que não existia uma estrutura adequada de justiça, especialmente se também considerada a autoridade dos senhores feudais e do clero.

Já na França do século XII, os *prebostes*, o *baile* e o *seneschal* eram os responsáveis por aplicar a justiça, administrando seus distritos fazendo justiça em nome das ordens reais, ao sendo recrutados dentre a baixa-nobreza da Casa Real na função de servidores da Coroa<sup>18</sup>.

Com a posterior separação entre Estado e Igreja, o que fez com que regras de competência fluíssem entre jurisdição real e jurisdição papal, acirrou a disputa pelo poder político, ou seja, a legitimidade para, através de elementos de violência física, moral e mística, dizer a vontade política do Estado e de Deus.

Esta divisão retirou a religião da jurisdição estatal, o que lhe impôs melhor organização do sistema processual, encontrando na burocratização e criação de regras e procedimentos, o formalismo necessário para concentração da ação jurisdicional nas mãos do rei ou do papa, isto é, jurisdição e política eram uma questão de poder.

Não obstante, as sociedades evoluíram e com estas a concepção de Estado, mas foi basicamente a partir da Revolução Francesa do século XVIII, que se iniciou a retirada

---

<sup>16</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 26.

<sup>17</sup> É o que decorre de nossa tradução do original em inglês de Blackstone. BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England: of private wrongs**. Chicago: The University Chicago Press, 1979, p. 23-24.

<sup>18</sup> TAVARES, André Ramos Tavares. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

da política da jurisdição, que através de movimentos constitucionalistas permitiram o surgimento de um novo paradigma<sup>19</sup> político-estatal, modificando a concepção de árbitros ou magistrados a cargo da ética da *polis* ou dos projetos do imperador, quando, até então, jurisdição era indistintamente uma ação política, conduzida por objetivos de governo.

A Idade Moderna inaugurou o chamado “período legislativo”, defensor da “onipotência do legislador” em oposição às monarquias absolutas. A lei representava a democracia, o ideal iluminista da razão humana e a segurança jurídica. Este jacobinismo<sup>20</sup> histórico da lei como expressão máxima da vontade geral – “mito da Assembleia”, marca a desconfiança no Judiciário, incumbindo aos magistrados a mera aplicação mecânica da lei - *bouche qui prononce les paroles de la loi*, ou seja, os juízes eram seres inanimados que não podiam moderar a força ou o rigor da lei.

Percebe-se que neste momento que o Poder Judiciário se destacou da Política<sup>21</sup>, buscando neutralidade, agora como protetor da livre iniciativa<sup>22</sup>, da liberdade civil de exclusiva obediência à lei, livre de diretrizes políticas de exceção ou consubstanciados em dogmas sagrados ou de particular índole ética, tudo em busca de segurança jurídica<sup>23</sup> e confiança das pessoas e da sociedade umas nas outras e no próprio Estado agora Legalista e Liberal, para fomentar o desenvolvimento da vida particular e comercial.

Se desde a antiguidade clássica, sobretudo pelas obras filosóficas de Platão e Aristóteles<sup>24</sup>, é reconhecido que o Estado, independentemente do seu regime, exerce três funções essenciais (deliberativa ou legislativa, a judiciária e a executiva), é com a força teórica do filósofo francês Barão de Montesquieu<sup>25</sup> que, a partir de uma visão do sistema

---

<sup>19</sup> Em uma acepção constitucional, paradigma significa como uma determinada sociedade, num determinado período, compreende e aplica os princípios constitucionais e o sistema de direitos. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. **Direito Constitucional**. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, vol. 1, p. 52.

<sup>20</sup> Este termo é aqui utilizado como se faz frequentemente e pejorativamente para designar alguém ou algum fato que seja revolucionário ou extremista, como os burgueses franceses jacobinos que lutavam contra a monarquia em favor da instalação da república.

<sup>21</sup> SANTOS, Boaventura et alii. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas - O Caso Português**. Lisboa: Ed. Afrontamento, 1996, p. 24

<sup>22</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista USP – Dossiê Judiciário, São Paulo, março/abril/maio, 1994. n. 21, p. 15.

<sup>23</sup> ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **“A Atuação do Judiciário no Cenário Político Nacional”**. 1ª Jornada de Estudos Judiciários, Ed, CEJ – Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, Brasília, 1996, p.63/72.

<sup>24</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>25</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho em seu Curso de Direito Constitucional, afirma sobre a separação dos poderes que “esse compromisso foi teorizado por Locke, no segundo tratado do Governo Civil, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa na obra de Montesquieu, O espírito das leis, que o transformou numa das célebres doutrinas políticas de todos os tempos”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33 Ed. Ver. e at. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 135.

político constitucional inglês, se esquadrinha teoricamente o que desde então se convencionou chamar de “teoria da separação dos poderes”<sup>26</sup>, especialmente com enfraquecimento da política como ato estatal de definição do que é o Direito do Estado e da sociedade, desenhando o embrião do que atualmente entende-se por Estado Moderno.

Em suma, Montesquieu alerta que, independentemente da espécie de governo ou regime político de um país, a ordem social é sempre sujeita a desigualdades, imposições e dominações diversas, pelo que o filósofo defende uma estrutura política descentralizada, nos seus dizeres:

"(...) tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos"<sup>27</sup>.

O objetivo francês era que atos políticos determinassem o Poder Legislativo, influenciassem o Executivo e passassem longe do Judiciário, acreditando que através desta fórmula se conteriam as arbitrariedades do passado, quando os juízes não eram imparciais, neutralizando a atividade jurisdicional em torno de função precipuamente jurídica em conformidade com os objetivos legais e constitucionais previamente definidos.

Para Weber, o Estado se torna evidentemente Moderno quando já no século XIX se apresenta como uma organização sócio-política centralizadora da potência de dominação, pela despersonificação da autoridade feudal fragmentada, corolário da vitória política burguesa na implantação de uma dominação legal-racional, fruto de estatuto, sendo seu tipo mais puro a burocratização, onde qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma, em obediência à regra e não à pessoa em virtude, consubstanciando um espírito nacional<sup>28</sup>.

Bobbio percorre similar caminho teórico ao afirmar que o Estado Moderno, como estágio evolutivo das deficiências da sociedade política medieval, consiste numa progressiva centralização do poder numa instância superior, que ultrapassa indivíduos, famílias e instituições, gerando um âmbito completo de relações políticas, econômicas e

---

<sup>26</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 168.

<sup>28</sup> Weber sintetiza o Estado como "uma entidade que reivindica o monopólio do uso legítimo da força física". WEBER, Max. **Ciência e política, duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 56-57.

normativas, fundado no princípio da territorialidade, obrigatoriedade e impessoalidade do comando político<sup>29</sup>.

Sobre o Estado Moderno e a divisão de funções estatais, Streck e Morais ensinam que, *sic*:

“...O rompimento paradigmático da velha ordem medieval para a nova ordem se dá principalmente através da passagem das relações de poder (autoridade, administração da justiça, etc.), para a esfera pública (o Estado centralizado). Ou seja, na medida em que ocorria a alteração do modo de produção, a sociedade civil agregava novas exigências ao que até então era exercido pelo poder privado (comunicações, justiça, exército, cobrança de impostos, etc.)”.<sup>30</sup>

Mas é no mesmo contexto de gradativa independência e burocratização do Poder Judiciário, com vistas à organização e segurança jurídica da sociedade e fortalecimento da soberania estatal, em detrimento do obscurantismo místico-religioso que marcou o passado, que nasceu na prática judiciária o positivismo jurídico, a partir da pioneira Escola Francesa da Exegese<sup>31</sup> e posteriormente, com diversas nuances.

O Poder Judiciário cada vez mais independente em sua função jurisdicional, em busca de neutralidade, imparcialidade e independência dos demais poderes, se prendia, ainda e paradoxalmente, ao produto do Poder Legislativo, num papel estatal secundário, não podendo mais do que subsumir casos concretos às palavras descritas nos textos legais vigentes, num singelo silogismo entre premissas legais e situações concretas, numa atividade jurisdicional totalmente vazia de correção normativa ou moralidade valorativa,

---

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado; governo; sociedade: Para uma teoria geral da política**. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000. p. 114.

<sup>30</sup> STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 28

<sup>31</sup> Simioni assevera que no exegetismo francês “a identificação do direito com a lei escrita tinha o sentido de afirmar, ao mesmo tempo, que não havia direito além daquele escrito nas leis...o texto da lei já está fundamentado tanto na política daquele modelo de Estado Liberal, quanto na ideia jusfilosófica do direito natural-racional do iluminismo...o direito é a lei escrita, porque somente a lei escrita tem legitimidade política e a correção jusfilosófica necessária para cumprir com os ideais do iluminismo...Naturalmente uma argumentação jurídica que pretendesse ir contra todos os ideais iluministas que pulavam sobre esses dois fundamentos, seria tão difícil de ser realizada quanto incoerente com o próprio contexto político da decisão jurídica...Obviamente, um estilo de direito no qual as decisões jurídicas deveriam não apenas seguir uma lógica puramente dedutiva de subsunção dos casos nos textos legais, mas também orientar seus processos argumentativos-decisórios exclusivamente com base na abstração (histórica e contextual) dos textos legais, só poderia supor a suficiência da lei escrita como símbolo da unidade e da totalidade do direito”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba, Juruá, 2014. p. 35.

supostamente obcecado na descoberta da “vontade de lei ou intenção do legislador” da sociedade e, portanto, do Estado.

É no contexto juspositivista, de submissão dos juízes e do sistema jurídico à Lei, que se maximizam a atividade interpretativa jurisdicional, diante de lacunas e possibilidades semânticas sobre a linguagem comum utilizada pelo Direito, bem como as de cunho constitucional, em face das desigualdades sociais, a exploração desordenada do trabalho humano e a violação de direitos humanos pelo liberalismo econômico, pela instauração de governos ditatoriais e nazistas no século XX<sup>32</sup>.

Ainda no século XIX, a crise do Estado legalista foi marcada pela desconfiança no Poder Legislativo, que abusavam do excesso de leis na regulamentação da vida social, gerando desobediência generalizada, aplicação seletiva e ineficiência de aplicação coercitiva das leis aos particulares<sup>33</sup>.

Com o advento do Estado Social<sup>34</sup>, trazido pelas Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919, e do Estado Constitucional de Direito, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, o Judiciário passou a ocupar um espaço importante na justiça social com atuações mais ativas, intervencionistas.

A superação da estrita legalidade, a colmatação de lacunas da lei, o controle de constitucionalidade e a intromissão nos demais poderes em temas de governabilidade e políticas públicas para atendimento das demandas sociais marcam sobremaneira um novo papel do Judiciário distribuidor de direitos fundamentais aos cidadãos, passando o Judiciário de papel secundário, à “fiador da democracia”, segundo Boaventura de Souza Santos<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> José Afonso da Silva afirma que “a concepção jurídica de Kelsen também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele, Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito e, por isso, vota significativo desprezo a esse conceito. Como na sua concepção só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma ideia formalista do Estado de Direito ou Estado formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais, como vimos”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117-120.

<sup>33</sup> HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, p. 9.

<sup>34</sup> O Estado Social para Boaventura de Sousa Santos “foi a instituição política inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista”. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre. 2014. p. 24.

<sup>35</sup> TAVARES, André Ramos Tavares. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25-27.

Finalmente o Estado Democrático de Direito aparece como paradigma político idealizado para o resgate de todas as promessas da Modernidade<sup>36</sup>, entrelaçando no plano político liberdade e igualdade materiais, com participação popular democrática na definição dos objetivos nacionais.

Nesse sentido o pronunciamento ainda em 1.977, do jusfilósofo espanhol Elías Díaz:

"Dessa forma, e sem querer chegar com isso apressadamente 'à grande síntese final' ou a qualquer outra forma de 'culminação da História' (isto deve ficar bem claro), cabe dizer que o Estado Democrático de Direito aparece como a fórmula institucional em que atualmente, e sobretudo para um futuro próximo, pode vir a concretizar-se o processo de convergência em que podem ir concorrendo as concepções atuais da democracia e do socialismo. A passagem do neocapitalismo ao socialismo nos países de democracia liberal e, paralelamente, o crescente processo de despersonalização e institucionalização jurídica do poder nos países de democracia popular constituem em síntese a dupla ação para esse processo de convergência em que aparece o Estado Democrático de Direito"<sup>37</sup>.

Dentro desta realidade a jurisdição voltou a se envolver com a política, num Estado constitucionalmente compromissado a conter suas próprias ilegalidades (pelo pressuposto de que toda lei deve ser constitucional, sob pena de ser ilegal e

---

<sup>36</sup> Tais promessas são desde os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade defendidos na Revolução Burguesa Francesa até os direitos fundamentais asseguradas pelas Constituições Republicanas contemporâneas. Para Daniel Sarmento, a Modernidade fez promessa política que “envolve um projeto civilizatório antropocêntrico, que valoriza acima de tudo a pessoa humana, considerada como um agente moral dotada de autonomia e capaz de ações racionais. O ideário moderno é universalista, pois visa a todos os seres humanos, independentemente de barreiras nacionais, étnicas ou culturais. Atualmente a pós-modernidade descrê na razão, na qual vislumbra um instrumento de repressão, e intenta desconstruir as principais categorias conceituais da Modernidade, como as ideias de sujeito, de progresso, de verdade e de justiça...os direitos humanos, a limitação do poder dos governantes e a legitimação deste poder pelo consentimento dos governados são noções típicas da Modernidade”. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 36-39. Sobre as promessas da modernidade Luis Roberto Barroso afirma que “a constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos - e não entre certo e errado, justo ou injusto - mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa”. BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In: Revista de Direito Administrativo nº 225, 2001. Lênio Streck sustenta que “temos que, em terrae brasilis, as promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros. Para os demais, o atraso. O apartheid social”. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 29.

<sup>37</sup> Tradução livre do original em espanhol “Estado de derecho y sociedade democrática” de Elías Díaz. DIAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus (Cuadernos para el Diálogo), 1975, p.131-133.

inconstitucional) e entregar e proteger direitos e liberdades positivas ainda não previstas pelo Poder Legislativo ou omitidas pelo Poder Executivo, quando então a própria política passou novamente a integrar a jurisdição, não a submetendo como ocorria antes do Estado Moderno (politização da jurisdição), mas numa relação condicionante que se estabeleceu denominar de “judicialização da política”.

Apesar do fomento anterior, pelo positivismo jurídico, da estrita legalidade como garantia de independência institucional do Poder Judiciário, é justamente no ideal de submissão à “vontade da lei ou intenção do legislador” e na posterior função de guarda da constituição do Estado Democrático de Direito (liberdade negativas e positivas), caminho trilhado pelo Estado Brasileiro com ápice normativo na Constituição de 1.988, que se desenrola a grave questão da discricionariedade nas decisões jurídicas, que resulta em arbitrariedades e decisionismos<sup>38</sup>, com criação de direitos e obrigações pelo próprio Poder Judiciário através de práticas jurisdicionais ativistas<sup>39</sup> e protagonistas<sup>40</sup>, todos nefastos aos caros princípios da separação dos poderes e da democracia<sup>41</sup>, como se discorrerá em seguida.

---

<sup>38</sup> Para Ronaldo Porto Macedo Júnior, esta expressão linguística é atribuída a Carl Schmitt, que ao descrever as decisões judiciais afirma que “para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o 'direito', isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma *decisão* final, que vem tomada junto com o comando...juridicamente pode-se retrair o fundamento último de tudo que tem validade e valor jurídico num processo da vontade, numa decisão. Somente tal decisão está em condição de criar 'direito'. A sua 'força' jurídica não pode ser derivada da força jurídica de regras precedentes, relativas às próprias decisões. Com efeito, também uma decisão não correspondente a nenhuma regra cria direito. Esta força jurídica de decisões contrárias à regra cria direito. Tal força jurídica de decisões contrárias à norma é própria de cada 'ordenamento jurídico". MACEDO JR., Ronaldo Porto. **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, nº 32, 1994. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451994000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011). Acessado em 23.04.2017.

<sup>39</sup> A origem do ativismo judicial reporta à jurisprudência dos Estados Unidos da América e a atuação substancial da Suprema Corte dos *Justices* Warren a Burger, produzindo decisões progressistas sobre direitos humanos, em especial sobre negros. BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal**. In: Sampaio, José Adércio (Coord.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P. 315 e segs. O ativismo judicial, segundo Streck, ocorre quando o juiz decide com argumentos que vão além ou que contrariam o conteúdo semântico que se pode extrair do próprio texto constitucional, acarretando o que Konrad Hesse chama de rompimento constitucional, cujo texto permanece intacto, mas o significado é arbitrariamente modificado ou acrescentado para justificar a prática judicial voltada para suposto interesse das majorias ou proteção de minorias. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 53.

<sup>40</sup> O protagonismo judicial segundo Streck, seria uma modalidade de ativismo, no qual, na ausência de previsão legal e implementação de direitos, o sistema jurídico e os cidadãos dependeriam de uma atuação positiva do juiz, que acabada adotando soluções não previstas em lei, adaptando o processo às necessidades verificadas em cada caso concreto, como se o Judiciário fosse o canal privilegiado de captação dos valores sociais e do conteúdo substancial das normas constitucionais, verdadeiro engenheiro social e do futuro da nação. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p.42.

<sup>41</sup> Para José Afonso da Silva, democracia é um modelo político que permite a realização de diferentes valores de convivência humana, como igualdade, liberdade para ser diferente, dignidade da pessoa humana, sendo

## 1.1 - A Constituição Brasileira de 1.988 e o empoderamento do Poder Judiciário

O Brasil sempre esteve a reboque da história política das grandes nações, o que significa dizer que a evolução do Estado brasileiro enfrentou, desde a colonização e principalmente a partir do século XIX - com a proclamação da independência em 1.822 e posterior promulgação da primeira constituição republicana em 1.891, a mesma problemática política e jurisdicional descrita quanto ao Estado Moderno europeu.

Logo, inspirada no constitucionalismo<sup>42</sup> internacional, bem como após intensa mobilização popular em virtude de alternadas ditaduras, a Constituição da República do Brasil de 1.988 assentou um novo paradigma constitucional, o Estado Democrático de Direito Brasileiro<sup>43</sup>.

Sobre a passagem do Estado Liberal Brasileiro para o pretense formato Social, José Afonso da Silva afirma em sua doutrina constitucionalista que, não obstante a tentativa Estatal de correção material das distorções de um liberalismo de legalidade formal, o Estado Social Brasileiro não conseguiu garantir a justiça social nem a efetiva participação democrática do povo no processo político<sup>44</sup>.

Para Paulo Bonavides, o Estado Social falhou no Brasil por não atender anseios democráticos, visto que assim como na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista, na Inglaterra de Churchill, o Brasil de Vargas e do regime militar de 1.964

---

conceito mais abrangente que o Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. O Estado Democrático de Direito concilia Estado Democrático e Estado de Direito, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do status quo". SILVA, José Afonso da. **Revista de Direito**, adID, Rio de Janeiro, 173: 15-34. Ju/set. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>. Acessado em 17.04.2017.

<sup>42</sup> Numa visão histórica Koselleck resume o constitucionalismo como a ideia "de agrupamento e de dinâmica para ordenar e mobilizar as massas estruturalmente desarticuladas" KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Trad. Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p. 103. Na acepção político-jurídica Bobbio afirma o constitucionalismo como "técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. Se as técnicas variam de acordo com a época e as tradições de cada país, o ideal das liberdades do cidadão continua sendo sempre o fim último: é em função deste que se preordenam e organizam as técnicas.". BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. João Ferreira et alii. Brasília: Editora da UnB, 1986. p. 247-247.

<sup>43</sup> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...". BRASIL. **Constituição**, 1988.

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 118.

tiveram esta mesma estrutura formal constitucional, de cunho corretivo e prestacional, mas sob regimes totalitários<sup>45</sup>.

Streck preleciona que a (re)democratização social no Brasil, pós regimes autoritários, trouxe à luz uma nova Constituição rígida e dirigente<sup>46</sup>, tratando expressamente dos direitos fundamentais (dentre estes políticos e jurisdicionais) e sociais, instrumentalizando a ação do Estado Providência através do Direito Constitucional, doravante por intermédio do fortalecimento do Poder Judiciário<sup>47</sup>.

Para o jusfilósofo gaúcho o Brasil sofre daquilo que denomina de modernidade tardia, sustentando que:

“Para grande parte das elites brasileiras, a modernidade acabou. Tudo isto parece estranho e ao mesmo tempo paradoxal...Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social...Existe, ainda, um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade...”<sup>48</sup>.

Decorrendo daí que a defesa das instituições da modernidade, tais como, por exemplo, o sujeito de direitos, o Estado centralizado, o Direito autônomo, a Separação de Poderes, a Independência do Poder Judiciário, igualdade e liberdade materiais, negativas e positivas, a carga do Estado, bem como órgãos legislativos e administrativos, passa a ser no Brasil o ponto de partida do incipiente Estado Democrático de Direito, que se apresenta como um novo modelo de Estado comprometido em cumprir as antigas promessas da Modernidade, mais precisamente na transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, tudo pelo caminho pacífico e institucional, trazendo a própria

---

<sup>45</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 205-206.

<sup>46</sup> Afirma Streck que “no Estado Democrático de Direito, a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendidos no seu todo dirigente-princípiosológico”. STRECK, op. cit., p. 54.

<sup>47</sup> “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: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; ...”. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...”. BRASIL. **Constituição**, 1988.

<sup>48</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 23-28.

sociedade para implantar, através do Direito e do Poder Judiciário, superiores níveis reais de igualdade e liberdades.

De se ver, portanto, que essa nova realidade constitucional brasileira acaba por redefinir a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário a fazer parte da arena política, o que gera evidente expansão jurisdicional, nas esferas privadas e públicas e consequente o redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado<sup>49</sup>.

Ainda sobre o empoderamento do Judiciário Brasileiro Streck arremata:

“Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre certo deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão de volta para o Judiciário...Inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previsto na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”<sup>50</sup>.

Este fenômeno do campo político e jurídico – Judicialização da Política, redesenhado pela Constituição de 1.988 em favor da sociedade brasileira, significou expressamente cobrar do Judiciário proatividade jurisdicional pois, mesmo vigente o princípio da inércia da jurisdição, uma vez acionado ao Judiciário cabe realizar a revisão judicial da legislação<sup>51</sup> através de técnicas de controle constitucionalidade e mais, garantir o exercício de direitos fundamentais na ausência de direitos específicos ou omissão das políticas públicas, impondo ao Judiciário literalmente intervir na política brasileira, fenômeno conhecido por judicialização da política.

---

<sup>49</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 54.

<sup>50</sup> STRECK, op. cit., p. 55.

<sup>51</sup> A partir da famosa demanda de *Marbury versus Madison*, nos idos de 1803, os Estados Unidos da América foram pioneiros na adoção do sistema da *judicial review of legislation*, consagrando a supremacia da constituição e o poder do Judiciário para sustar norma que entenda incompatível com o texto constitucional. Nesse mesmo sentido, Carl Schmitt afirmou que “a lei fundamental é uma norma absolutamente inviolável e suas regulamentações não podem ser desobedecidas pelo legislador infraconstitucional”. SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. 2º ed. Madrid: Alianza. 1992. p. 63.

O que pretendeu a Constituição ao chamar o Judiciário para o debate político-constitucional não foi suprimir o mercado e a economia em favor da questão social, mas apostar na neutralidade política e imparcialidade de um poder estatal tradicionalmente preparado para, de forma equidistante do poder político desde o advento do Estado Moderno, associar tais interesses democráticos na melhor medida possível.

## **1.2 - Judicialização da Política: porque foi necessário?**

O inacabado Estado Social não modificou a estrutura institucional do Judiciário no Brasil até a década de 80 do século XX, visto que naquele paradigma, marcado por governos ditatoriais, coube ao Executivo mostrar seu poderio atuando na esfera pública e intervindo na sociedade, restando ao Judiciário brasileiro as amarras juspositivistas outrora dominantes na prática jurídica internacional.

O século passado ainda foi palco, portanto, do “juiz boca da lei” na jurisdição brasileira, ainda vinculado à resolução de questões eminentemente privadas e formais e submetido à “vontade da lei ou intenção do legislador”, pela até então desejada segurança supostamente trazida pelo respeito à estrita legalidade<sup>52</sup>.

Ocorre que o novo Estado Brasileiro de 1.988 pediu um “novo juiz”, sensível aos ideais de igualdade e liberdade materiais e bem-estar social, uma vez que se antes, no paradigma liberal o Estado “precisava” conter o indivíduo, agora o indivíduo precisa conter a política estatal ou colocá-la em movimento, sob certas circunstâncias, para resgate do ideal de práticas democráticas<sup>53</sup>.

O cidadão brasileiro do Estado Democrático de Direito contava, agora, com um trunfo, o Poder Judiciário, que empoderado pela própria Constituição é chamado a retirar a política da própria esfera política, e vincular os demais poderes às diretrizes estritamente constitucionais, cujo controle passa a caber monopolisticamente a só um dos poderes, o Judiciário.

---

<sup>52</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lacovat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. Coord. Amaram Júnior, José Levi Mello do. Quartier latin, São Paulo, 2010, p. 145.

<sup>53</sup> GALVÃO, op., cit., p. 143.

A alta desigualdade social fruto de uma tradição estamental-patrimonialista<sup>54</sup> ligadas ao modelo capitalista de mercado, exigiu que o Estado Brasileiro ampliasse sua atuação na economia e na sociedade, mitigando as consequências do liberalismo, se tornando capaz de oferecer bens e serviços à população.

Logo, a liberdade negativa original (não intervenção<sup>55</sup>) praticada pelo liberalismo brasileiro, se viu forçada a ceder espaço para a liberdade positiva (igualdade, dignidade materiais) sob a tutela de um Estado Social<sup>56</sup> meramente formal; tanto que referida compensação sistêmica teve que ser posteriormente e expressamente prevista na Constituição com o (super)dimensionamento da atividade jurisdicional, visto que o *establishment*<sup>57</sup> não permitiu, até então, que o legislativo e executivo promovessem efetiva justiça social, nem que o Judiciário abordasse processualmente e coercitivamente tais problemas.

Mas diante de um novo pacto político-social, a Constituição atribuiu ao Judiciário nova função, que ultrapassava somente julgar questões particulares conforme as leis vigentes, mas um papel de destaque, dispondo de mecanismos processuais de proteção da sociedade contra inconstitucionalidades e de promoção da “concretização dos resultados objetivados”<sup>58</sup>.

Tais objetivos, porém, não decorrem sempre expressos em leis infraconstitucionais ou programas de governo, mas se encontram dispostos em linhas gerais

---

<sup>54</sup> Streck, citando Raymundo Faoro, argumenta que “o poder político no Brasil se articula, devida a uma herança lusitana, a partir de um estado que é patrimonialista em seu conteúdo e estamental na forma. Patrimonialista porque os titulares do poder se apoderam do aparelhamento estatal de tal forma que acaba por gerar uma quase indistinção entre o que é bem público (Estado) e o que é bem privado...O estamento, por outro, lado, é o que dá forma a esse exercício patrimonialista do poder. Trata-se de uma verdadeira casta que assume o controle do Estado, governando-o de acordo com seus interesses...Temos uma sociedade de estamentos, que ficam de fora da classificação tradicional de classes sociais...”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 54.

<sup>55</sup> Pela prática liberal os direitos fundamentais se estabeleciam na garantia de liberdade, esta como direito de não intervenção do Estado no universo particular dos indivíduos, dos negócios e da sociedade. PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo.** Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf). Acessado em 17.04.2017.

<sup>56</sup> Simples leitura do art. 1º da Constituição revela que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a cidadania, dignidade da pessoa humana, mas também a livre iniciativa e o pluralismo político, cujos objetivos previstos no art. 3º são uma sociedade justa através do desenvolvimento nacional.

<sup>57</sup> Diz-se da ordem estabelecida, sistema vigente, do grupo sociopolítico que exerce sua autoridade, controle ou influência, defendendo seus privilégios. Num viés já apertuguesado e pejorativo consta como “a elite social, econômica e política de uma país”. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa:** 2001. Ou ainda do “grupo de indivíduos com poder e influência em determinada organização ou campo de atividade”. **Dicionário de usos do Português do Brasil:** 2002.

<sup>58</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista USP – Dossiê Judiciário, n. 21, p. 15, São Paulo, março/abril/maio, 1994.

através de princípios, cujos direitos fundamentais explícitos e implícitos, bastariam para servir como guia político do Judiciário; cuja judicialização de direitos fundamentais acabou, lado outro, permitindo ao Judiciário dar vazão a práticas jurisdicionais altamente questionadas pelos demais poderes e pela própria sociedade, tais como o “ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”, nos dizeres de Cappeletti<sup>59</sup>.

Claro que essa expansão da jurisdição através da necessária judicialização da política fomentou a extrapolação das funções do caráter institucional do Judiciário, desaguando em posturas decisionistas, ativistas e protagonistas, sobre as quais se discorrerá a frente.

Cabendo aqui adiantar que esta alteração do local do debate político, antes na arena legislativa e executiva, agora no processo judicial, pode gerar, porém, o enfraquecimento da participação social na conquista de direitos e definição de políticas públicas, visto que o cidadão passa a ser mero coadjuvante do Estado, quando outrora protagonista, agora aguardando o Judiciário dizer se há ou não e qual seria o seu direito.

É certo que não se defende aqui o afastamento jurisdicional sobre as questões constitucionais, porque a revolução copérnica na jurisdição brasileira exigiu do Judiciário a função de guarda, sentinela dos direitos fundamentais expressamente protegidos com mecanismos processuais de jurisdição contra legislaturas e administrações perniciosas, como as do passado.

Num país de recente espírito democrático, doutrinado sobre bases imperialistas e ditatoriais, o constituinte não viu opção: (in)felizmente “judicializar” compromissos constitucionais foi um caminho necessário.

É o que se vê, por exemplo, com a judicialização da saúde, da educação, etc., para o fornecimento de medicamentos e vagas escolares, para embargar uma obra flagrantemente desastrosa ao meio ambiente, multar uma empresa que lesa direitos do consumidor, decidir sobre reforma agrária, ritos parlamentares e até afastar Presidentes de outros Poderes; por todos os exemplos brasileiros de judicialização da política<sup>60</sup>, cite-se a

---

<sup>59</sup> CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 42

<sup>60</sup> Com efeito, sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito/CPI's o Supremo Tribunal Federal/STF julgou o Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ ainda em 1999, decidindo que tais comissões políticas possuem os mesmos poderes investigatórios dos magistrados, amplos, mas não ilimitados, definindo jurisdicionalmente os limites constitucionais da atuação das comissões parlamentares de inquérito, criadas pelo Congresso Nacional ou de qualquer uma de suas duas casas, nos termos do § 3º do art. 58 da Constituição de 1988. No caso da fidelidade partidária, o Tribunal Superior Eleitoral/TSE atendeu à Consulta nº 1.398/2007, do Partido Democratas (DEM), definido que se após eleito o candidato mudar de partido ou de coligação partidária, perderia o mandato, já que o mesmo pertenceria ao partido ou à coligação, o que foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal. Em 17 de setembro de 2015 o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF,

ainda recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 34.371/DF<sup>61</sup>, em que a ex-Presidente da República Dilma Rousseff pede um novo julgamento do impeachment e imediato retorno ao cargo de Presidente, sustentando inconstitucionalidades do procedimento no Congresso Nacional, com indeferimento da medida cautelar pelo Ministro Teori Zavascki em 08.09.2016, mas cuja tramitação da ação poderá encontrar um julgamento de mérito.

Resumidamente, quando neste trabalho se lê Judicialização da Política, deve-se entender o processo mundial, seguido pelo Brasil, ocasionado pela sistematização constitucional que propiciou que algumas questões de larga repercussão política e social, fossem agora discutidas e decididas dentro de um processo judicial, naturalmente a cargo do Judiciário<sup>62</sup>.

Agora o “novo juiz” no Estado Democrático Brasileiro não pode mais ser a “boca da lei”, tanto contra a instrumentalização de arbitrariedades estatais através de diplomas formais, dissociado de correção normativa, moral e insensível aos clamores sociais, quanto porque, muitas vezes, sequer lei existiu, numa omissão legislativa programada para violar compromissos constitucionais, sobre os quais, doravante, o novo Judiciário pode e deve necessariamente decidir, como aspiração de reduzir a fronteira existente entre justiça e política na contemporaneidade<sup>63</sup>.

Neste particular Moraes acena para que o Direito, sobre o qual decide o juiz, não seja mais visto tão somente como uma racionalidade a cargo da política, obnubilado por

---

proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), declarou a inconstitucionalidade de artigos da Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) e da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), proibindo as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, por ofensa aos princípios da isonomia, democrático, republicano e da proporcionalidade.

<sup>61</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acessado em 18.04.2017.

<sup>62</sup> A guisa de maiores exemplos acerca do avanço da justiça constitucional sobre a política, Luiz Roberto Barroso cita que no Canadá a Suprema Corte se manifestou sobre a constitucionalidade de testes bélicos em seu território pelos Estados Unidos, algo que parecia ser de competência do executivo federal definir; outrossim, nos Estados Unidos a Suprema Corte decidiu sobre a licitude da contagem de votos nas eleição presidencial Bush x Gore; em Israel se discutiu pela jurisdição acerca da legalidade da construção de um muro na fronteira com a Palestina; Na Turquia a jurisdição constitucional desempenha um grande papel na preservação de um Estado laico, contra o fundamentalismo islâmico; Hungria e Argentina tiveram a validade de planos econômicos discutidos nas respectivas Cortes Constitucionais. BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Coord.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 275-276.

<sup>63</sup> Não se olvide das conhecidas lições de Bobbio e Menelick, para os quais, respectivamente, a história constitucional é marcada pela consagração dos mais variados direitos e sua falta de efetividade sendo, portanto, uma trajetória estatal de promessas não cumpridas, de promessas frustradas. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10. CARVALHO NETTO, Menelick de. **Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 88, p. 81/108, dez. 2003.

práticas juspositivistas de estrita legalidade ou por práticas principiológicas igualmente antidemocráticas, mas verdadeiro instrumento de transformação social, apesar disso não ter sido ainda suficientemente assimilado pelos juristas, afirmando que:

“O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica”<sup>64</sup>.

É dizer em outras palavras que no Estado Democrático de Direito a Judicialização da Política significa a vontade constitucional de realização no Brasil de um Estado Social que ainda não aconteceu, tanto é verdade que a própria Constituição disponibiliza os meios<sup>65</sup> para que o Judiciário busque os direitos ditos de segunda e terceira dimensões, como, por exemplo, os institutos da substituição processual, mandado de injunção, mandado de segurança individual ou coletivo, ação civil pública, numa verdadeira confissão de descumprimento pelos demais poderes estatais da função social do Estado Moderno.

Mas se o juiz não pode ser “servo da lei”, não pode, também, ser “senhor da lei”<sup>66</sup>; esta afirmação é importante para que não se olvide que a necessária judicialização de

---

<sup>64</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 67 e segs. No mesmo sentido, Streck, Lenio e Moraes, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 64.

<sup>65</sup> Com vistas aos novos institutos processuais-constitucionais a cargo do Judiciário, Alexandre Bahia entende que a partir de agora a jurisdição não é somente uma atividade que promove resolução de conflitos, sejam públicos ou privados; mas assume também uma função garantista de direitos fundamentais e de implementação de espaços contramajoritários. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro**. In: Figueiredo, Eduardo Henrique Lopes (Coord.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 166/167.

<sup>66</sup> A dicotomia “juiz servo da lei” x “juiz senhor da lei” revela a conhecida discussão sobre objetivismo x subjetivismo ou ainda razão x vontade no ato decisório judicial, mas reporta ao século XVII, quando antecipando esta latente problemática hermenêutica do século XXI, sobre a interpretação dos textos legais, Shakespeare escreve a obra “Medida por Medida”, criticando o mau uso do poder por juristas e governantes, quando relata sobre a transferência provisória do governo do Duque Vivêncio ao seu amigo Ângelo. O enredo conta que Cláudio foi preso acusado de fornicação, sendo condenado à morte por Ângelo. Cláudio pede a sua irmã Isabela que recorra ao juiz Ângelo. Este diz que a lei não permite negociações, sendo a palavra do poder: “A lei, não eu, condena o seu irmão. Se fosse meu parente, irmão ou filho, seria o mesmo. Ele morre amanhã”. Isabela insiste no dia seguinte e, devido sua beleza, acaba seduzindo Ângelo, que a diz que “se o amasse, em retorno, seu irmão seria poupado”. De “escravo da lei”, Ângelo se transforma em “senhor da lei”, “senhor dos

assuntos políticos ou de governo acabou se aliando a novas práticas judiciárias baseadas em atitudes interpretativas de argumentação principiológica, como a de Alexy, que possuem em determinado momento da decisão jurídica a mesma essência discricionária encontrada no positivismo jurídico de Kelsen a Hart, que oculta as condições reais de produção de sentido do discurso incidente sobre os textos legais e constitucionais (regras e princípios).

Esta união (im)perfeita entre Judicialização da Política e práticas judiciárias discricionárias, intriga a sociedade e a comunidade jurídica, fomentando o debate sobre a necessidade de um controle externo legal-constitucional sobre a “decisão jurídica”, como remédio que anule os males de uma jurisdição antidemocrática e inconstitucional, como a que decorre, muitas vezes, do ativismo e protagonismo judicial.

### 1.3 Ativismo Judicial: qual é o limite interpretativo?

Urge, desde já, colocar uma questão de suma relevância: a Judicialização da Política, quando se delibera livremente sobre qualquer assunto previsto na Constituição como sendo direito fundamental, implica usurpação de poder que somente poderia ser exercido pelos poderes eletivos, logo, representativos da própria sociedade?<sup>67</sup>

A questão é decorrente do próprio pressuposto adotado nesta pesquisa, de que ao Poder Judiciário brasileiro foi dada com exclusividade a prerrogativa de intérprete das normas constitucionais e legais, e de que o eixo analítico que a prática jurídica brasileira aparenta seguir é o substancialista<sup>68</sup>.

---

sentidos normativos do texto”. SHAKESPEARE, William. **Medida Por Medida**. Trad. De Barbara Heliadora, Ed. Lacerda, 2005.

<sup>67</sup> Nas palavras de Amaral Júnior “Assim, surge o constitucionalismo moderno, que na sua primeira vertente inaugura o Estado de Direito, rompendo com o Estado de Política. Antes preponderava o ‘governo’, depois das Revoluções passa-se a ter a preponderância do ‘direito’. O direito passa a ser norte da política. COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51. Para Gesta Leal o problema é saber quais os limites, a extensão e profundidade e em que medida a ação judicial incisiva sobre atos e comportamentos públicos e privados não exorbita dos quadrantes delimitadores de sua competência e invade a autonomia e independência de outros poderes. LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e Brasileira. in: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Ativismo Judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 11.

<sup>68</sup> Discorrendo sobre o substancialismo Streck registra que “para os limites desta obra mais importa apontar as bases mínimas do pensamento de Dworkin, que entende que a criação jurisprudencial do direito encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição”. Prossegue dizendo que para o também norte-americano Laurence Tribe a jurisdição deve encerrar um procedimento que se complete com uma teoria dos direitos e

Mas é exatamente por isso que cumpre perscrutar até onde se esgota esta prerrogativa, para que se evite que posturas ativistas e protagonistas coloquem o Judiciário em posição de supremacia em face dos outros poderes, pois também estatais e constitucionais, logo legítimos. Motivo pelo qual o crescimento do impacto judicial sobre todas as áreas das esferas públicas e privadas trouxe uma importante e salutar crítica contra a possível atuação de “legisladores não eleitos”. Mas do que se fala exatamente?

O ativismo judicial é consequência da judicialização da política e ocorre quando o tribunal, com a alegação de defender a Constituição e direitos fundamentais, interpreta uma norma ou princípio constitucional de forma extensiva ou diversa do que o texto comporta, inovando na ordem jurídica geral, com conteúdos morais que extrapolam os interesses privados ou coletivos em litígio, vindo a firmar posicionamento normativo efetivo em termos de algum(uns) direito(s) ou princípio previsto em lei ou na constituição com alcance em âmbito nacional<sup>69</sup>.

Streck exemplifica o ativismo relatando, que:

“Por exemplo, quando o STF decide que, no artigo 366 do CPP, a prova considerada urgente fica ao arbítrio do juiz decidir, está não somente fazendo ativismo, com a institucionalização da discricionariedade judicial — ponto importante para aferir o grau de ativismo e da judicialização — como também está “legislando”. Não parece que o legislador, ao estabelecer, nos marcos da democracia, que a prova considerada urgente possa ser colhida de forma antecipada, tenha “querido” deixar isso ao bel prazer do juiz... Bom, mas foi isto que o STF disse que o dispositivo “quer dizer”. Atenção: sei que o STF mudou sua

---

valores substantivos na Constituição, porque dizer que o processo é em si algo valioso seria afirmar que a Constituição é igualmente valiosa, substantiva, moralmente aceita e desejada como se apresenta. E arremata dizendo que Paulo Bonavides justifica com vigor a tese substancialista, admitindo a judicialização da política em países de terceiro mundo. Lado outro, quanto ao procedimentalismo, como eixo oposto, preleciona Streck que “sustentando a tese procedimentalista, Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito...Assim, para Habermas, no Estado Democrático de Direito compete à legislação política a função central...Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 57-60.

<sup>69</sup> O ativismo judicial, segundo Streck, ocorre quando o juiz decide com argumentos que vão além ou que contrariam o conteúdo semântico que se pode extrair do próprio texto constitucional, acarretando o que Konrad Hesse chama de rompimento constitucional, cujo texto permanece intacto, mas o significado é arbitrariamente modificado ou acrescentado para justificar a prática judicial voltada para suposto interesse das maiorias ou proteção de minorias. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 53.

posição depois disso (HC 114.519). O que importa, entretanto, é que assim já havia julgado”<sup>70</sup>.

Luis Roberto Barroso, consigna a larga ocorrência do ativismo na aplicação direta das normas e princípios previstos na Constituição nas seguintes situações: a) omissão legislativa constitucional e/ou infranconstitucional sobre direitos fundamentais; b) declaração de inconstitucionalidade com base em argumentos alheios às expressas previsões legais e c) imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, em matérias de políticas públicas ainda não definidas pelo Congresso ou pelos administradores<sup>71</sup>.

Tal fenômeno jurisdicional decorre da própria amplitude constitucional que foi dada de forma genérica e sem controle externo ao Judiciário, pelo que uma postura ativista é consectário da expansão da jurisdição em face da atuação comissiva ou omissiva inconstitucional dos demais poderes, o que daria legitimidade e utilidade ao ativismo, pois constitucionalmente habilitado estaria o Judiciário a exercer uma interpretação proativa por meios dos institutos processuais.

Desta forma, apesar de, sob certas circunstâncias ser necessário e até mesmo benéfico à democracia, o ativismo judicial acaba propiciando retração dos demais poderes e funções estatais, que ficam como coadjuvantes aguardando uma decisão jurídica específica para promover seu cumprimento.

Não obstante o reconhecimento da necessidade de um sadio ativismo judicial, Streck afirma que o STF também atuou de forma excessiva na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF nº 132, substituindo o poder legislativo ao reconhecer, *contra legem*, as relações homoafetivas como entidades familiares, afirmando que:

“É a constituição (que não pode ser inconstitucional) que diz ‘união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento...É por isso que, em um Estado Democrático de Direito, mesmo que aparentemente todos sejam a favor de uma causa, é necessário esperar pelo legislador...não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” do constituinte (nem originário nem derivado). Ao

<sup>70</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Conjur, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acessado em 23.04.2017.

<sup>71</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Coord.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 279.

permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivado que o Judiciário “crie” uma constituição paralela, estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que “indevidamente” – a critério do interprete – não constou no pacto constituinte...O fato de o Judiciário - via justiça constitucional – efetuar “correções” à legislação não significa que possa, nos casos em que a própria constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes”.<sup>72</sup>

Disso cresce o questionamento sobre o excesso ou erro interpretativo na atividade jurisdicional e adoção de práticas ativistas nefastas, cuja crítica é no sentido de que discricionariedade política não deve se imiscuir com o direito admitido pela sociedade e sobre o qual o Judiciário deve decidir, não opinar (decidir é fundamentar e não escolher ou explicar a escolha), sob pena de fusão entre Poder Judiciário e os demais Poderes, como um Soberano pré-Moderno.

Segundo Habermas o ativismo é de fato controvertido, sendo tema central inclusive no eixo procedimentalista<sup>73</sup> da Constituição, afirmando o jusfilósofo alemão que *“a lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo”*<sup>74</sup>; ademais, para Habermas, o tipo de discurso utilizado pelo Judiciário revelaria se a interpretação é ativista ou não, já que não caberia ao Judiciário lançar mão de argumentos de fundamentação (razões morais, éticas, políticas, econômicas, etc.), mas apenas argumentos de aplicação, que estão estritamente ligados à análise da correção normativa da lei ou da omissão pública, perante o próprio texto constitucional, cujo sentido está na comunicação entre os poderes e a sociedade (remetente e destinatária do direito).

---

<sup>72</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomás; BARRETO, Vicente de Paula. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismo judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD) 1(2):75-83. Jul/dez. 2009, p. 81.

<sup>73</sup> Quanto ao procedimentalismo, preleciona Streck que “sustentando a tese procedimentalista, Habermas crítica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito...Assim, para Habermas, no Estado Democrático de Direito compete à legislação política a função central...Habermas propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito. O Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova Crítica do Direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002. Pag 138. Ou ainda no próprio Habermas, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, I e II**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, especialmente nas páginas 297 e seguintes do volume I e 170 e seguintes do volume II.

<sup>74</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Bienen Siebeneichler. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 233.

Este posicionamento habermasiano, favorece o combate ao positivismo jurídico na prática jurisdicional, quando se sustenta, por exemplo, que apesar de a moral integrar o direito, tal se dá apenas nos discursos de fundamentação ocorridos no poder legislativo, vez que após a deliberação e o revolvimento dos motivos da escolha pela criação ou não de direitos, o ato deixa de ser político, tornando-se jurídico, cabendo ao Judiciário apenas definir a situação fática e fazer seu acerto às normas aplicáveis e adequadas ao caso analisado, cuja legitimação desta adequação final é orientada pelo procedimento que compartilha a intersubjetividade dos participantes do discurso<sup>75</sup>.

Assim, a inércia de um poder quanto à sua obrigação responsiva, pode levar o Judiciário a assumir de forma deturpada seu papel no Estado, avançando na interpretação jurídica do texto constitucional (ativismo), retirando do debate público a discussão sobre o conteúdo moral das normas e quais realmente são os direitos individuais, coletivos e dos grupos de interesses, frustrando a expectativa depositada pelos cidadãos nos representantes escolhidos via processo eleitoral, através de decisões jurídicas que criam e ampliam direitos ainda não deliberados, como se o Judiciário fosse o protagonista da engenharia social.<sup>76</sup>

#### 1.4 Protagonismo Judicial: uma inadequada atividade jurisdicional

A discussão sobre o protagonismo judicial<sup>77</sup> se potencializa quando se aceita a ocorrência, particularmente no Brasil, de uma chamada crise de representatividade e funcionalidade dos demais Poderes, especialmente no e do Congresso Nacional, dada a

---

<sup>75</sup> SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade**: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte, Arraes, 2013, p. 183/184.

<sup>76</sup> Dworkin alerta que pelo fato de não ingressarem nos quadros estatais por meio de eleições, os juízes devem ser cautelosos nas práticas ativistas; afirma que apesar disso, o juiz deve sim, através da jurisdição constitucional, exercer um poder representativo decorrente do poder constituinte originário, desde que nos limites constitucionais em vistas dos princípios e ideais republicanos e democráticos, isto é, não cedam à tentação de legisladores positivos, onde as normas constitucionais e o acervo de princípios comunitários não permita; Dworkin insiste, portanto, que a legitimidade democrática do Judiciário só lhe permite decidir com base em argumentos de princípios encontrados fora dos tribunais, não em argumentos de política, que geram programas de governo e consubstanciam objetivos que somente os demais poderes poderiam decidir. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira, 3ª ed. São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2010, p. 132/135.

<sup>77</sup> Streck comenta que durante a sabatina do Ministro Luis Roberto Barroso para o STF, o mesmo teria afirmado que o Judiciário, diante da omissão dos demais poderes, deveria ser protagonista pois, “quando há uma manifestação política do Congresso ou do Executivo, o Judiciário não deve ser ativista, deve respeitar a posição política. Mas se não há regra, o Judiciário deve atuar”. STRECK, Lênio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Conjur, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acessado em 23.04.2017.

omissão legiferante em diversas matérias constitucionais, seja por elaborar normas muitas das vezes claramente contramajoritárias<sup>78</sup> e inconstitucionais, com o que se acusa haver um distanciamento entre os mandantes e os mandatários, com ruptura ou abuso do poder outorgado; e ainda pela excessiva prática pelo Executivo de função legislativa atípica, através de decretos e medidas provisórias, que acaba por colocar a opinião pública em segundo plano, visto que institucionalmente seria dado ao Executivo plena liberdade de governança.

O protagonismo judicial, segundo Streck, seria uma modalidade de ativismo, no qual, na ausência de previsão legal e implementação de direitos, o sistema jurídico e os cidadãos dependeriam de uma atuação positiva do juiz, que acabada adotando soluções não previstas em lei, adaptando o processo às necessidades verificadas em cada caso concreto, criando o direito e dando-lhe a interpretação que entende correta<sup>79</sup>.

A ausência da criação e especificação de direitos, bem como de políticas públicas, levou o Judiciário a crer que seus membros são os agentes adequados a concretizar direitos individuais, coletivos e sociais, independentemente da colaboração dos demais poderes, apostando que seria saudável aumentar sobremaneira o poder decisório dos juízes e tribunais, doravante sustentados por modernas teorias argumentativas em torno da abertura semântica dos princípios, explicitamente incorporados no texto constitucional e, a partir dele, em textos infraconstitucionais<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> A Constituição de 1.988 assegura o princípio majoritário no art. 1º, parágrafo único, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, sendo tal princípio voltado diretamente aos poderes legislativo e executivo, cujos representantes são escolhidos pelo processo eleitoral para cumprir a Constituição, através de criação de leis e definição de programas de governo e políticas públicas. Estaria fora do alcance do princípio majoritário o Judiciário, exatamente porque, na função de guarda da Constituição, em determinadas situações deverá decidir contramajoritariamente, isto é, contra a própria lei da sociedade representada, quando inconstitucional, mas camuflada de legitimidade formal porque submetida a um processo legislativo, formalmente democrático; a decisão contramajoritária visa a defesa de direitos fundamentais individuais e de minorias, muitas das vezes submetidas à uma “ditadura da maioria”. Nas palavras de Tocqueville “é da própria essência dos governos democráticos que o império da maioria seja absoluto, pois fora da maioria, nas democracias, não existe coisa alguma que subsista”. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. São Paulo: Edusp, 1987. p. 190.

<sup>79</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p.42

<sup>80</sup> Estes apontamentos não advogam contra o uso da via processual para alcance de direitos sonegados pelos demais poderes, função jurisdicional muitas vezes eficazmente prestada pelo Judiciário; o que se critica é aquilo que Streck condena, como a utilização de argumentos baseados em “ponderação de valores”, “proporcionalidade” e “razoabilidade”, princípios e valores supostamente dotados de conteúdo ontológico, como meio de racionalizar e legitimar o protagonismo, carregado pela discricionariedade que se esconde por detrás da construção de sentido pela decisão jurídica, chegando o professor gaúcho a afirmar que “nesse universo, sempre há o risco de mixagens teóricas, uma vez que, ao mesmo tempo em que se avance no sentido de afirmar que a interpretação não mais é um ato praticado “sem qualquer subjetividade”, admita-se, paradoxalmente, que a interpretação tenha a presença de ‘grande margem de vontade’ do intérprete. STRECK,

Mesmo diante deste cenário, a defesa do protagonismo encontra a forte resistência dos que questionam a (i)legitimidade democrática e (in)capacidade institucional do Judiciário.

É que a inofensiva proteção dos direitos fundamentais deve levar em conta os riscos de se violar a integridade de outros direitos fundamentais, bem como a estrutura republicana do Estado Brasileiro e o ideal democrático, uma vez que a história mostra que, sobre certas circunstâncias, importa respeitar as decisões (de fazer ou não fazer) dos outros poderes, tão ou mais legítimos que o Judiciário na definição dos objetivos políticos e de governo.

Não se esquece que os próprios partidos políticos não possuem mais base ideológica bem definida, cujas bandeiras foram substituídas por práticas de massa, capazes de cooptar o máximo possível de eleitores, resultando numa crise de identidade que acaba por se manifestar no próprio Poder Legislativo<sup>81</sup>.

Não obstante, identificadas as falhas de representação, teriam os eleitores a possibilidade de mudar seus representantes ou se valer de mecanismos processuais para retirá-los do poder ou responsabilizá-los pessoalmente por prejuízos causados ao Estado durante seus mandatos (impeachment, ação de improbidade administrativa, etc.), lógica esta que não atinge o Judiciário, dada a vitaliciedade e independência funcional dos juízes, que raramente saem de seus gabinetes para conhecer a realidade urbana e rural do país<sup>82</sup>.

Tais apontamentos, aliados à insatisfação dos jurisdicionados quanto à insegurança jurídica trazida por práticas ativistas abusivas, com entendimentos jurisprudenciais discrepantes de norte a sul do país, afastam a falácia de que o Judiciário poderia, sozinho, resolver os grandes problemas nacionais, principalmente porque a decisão jurídica não permite um intenso e saudável debate público, mas coloca o juiz preocupado com os resultados financeiros e sociais de suas decisões, pelo que fica evidente

---

Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 55.

<sup>81</sup> Manin afirma que não se trata de uma crise de representatividade, visto que na verdade nunca teria havido, desde o parlamentarismo, mandatos imperativos entre políticos e eleitores, mas mudanças nas estratégias eleitorais e de governo, com vistas a manutenção dos mandatos, reeleições, popularidade, etc., MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. Trad. De Vera Pereira. **Revista brasileira de ciências sociais**. n. 29. São Paulo: ANPOCS, 1995.

<sup>82</sup> Por isso Dworkin afirma que ainda são os legisladores os mais qualificados para tomar decisões políticas, pois são os que estão na rua e podem sofrer maior escrutínio popular. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira, 3ª ed. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2010, p. 192.

que se errar na escolha do sentido normativo do que se discute no processo, terá descumprido sua obrigação jurisdicional-constitucional<sup>83</sup>.

A par disso é até mesmo intuito que, questões de índole técnica ou científica fora do direito, ou de grande complexidade que envolvam análises de campo sobre impactos a curto, médio e longo prazo, seja no meio ambiente, nas cidades, nas saúde e finanças públicas, etc., não encontrem no Judiciário conhecimentos teórico, prático e empírico suficientes para apontamento da melhor decisão<sup>84</sup>.

Claro que não se defende a autocontenção<sup>85</sup> do Judiciário em questões de grande impacto local, regional ou nacional, mas a separação dos poderes e a soberania popular não podem ser lesadas por decisionismos deflagrados no protagonismo, pelo desejo da defesa de direitos fundamentais a todo custo, porque instala no Judiciário uma crise, como as vividas pelos demais poderes.

O ministro Luís Roberto Barroso, comentando sobre o protagonismo do STF chegou a afirmar que:

“Acho que o Brasil vive um momento em que a política enfrenta dificuldade, houve um certo refluxo da política e uma certa dificuldade do Congresso de ocupar com decisões legislativas espaços que lhe são próprios. Isso dependerá de uma reforma política que restitua este espaço de funcionalidade ao Congresso. Decisões políticas, como regra, em uma Democracia, devem ser tomadas por quem tem votos. Devem ser tomadas no Congresso. Sou defensor de uma reforma política que restitua o protagonismo e a centralidade ao Congresso. Porém, nesse momento de dificuldade de se produzirem consensos e de legislar sobre questões importantes, elas acabam desaguando no STF. Espero, torço e vivo para o dia

---

<sup>83</sup> Esta posição consequencialista é defendida pelo magistrado norte-americano Richard Posner, para o qual a decisão correta deve observar as exigências sociais e como será o melhor futuro do direito discutido, bem como o impacto na economia. Tal postura é fortemente criticada, quando o direito perde sua autonomia e tal pragmatismo não apresenta as bases teóricas de como se define o critério de “melhor futuro”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 32. SIMIONI, Rafael Lazarotto. **Decisão jurídica e autonomia do Direito**: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e Democracia. In: Constitucionalismo e Democracia. Org. Eduardo H. L. Figueiredo. Rio de Janeiro. Elsevier, 2012, p. 144.

<sup>84</sup> Neste sentido Dierle Nunes afirma que a via jurisdicional e processual, sozinhas, não permitem a expertise necessária na estruturação de políticas públicas, dada a característica institucional e de formação dos membros de cada poder. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro** – Análises da convergência entre o civil Law e o common Law e os problemas da padronização decisória. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 189, nov./2010, p. 47.

<sup>85</sup> Nas lições de Luis Roberto Barros “a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos”. BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito – UERJ, v. 2, n. 21. Jan./jun. 2012, p. 10.

em que a política e o processo legislativo reocupem seu espaço. A judicialização é, em parte, a inevitabilidade de o Judiciário atender certas demandas sociais que não foram atendidas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Eu espero uma volta de equilíbrio. Não é o Supremo que está interferindo é o Legislativo que não está conseguindo legislar”.<sup>86</sup>

Dworkin discorda, portanto, que o Judiciário lance mão de uma avaliação de custo-benefício de direitos nas decisões (argumentos de política), olhando somente para o futuro, como que indicando o novo caminho a ser seguido pela sociedade, porque como instituição composta por homens já traz em si ideologias, predileções e concepções recortadas da totalidade social, fazendo imperar concepções próprias dos decisores e dos tribunais, afastadas dos princípios que se encontram na comunidade, indo assim além da constituição e da democracia, avançando de um ativismo saudável ao um protagonismo nefasto.

Tais posturas são criticadas por Dworkin, especificamente quando o Judiciário lança mão de argumentos de política para fundamentar uma decisão; segundo Dworkin, a Constituição do Estado Democrático de Direito só permite que o Judiciário argumente com princípios<sup>87</sup>, cujos conteúdos ou sentidos normativos devem ser encontrados na comunidade personificada.

O protagonismo, assim visto, é pernicioso porque traz em seu bojo, como produto final uma decisão jurídica, atos de vontade discricionária (decisionismo), dando a última palavra sobre normatividade do texto legal<sup>88</sup> e sobre o papel do direito na definição de políticas públicas omitidas pelo governo.

---

<sup>86</sup> Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/nos-precisamos-fazer-uma-revolucao-no-modo-como-o-judiciario-funciona-diz-ministro-luis-roberto-barroso/>. Acessado em 19.04.2017.

<sup>87</sup> Sobre os argumentos de política e os de princípios Dworkin explica que “Os argumentos de política tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. São, nesse sentido especial, argumentos baseados no objetivo. Os argumentos de princípio afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como todo fique conseqüentemente pior. Os argumentos de princípio são baseados em direitos”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX. A exposição sobre a vedação aos juízes de criarem novos direitos a seu exclusivo arbítrio é bem definida no capítulo 4 de “Levando os Direitos a Sério” também de Dworkin.

<sup>88</sup> Diz-se protagonista a decisão do STF que, por maioria no Plenário, entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal, recentemente alterado pela Lei nº 12.403/11, não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44; como atendimento pelo Judiciário de um clamor social contra a impunidade. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acessado em 23.04.2017. Igualmente protagonista a fala do Ministro Luiz Roberto Barroso sobre a questão do uso e porte de drogas, em contrariedade ao recente art. 28 da Lei 11.343/06, para o qual, falando em nome do STF, “a gente deve legalizar a maconha. Produção, distribuição e consumo. Tratar como se trata o cigarro, uma

A defesa que se faz ao protagonismo, apesar de razoável, pois não há enfrentamento legislativo de temas que geram conflitos sociais ou não há competência na execução de recursos financeiros e das leis vigentes, todavia abre a comporta que dá vazão a atuação protagonista dos juízes e tribunais, diante da crise funcionalidade dos demais poderes coadjuvantes.

Surge então a ideia de “litigância de interesse público”<sup>89</sup> como a corrida ao Poder Judiciário via demandas que possam alavancar mudanças sociais diante da previsão constitucional de direitos fundamentais, ainda que não expressamente disciplinados na própria constituição ou por leis.

A esperança popular, portanto, é a de que os “togados” sejam a “tábua de salvação” social, uma vez que o fetichismo no Judiciário gera a crença de que são suficientemente preparados, imparciais, virtuosos e conhecedores dos objetivos nacionais, logo comprometidos com a integralidade dos direitos fundamentais<sup>90</sup>.

Fato é que entrando o Poder Judiciário ativamente nesta arena política, aponta caminhos e sentidos que sequer foram submetidos a uma atividade política intensa e democrática, revelando apenas um ponto de vista sobre a interpretação constitucional, revelando aí sua ilegitimidade democrática nesta jurisdição constitucional.

Mas o direito possui estrutura própria, pois localiza em sua tradição e na moralidade política da comunidade seus fundamentos decisórios, não se fundamenta na moralidade ou predileções classistas ou pessoais dos componentes do órgão decisor, mas no próprio sistema jurídico, enquanto produto final de uma legislatura na qual a discricionariedade já foi anteriormente exercida (em argumento morais, éticos, religiosos, econômicos, etc.).

---

atividade comercial. Ou seja: paga imposto, tem regulação, não pode fazer publicidade, tem contrapropaganda, tem controle. Isso quebra o poder do tráfico. Porque o que dá poder ao tráfico é a ilegalidade. E, se der certo com a maconha, aí eu acho que deve passar para a cocaína e quebrar o tráfico mesmo”. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/ministro-do-stf-defende-legalizacao-de-drogas-para-reduzir-numero-de-presos-20860434>. Acessado em 23.04.2017.

<sup>89</sup> Este fenômeno retratava a investida dos cidadãos norte-americanos, através de advogados e processos judiciais, conseguirem promover transformações sociais tocando em instituições governamentais, como escolas, hospitais, prisões e etc. que pudessem melhorar a vida de diversas, senão milhares, de pessoas. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro** – Análises da convergência entre o civil Law e o common Law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. São Paulo:RT, vol. 189. Novembro de 2010, p. 11.

<sup>90</sup> MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade** – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Trad. Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de M. Albuquerque. Revista Novos Estudos, CEBRAP. São Paulo, nov. 2000, n. 58, p. 183-202.

Em outras palavras: se a complexidade social aponta diversos sentidos normativos exigindo uma clara definição da função do Direito, cabe ao Judiciário garantir que estas discussões passem pelos espaços públicos e de alguma forma sejam consideradas quando das decisões jurídicas, para que o princípio democrático, também fundamental, seja respeitado, admitindo uma concepção de direito que considere uma co-originariedade entre Democracia e Constituição, isto é, a garantia dos direitos fundamentais, mas em um procedimento jurisdicional que estabeleça um real equilíbrio, harmonia e independência dos três poderes.

Indo ainda mais a fundo, Streck afirma que:

“Desde logo, considero necessário deixar claro que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo. Não fosse por outras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que o Estado Constitucional só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado (Loewstein). Na verdade, a afirmação da existência de uma ‘tensão’ irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmistificado. Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e a democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais”<sup>91</sup>.

Com isso registra-se que o protagonismo não se justifica pelo simples compromisso constitucional de “guarda” pelo Judiciário, visto que tal função não implica ignorar as experiências e legitimidades dos demais poderes, na criação de políticas e objetivos para a sociedade, que sequer foram debatidos nas demais Casas, pelo que a própria inexistência de direitos e políticas públicas em determinado momento, poderia representar a soberania popular, no projeto constitucional da nação.

A questão da legitimidade da decisão jurídica passa, portanto, sobre a defesa de um ativismo sadio, equilibrado, sem protagonismos e decisionismos, que leve em conta o conhecimento agregado pelos demais poderes e os sentidos normativos que se extrai da própria comunidade, deixando o Judiciário de perpetrar práticas jurisdicionais violadoras

---

<sup>91</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas ao direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 18.

do espírito democrático-constitucional, este como paradigma consagrador de múltiplas possibilidades valorativas a serem definidas conforme a prática da própria sociedade.

Não se deve confundir, portanto, a função de “guarda” do Judiciário, com a função de “superego” da nação<sup>92</sup>, uma vez que à implementação integral do Estado Democrático de Direito, precede ao controle deste próprio Poder Estatal e da decisão judicial, visto que conter a discricionariedade juspositivista que se perpetua no direito brasileiro, significa legitimar a cada vez mais importante prestação jurisdicional.

---

<sup>92</sup> MAUS, op. cit., p. 183-202.

## II – A (I)LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JURÍDICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Frisou-se até aqui que a necessária e fundamental missão constitucional guardiã assumida pelo Judiciário brasileiro a partir de 1.988 e o conseqüente crescimento exponencial das demandas na busca de proteção de direitos fundamentais e sociais, infelizmente revelou a incapacidade institucional daquele poder estatal de equacionar a tensão entre constitucionalismo e democracia, própria do Estado Democrático de Direito.

O problema evidentemente passa pela análise da decisão jurídica, como produto da atividade jurisdicional, na qual a discricionariedade do julgador ainda se revela preponderante na atividade interpretativa e argumentativa, embora camuflada na falácia de se estar “descobrimo o conteúdo normativo existente na lei/texto” (ontológico) e/ou a ponderar dentre princípios com supostos valores previamente definidos consensualmente pela própria sociedade – mito da assembleia, quando na verdade o que se faz muitas das vezes é propriamente criar direitos<sup>93</sup> não expressamente previstos na Constituição ou nas leis, mediante eleição pelo próprio Judiciário, de sentidos normativos que entende adequados, esgarçando os limites sintáticos e semânticos impostos pelo texto.

Justamente por isso, a pesquisa tratou, concisamente, da evolução do Judiciário, passando pelo nascimento do Estado Moderno, até sua atual representação: o Estado Democrático de Direito, uma vez que urgia compreender a atividade jurisdicional nos embates políticos da sociedade.

Mais precisamente no século XX, o Estado e sua função jurisdicional, se viram fortemente marcados por disputas teóricas jusnaturalistas e juspositivistas, que ainda degladiam em torno de qual deve ser o sentido do direito, se mais justiça material e correção normativa ou se mais segurança formal e previsibilidade<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Tanto é verdade que, acerca da decisão jurídica sobre fatos e direitos, Kelsen defendeu que “não é uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 393.

<sup>94</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba, Juruá, 2014, p. 23-25.

Se por um lado práticas jurídicas jusnaturalistas<sup>95</sup> defendiam dever o direito respeitar a moral da sociedade e seus princípios éticos pré-existentes; os juspositivistas<sup>96</sup>, lado outro, defendiam um direito mais puro, rigorosamente científico, abalizado pela análise linguística dos textos, numa limitação sintática cirúrgica, sem espaços interpretativos.

O naturalismo jurídico (ou jusnaturalismo) defendia o direito justo, de emancipação social à cargo do judiciário; o positivismo jurídico (ou juspositivismo) pretendia o direito seguro, fora das mãos do decisor, de regulação social. Nesse sentido, se a separação dos poderes estatais e a codificação das normas conseguiu dar segurança jurídica às práticas burguesas, a utilização da linguagem comum pelo direito, teceu armadilhas jusnaturalistas de correção moral, não conseguindo conter o subjetivismo no Judiciário, nem conter discursos metafísicos, motivo pelo qual se deflagrou um paradoxo no positivismo jurídico, oscilando entre submissão do Judiciário ao Direito e ao mesmo tempo submissão do Direito ao Judiciário, especialmente pelo então avançado neopositivismo normativista de Hans Kelsen, cuja racionalidade formal tentou limitar a interpretação jurídica às próprias amarras estruturantes da sintaxe do texto legal, mas encontrou exatamente aqui amplo espaço para arbitrariedades.

Não obstante o grande avanço no controle moral da decisão jurídica pelo positivismo jurídico<sup>97</sup>, na prática não se superou a possibilidade de diversas interpretações sobre uma mesma “palavra” da lei, já que o problema não estava propriamente no sentido filosófico dado ao direito da sociedade (emancipação e regulação), mas no próprio conceito de norma, como constatação de um local caracterizado pela indeterminação linguística

---

<sup>95</sup> O jusnaturalismo é uma doutrina jurídica clássica que, apesar de ter passado por profundas transformações teóricas ao longo do tempo, prega, basicamente, a existência de um pressuposto direito natural, metafísico, que tem validade em si mesmo e é anterior e superior ao direito positivo, devendo prevalecer caso haja conflito com este último. O direito natural corresponderia, portanto, a uma exigência perene, eterna ou imutável de um direito justo, representada por um valor transcendental de justiça, antes encontrada em Deus, doravante encontrada na cultura dos povos. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 20-21.

<sup>96</sup> O juspositivismo, por sua vez, seria a tentativa de sistematização e unificação das regras públicas e privadas, doutrina jurídica na qual o Juiz obrigatoriamente só poderia aplicar as determinações sintáticas do código, fonte única de direito, dada à conhecimento pelo legislador, capaz de gerar a segurança desejada pelos cidadãos, contra inferências morais, religiosas, etc. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 22-23. Para Kelsen, a justiça estaria na própria lei escrita, cabendo ao aplicador do direito aferir tão somente a existência empírica e a validade formal da norma e não a justiça ou correção de sua aplicação, uma vez que a norma fundamental que valida todo sistema é condição lógico-transcendente, desprovida de conteúdo valorativo. KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 225-228.

<sup>97</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba, Juruá, 2014. p. 47.

(espaços não marcados pelo direito<sup>98</sup>), passível de determinação judicial como ato de escolha; é dizer: onde há texto e norma, há o arbítrio<sup>99</sup>.

No posfácio de “O conceito de Direito” Hart tentou mediar correção moral e segurança formal, sustentando um conceito de direito pretensamente pós-positivista ou de um positivismo brando ou inclusivo<sup>100</sup>, correlacionando normas primárias e secundárias com regras de reconhecimento como suposto resultado de convenções sociais (morais, éticas, econômicas, etc.) então acatadas e admitidas pelo Judiciário, mas encontrou em Dworkin críticas ferrenhas e reveladoras, dentre outros problemas teóricos, da arbitrariedade da eleição das regras de reconhecimento e a discricionariedade interpretativa forte a cargo do juiz, bem como a desconsideração por Hart de normas do tipo princípio como informadoras do direito.

O chamado pós-positivismo jurídico tem, portanto e em face de movimentos neoconstitucionalistas<sup>101</sup>, a preocupação e objetivo introduzir a moral e a ética no direito,

---

<sup>98</sup> HART, Herbert Lionel A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 167.

<sup>99</sup> Simioni ressalta que para Kelsen “a decisão jurídica - ato de criação da norma individual – é um ato de vontade do decisor, um ato de poder...a decisão jurídica é uma criação de direito e não uma mera aplicação...a decisão decide criando a norma individual a partir daquela moldura abstrata e dinamicamente ampla de possibilidades diferentes de decisão”. SIMIONI, op. cit., p. 222.

<sup>100</sup> É o que se extrai, por nossa tradução, do original de Campbell em inglês, que relê “O conceito de Direito” e seu posfácio, e defende o positivismo hartiano como inclusivo da moral e normativista: “Moreover, there he endorses unequivocally soft (or inclusive) positivism, that is the thesis that rules of recognition can and often do contain moral criteria for the identification of valid law, and he makes this acknowledgement without expressing any regret that this is the case, or even any concern that it might undermine his explanatory theory”. Isto é: “Além disso, ele apoia inequivocamente o soft positivismo (ou positivismo inclusivo), segundo o qual as regras de reconhecimento podem e muitas vezes contêm critérios morais para a identificação de direito válido, e ele faz esse reconhecimento sem expressar qualquer pesar que este é o caso, ou mesmo qualquer preocupação de que poderia minar a sua teoria explicativa”. CAMPBELL, Tom. **Rewriting Hart’s Postscript: Thoughts on the Development of Legal Positivism**. Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho. N. 5. Universidad Nacional Autónoma de México: 2011, p. 30. E mais: “This accumulation of evidence demonstrates that it is not only possible but natural in illuminating to read The Concept of Law as in part an exercise in normative legal philosophy which points to the social value of primary rules and thence of legal systems constituted through a shared rule of recognition and does so in a way which endorses the potential utility of law, and provides reasons that can feature in the determination of what makes for a good legal system, in terms of its formal features as well as its substantive content”. Ou seja: “Este acúmulo de evidências de mostra que não é apenas possível, mas natural, no iluminar, ler O Conceito de Direito em parte como um exercício de filosofia jurídica normativa que aponta para o valor social das regras primárias e, portanto, dos sistemas jurídicos constituídos através de uma regra comum de reconhecimento que faz isso de uma maneira que endossa a utilidade potencial do direito, e apresenta os motivos que podem figurar na determinação do que faz um bom sistema jurídico, tanto em termos de suas características formais, como seu conteúdo substantivo”. CAMPBELL, op. cit., p. 44.

<sup>101</sup> Antes de prosseguir, importante diferenciar os conceitos de neoconstitucionalismo e de pós-positivismo. O primeiro é um movimento político-histórico do constitucionalismo ocidental na contemporaneidade, a partir do segundo pós-guerra; o segundo alberga jusfilosoficamente o primeiro, adotando o estilo normativo “princípio” como vetor de sentido das regras, sendo pilar teórico de sustentação de interpretação dos direitos e normas constitucionais, como possibilidade de correção e controle dos textos. Para Barroso, “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”. BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e**

anteriormente extirpados pela Escola da Exegese e pelos juspositivistas que se seguiram, mas mantendo a cientificidade e racionalidade conquistadas pela concepção positivista, contra a metafísica e obscurantismo próprios das práticas jusnaturalistas e jurisdicionais do passado, bem como para contenção da instrumentalização do direito por governos ditatoriais, nazi-fascistas, etc.

O direito tanto se beneficia quanto se frustra com os debates teóricos e práticas pós-positivistas, porque muitas vezes vê sua autonomia revigorada (quando implementa direitos fundamentais omitidos pelos demais poderes) e noutras se vê instrumentalizado pelo Judiciário (“crise do Judiciário”), diante de práticas jurisprudenciais principiológicas que ocultam a produção do sentido normativo dos textos legais, enfraquecendo o papel do direito no fomento da participação democrática do povo na sua (re)construção e na confirmação das legítimas expectativas normativas das pessoas e da sociedade<sup>102</sup>.

O que se observa contemporaneamente na teoria do Direito, são dois eixos teóricos em franco debate pela definição pós-positivista acerca do sentido filosófico do direito e do papel prático dos juízes e tribunais no Estado Democrático de Direito, quais sejam: procedimentalismo x substancialismo.

Pelas teorias procedimentalistas<sup>103</sup>, ninguém menos que o alemão Jürgen Habermas, sustenta que os valores morais são transitórios e culturais, motivo pelo qual a decisão judicial deve estar adstrita a discussões públicas e procedimentos que racionalmente e discursivamente estipulem quais os dados poderão ser levados em conta na argumentação e fundamentação jurídica em face das situações concretas submetidas ao decisor<sup>104</sup>.

---

**constitucionalização do Direito:** o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, jan. 2007, p. 20-49.

<sup>102</sup> Streck afirma existir uma crise de paradigma de dupla face, consubstanciada pela insistência do legislativo em (re)produzir um sistema normativo liberal-individualista, com uma disputa desordenada no Judiciário entre um ainda arrigado exegetismo jurisdicional e teorias voluntaristas que, tentando romper com os juspositivismos, deram total liberdade interpretativa aos juízes e tribunais, com projetos de vinculação jurisprudencial fincada em precedentes produzidos por decisões jurídicas ainda decisionistas (“ocultando as condições de produção do sentido do discurso”), afastando o Judiciário da sociedade, comprometendo a democracia. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17-20.

<sup>103</sup> Lecionando sobre o procedimentalismo, André Ramos Tavares, argumenta que “de acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes. TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? In: **Revista brasileira de direito constitucional.** n. 09, jan./jun. 2007, p. 338-339.

<sup>104</sup> Para Habermas, “o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-versa, não é mera suposição sem fundamentos. A legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reage à necessidade de fundamentação resultante da positividade do direito, a saber, na medida

Pelos substancialistas, o brasileiro Lênio Streck<sup>105</sup> e norte-americano Ronald Dworkin, tais dados já se encontram difundidos pela comunidade e podem ser encontrados pelo decisor na tradição política da sociedade, ficando a cargo do juiz identificá-los hermenêuticamente com integridade e coerência.

Este trabalho opera deliberadamente com a teoria substancialista defendida por Dworkin, com os aportes teóricos de Streck, como a mais apta a transacionar objetivos constitucionais (direitos fundamentais, em regra contramajoritários) e democráticos (majoritários) na atividade jurisdicional, teoria erigida sob um conceito de direito como integridade, que suspende o decisionismo típico de teorias jusnaturalistas e juspositivistas que, segundo o autor norte-americano, se camuflam nos procedimentos discursivos sobre princípios e regras, como os de Robert Alexy<sup>106</sup>, por exemplo.

Ademais, com a integração do Judiciário nas arenas de debates públicos, sobre direitos fundamentais, os precedentes judiciais vieram à tona como fontes primárias de direito, ao lado dos textos legais, comprimindo estes últimos através da consideração de princípios abstratos e genéricos supostamente legitimadores da decisão jurídica<sup>107</sup>.

---

em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais [...]. Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral só têm em comum, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a ‘validade’ dos resultados obtidos conforme o processo. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003, p. 215-216.

<sup>105</sup> Para Streck “mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social...Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances”. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40.

<sup>106</sup> Como afirma o próprio Alexy “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras tem o caráter de mandados definitivos”. Desse modo a aplicação dos princípios se condiciona às condições fáticas e jurídicas, logo “como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos”. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162.

<sup>107</sup> Streck afirma que “o positivismo que resiste ao neoconstitucionalismo assenta-se na ideia de que é possível reduzir toda realidade jurídica ao direito positivo e a sua ‘correta’ aplicação. Para tanto, constrói um repositório de conceitos que pretendem abarcar as diversas situações de aplicabilidade, como se fosse possível ‘armazenar’ na generalidade da lei (e de seus conceitos, produtos de sua interpretação) todas as situações particulares. É como se fosse possível construir uma teoria que contivesse aos mesmos potencialmente todas as verdades jurídicas”. STRECK, Lênio Luiz. **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (orgs). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 181.

Ocorre que não se criou ainda no Brasil uma teoria nacional dos precedentes judiciais e da decisão jurídica que pudesse adequar o “empoderado Judiciário” à integralidade do projeto constitucional<sup>108</sup>, motivo pelo qual a decisão jurídica justificadora da normatividade constitucional e da atividade jurisdicional coercitiva se encontra igualmente desprovida de legitimidade, porque produto final da atividade jurisdicional, levando sua marca registrada, já que a racionalidade democrática legiferante (quais são os direitos e obrigações, suas diretrizes normativas, etc.) exige uma decisão jurídica também democrática que a sustente, e que seja coerente com o substrato valorativo da comunidade e da legislatura, não podendo a decisão jurídica ser resultado de uma aleatoriedade ou arbitrariedade em cada momento decisório.

A defesa que se faz do substancialismo e do direito como integridade de Dworkin, isto é, desta proposta pós-positivista como a mais adequada contra os arbítrios dos positivismo jurídicos, passa pela necessidade de se demonstrar, no que importa para estas investigações, como perpetua o neopositivismo normativo de Herbert Hart, bem como as barreiras teóricas encontradas por sua teoria na implementação de um Estado Democrático de Direito, problemas estes, atualmente e igualmente suportados pelo Estado Brasileiro.

## 2.1 - De Kelsen a Hart: (neo)positivismo jurídico e armadilha semântica

Positivizar o direito significou, a partir do século XVIII da França pós-revolucionária, romper com o passado e com todas suas justificativas coercitivas violentas, metafísicas e arbitrárias outrora a cargo do Monarca e da Igreja; já que sistematizando textos legais, registrados e/ou impressos, logo fisicamente disponibilizados para circulação e livre acessos das pessoas (“vejo e creio”, meio de conhecimento), o Estado monopolizava, garantia e legitimava a expressão máxima e suficiente da razão coercitiva<sup>109</sup>.

Interpretar textos, desde então, se tornou uma afronta à capacidade legislativa estatal<sup>110</sup>, cujo fundamento da experiência jurisdicional e social, e as respostas jurídicas

---

<sup>109</sup> Para Bobbio “este processo de monopolização da produção jurídica é estreitamente conexo à formação do Estado absoluto...da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 32.

<sup>110</sup> Segundo Montesquieu, o juiz é a boca da lei. MONTESQUIEU, **De l'esprit des lois**. Paris: Librairie Garnier Frères, 1927, p. 154. Livre XI, Chapitre VI.

que se fizessem necessárias seriam suficientemente dadas pela própria Lei, como que num recado de “nunca mais” ao período medieval das Trevas, diante da aposta e crença na multiplicação de novos dogmas<sup>111</sup>, agora jurídicos, capazes de dedutivamente resolver todas as questões práticas e conflituosas existentes.

Aqui a Escola da Exegese pioneiramente erigiu o texto da lei como único canal condutor do direito estatal, decorrendo a correção das decisões jurídicas de uma suposta justificação superior jusnaturalista que assegurava a correção política prévia dos parlamentos, cujo sentido normativo dos textos eram dados ontológicos dos próprios textos (como se o texto carregasse a resposta e correção em si, como algo pré-existente); nesta fase se permitia, porém, respostas jurídicas do tipo “não existe direito para esta reclamação”, já que apesar de ao juiz caber sempre decidir (*non liquet*)<sup>112</sup>, a improcedência do pedido significava a outra face do direito da parte em não ser submetida à subjetiva vontade do demandante; simples, forte e convincente na centralização do poder estatal.

De mais a mais, a unificação do direito tornou viável o projeto moderno de nação e as práticas comerciais, no qual a lei escrita submetia com perfeição todos os que estivessem ocupando o território estatal, facilitando tanto o governo quanto os negócios entre particulares, tornando gerais e abstratas as normas, tanto para nobres, quanto para plebeus, tanto para o homem do campo quanto para os burgueses.

Entretanto, esse exegetismo exacerbado, que agia sob um mito da neutralidade interpretativa e jurisdicional, acabou entrando em declínio, pois o positivismo jurídico clássico e legalista sufocou as possibilidades argumentativas sobre as necessidades de justiça material e emancipação social, vindo a ser sucedido no século XIX por experiências jurídicas teóricas e práticas das mais diversas (Escola do Direito Livre, Escola Histórica, Escola das Jurisprudência dos Interesses), que (re)introduziram no direito elementos externos de correção (moral, ética, cultura, objetivos, etc.), mas de forma desordenada e arbitrária, substituindo a lei pela decisão jurídica, logo, a discricionariedade voltaria a aportar às escâncaras nas práticas jurisdicionais, até que Hans Kelsen propusesse uma terceira via, em sua Teoria Pura do Direito (neopositivismo jurídico lógico-sintático), como tentativa de, a partir da segunda metade do século XX, compatibilizar razão teoria e razão

---

<sup>111</sup> Nas palavras de Franz Wieacker “é precisamente a crença jusracionalista na possibilidade de um direito justo em absoluto (numa certa situação histórica) que faz crer ao legislador que é possível regular uma vez por todas qualquer situação pensável”. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2 ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 379.

<sup>112</sup> “Article 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”. CIVIL, Code. France, 1804.

prática, permitindo a evolução segura do direito, numa sociedade em constante movimentação cultural.

Kelsen propôs, portanto, uma nova metodologia de análise linguística dos textos legais, que apesar de igualmente partir do campo lógico-analítico dos símbolos linguísticos, se estruturou em torno de proposições jurídicas que estabelecessem relações lógicas entre si, numa organização normativa sistemática, ao final legitimada numa norma limite, dita fundante ou fundamental: a Constituição.

Justamente por isso não se pode jogá-lo na vala comum dos positivismo jurídicos legalistas que o precederam, já que inova na ciência jurídica com a ideia de norma jurídica, esta como faticidade ou positividade linguística necessariamente válida (simples questão de fato, de lei, de declaração política passada), onde o direito seria um texto jurídico condicionado (norma), porque existente no mundo físico e compatível com a norma maior que a fundamenta, embora independente de confirmação gnoseológica<sup>113</sup>.

Ao separar direito (“ser”) da ciência do direito (“dever-ser”), decisão da interpretação, Kelsen sustentou que o direito é uma decisão sobre a sintaxe<sup>114</sup>, sem qualquer tipo de preocupação semântica importante sobre o sentido, correção moral ou significado social do texto, porque valorizar não era papel do jurista (mas do político) e questionar não era papel das pessoas (mas obedecer), porque do contrário contaminariam o direito, que deveria ser puro, formalmente democrático, livre de avaliações morais, ideológicas, etc., logo Kelsen afasta da ciência jurídica a pretensão moral ou de justiça, algo cientificamente inverificável para ele<sup>115</sup>.

Isto assim colocado, nos mostra que afastamento semântico de Kelsen arma-lhe uma grande armadilha, que é justamente a dificuldade de se estabelecer objetivamente qual é o sentido correto do texto analisado, isto é, a própria linguagem não fala de si mesma, mas sobre as demais coisas, decorrendo daí que alguém ou alguma coisa precisa falar sobre

---

<sup>113</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11.

<sup>114</sup> A sintaxe analisa as estruturas formais da linguagem, as ligações corretas entre signos e símbolos comunicativos ou linguísticos; a semântica relaciona esta análise sintática à realidade de mundo que pretende representar, dando significado e sentido às palavras e ao texto. CARNAP, Rudolf. **The logical syntax of language**. Tradução de Ametlthe Smeaton, Illinois: Open Court, 2002, p. 1.

<sup>115</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 69. Kelsen deixa claro que sua “teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial...ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1.

a linguagem, e, neste caso, a decisão jurídica é fatalmente semântica, porque circula com liberdade dentro de uma moldura de possibilidades também semânticas<sup>116</sup>.

Este problema de indecidibilidade do direito, dada a sua linguagem indeterminada, é o grande problema da teoria pura de Kelsen para fins de legitimação das decisões jurídicas, porque seu rigoroso trabalho científico não suporta este desafio, quando o jurista se rende à discricionariedade judicial no famigerado Capítulo VIII da obra clássica obra Teoria Pura do Direito, como única condição de possibilidade de determinação (escolha) de sentido dentre os que o texto é capaz de reconhecer (moldura<sup>117</sup>), admitindo o elemento “juízo de valor” na decisão jurídica, do contrário jamais conseguiria explicar o processo silogístico de coincidência entre fato concreto e o sentido dito objetivo do texto<sup>118</sup>.

Os problemas práticos apresentados pela neopositivismo lógico-sintático de Kelsen<sup>119</sup> permitiram que Hart desenvolvesse uma tentativa teórica conciliatória entre direito e moral, entre legislação positiva e práticas judiciárias, afirmando Hart já em 1.961 no início da obra “O Conceito de Direito” que:

---

<sup>116</sup> Streck assevera que Kelsen “se rende aos seus adversários: a interpretação do direito, no plano da aplicação, é evitada de subjetivismos. Para ele, esse “desvio” é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII, Kelsen chega a falar que as normas jurídicas — entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu*, à lei — são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica”. Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de um exegético que já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito — a interpretação no nível da “aplicação”. E nisso reside a “maldição” de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”...! O “pomo de ouro” disso é que — e me permito insistir nisso — Kelsen não separou o direito da moral e, sim, a ciência do direito da moral. Nisso está o *holding* de sua pureza metódica. E isso faz toda a diferença nas incompreensões da obra do mestre. STRECK, Lênio Luiz. Que maldição estaria por trás da interpretação do direito em Kelsen? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-13/senso-incomum-maldicao-estaria-interpretacao-direito-kelsen>. Acessado em 30.04.2017.

<sup>117</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 388. Simioni explica que para Kelsen a “decisão jurídica sempre terá uma margem de discricionariedade, sempre terá uma margem de escolha para determinar um, dentre os demais sentidos possíveis da norma jurídica. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba, Juruá, 2014. p. 192.

<sup>118</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 70.

<sup>119</sup> Warat explica que o neopositivismo dogmatiza o direito, como “tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem formular nenhum juízo de valor sobre o mesmo, convertendo-a em uma mera ciência formal...um sistema de conceitos, noções, princípios, aforismos e instituições com os quais se pretende completa-lo e fechá-lo”. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral do direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 16. Exatamente neste contexto se inicia a corrida teórica pós-positivista, com as diversas teorias da argumentação, como tentativa de justificar ou legitimar a decisão jurídica, para que não seja arbitrário o completamento ou preenchimento da “moldura”.

“...somos então tentados a responder: “É evidente que a legislação faz parte do direito; é pelo menos um ramo do direito, mesmo que existam outros”; “É claro que o direito não pode ser apenas o que as autoridades fazem ou o que os tribunais vão decidir, uma vez que é o direito que cria uma autoridade ou um tribunal”.<sup>120</sup>

Hart sustenta que a aplicação de um texto legal, isto é, a atribuição de sentido às regras, a definição do direito, deve considerar que normas jurídicas por si sós não são ordens a serem seguidas e/ou a única fonte do direito (normas primárias e secundárias<sup>121</sup>), lançando o conceito de regra de reconhecimento (tipo superior e especial de norma secundária)<sup>122</sup>, como aquele(s) critério(s) não legislado(s) através do qual cada sociedade determina a validade de suas normas jurídicas através de convenções sociais de aceitação, o que deve ser admitido e declarado pelo Judiciário através das decisões jurídicas sobre casos concretos, pela simples análise factual, supostamente desprovida de valoração pelos juízes, sobre a existência de precedentes, textos legais, declarações legislativas ou de determinadas pessoas, dotados de autoridade sobre outros critério ou fontes do direito<sup>123</sup>.

Sobre a regra de reconhecimento Hart afirma que:

“Os critérios assim disponibilizados podem, como vimos, assumir qualquer uma, ou mais de uma, dentre diversas formas; incluem-se entre estas a referência de um texto autorizado; a um ato legislativo; à prática consuetudinária; a declarações gerais de pessoais específicas; ou, em casos particulares, a decisões judiciais anteriores sobre casos específicos...Num sistema jurídico moderno, no qual existem várias “fontes” do direito, a norma de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais...No cotidiano de uma sistema jurídico, é muito raro que a sua norma de reconhecimento seja expressamente formulada como norma...Em geral a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica demonstrada

---

<sup>120</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 2

<sup>121</sup> Enquanto as normas primárias dizem respeito ao que a sociedade pode ou não fazer, as secundárias se referem ao modo como as primárias podem surgir, ser alteradas, aplicadas e eliminadas pelo poder público. Logo o direito é a conexão entre normas primárias e normas secundárias. HART, op. cit., p. 122.

<sup>122</sup> HART, op. cit., p. 129.

<sup>123</sup> HART, H. L.A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 332-337.

pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos. Evidentemente, há uma diferença entre o uso feito pelos tribunais dos critérios oferecidos pela norma e o uso que os outros fazem desses mesmos critérios; pois, quando os tribunais chegam a uma conclusão específica, com base no fato de que certa norma foi corretamente identificada como norma jurídica, aquilo que declaram tem um caráter especial de autoridade imperativa, que lhe é conferido por outras normas...A norma de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema é, num sentido importante, que procuraremos esclarecer, uma norma última (*ultimate rule*); e quando, como geralmente ocorre, houver diversos critérios hierarquizados por ordem de subordinação e primazia relativa, um deles será considerado supremo (*supreme*)”.<sup>124</sup>

O problema é que ao defender a aplicação pelos tribunais de normas de reconhecimento que supostamente legitimem a legislação e a decisão jurídica (“positivismo brando”<sup>125</sup>), Hart não explica quais seriam os procedimentos adotados pelo Judiciário para definição e adoção dos critérios da norma de reconhecimento, valores e princípios levados em conta na confirmação ou preterição de um direito, sustentando se tratar de simples análise jurisdicional de supostas convenções sociais existentes que dotam aquele critério de autoridade<sup>126</sup>.

Hart afirma, portanto, que “*a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos*

---

<sup>124</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 130-136.

<sup>125</sup> HART, op. cit., p. 323.

<sup>126</sup> Confrontando Dworkin, Austin e Hart e apontando a ilegitimidade da regra de reconhecimento e a armadilha semântica deste último, Simioni afirma que “Hart afirmou que os verdadeiros fundamentos do direito não estão em costume empíricos entre alguém que ordena e outros que obedecem...o fundamento do direito se desloca, assim, dos costumes históricos empíricos, para as convenções sociais que formalizam a aceitação da comunidade em se submeter a um sistema de regras que outorga, àquelas pessoas ou grupos, o poder de criar o direito válido. Mas o problema do ‘hábito’ empírico que justifica o direito em Austin permaneceu no problema da ‘aceitação’ que justifica o direito em Hart. Isso porque tanto o hábito de se submeter a ordens, quanto a aceitação dessas ordens por meio de convenções de reconhecimento do direito, pode ocorrer por motivos de medo, de submissão violenta, de fraude, engano e uma séria de outros motivos moralmente reprováveis...para Dworkin, o problema de todas essas perspectivas teóricas está no fato delas serem todas prisioneiras da armadilha semântica, que é uma armadilha do positivismo jurídico baseado na análise da linguagem...o problema do positivismo é que ele reduz o direito à lei ou a textos que representam convenções políticas...ela não permite questionar a influência que as convicções morais do intérprete exerce sobre a sua prática de interpretação...mas o direito não é somente uma questão de fato, tampouco é somente uma questão de interpretação semântica dos textos. O direito é também uma questão de convicção moral, uma questão de princípio”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 326-328.

*particulares, ao identificarem o Direito, por referência a certos critérios. Sua existência é uma questão de fato*”<sup>127</sup>.

Assim sendo, mesmo podendo haver motivações e razões distintas para que o cidadão comum obedeça ao direito, como em muitos casos pelo simples temor das consequências do descumprimento das normas, o mero fato das normas serem obedecidas pela maioria da população constitui prova de que um sistema jurídico existe, e de que a regra de reconhecimento é o fundamento por excelência para sua imposição<sup>128</sup>.

Com tal afirmação Hart sustenta que o Judiciário não questiona, na identificação e aplicação da regra de reconhecimento, sobre critérios morais ou valorativos, ficando o pressuposto de que os motivos da obediência social de determinada regra é realmente fruto de um consenso semântico externo prévio entre os cidadãos que obedecem e os juízes que decidem<sup>129</sup>.

Hart é expresso ao afirmar uma estranha metafísica na admissão dos critérios das regras de reconhecimento e uma pressuposta aceitação semântica entre os juízes, registrando que:

“...os enunciados de validade jurídica feitos pelos juízes, juristas ou cidadãos comuns a respeito de normas específicas no cotidiano de um sistema jurídico realmente implicam em certos

---

<sup>127</sup> HART, H. L.A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 121.

<sup>128</sup> Neste ponto válido ilustrar com o antigo e famoso debate trazido pelo “mito do anel de Gíges”, com o qual Platão (427-347 a.C.) nos esclarece que, disfarçadamente egoísta e violento, o homem é levado pelo desejo de ter sempre mais (poder, glória, conforto, prazeres e vantagens, por exemplo) e que é a “Lei” que o reconduz ao respeito pela igualdade, pois não se age assim por natureza, mas somente forçosamente. É justamente por não sermos assim que demos origem às leis e as convenções sociais, pois do contrário faríamos o que nos aprouver, sendo diversos os motivos morais, pessoais, emocionais, etc., que nos faz seguir a convenção. Rememoramos que Gíges era um pastor que morava na região da Lídia, ocorrendo que após um tremor de terra, o chão se abriu, tendo Gíges descido até a cratera e descoberto um cavalo de bronze, dentro do qual havia um homem morto portando um anel de ouro. Gíges o tomou para si e, reunindo-se com os outros pastores para fazer o relatório mensal dos rebanhos ao rei, usou o anel, tornando-se invisível para os presentes. Surpreso com a descoberta desse poder, Gíges, sem titubear, dirigiu-se ao palácio, seduziu a rainha, matou o rei e apoderou-se do trono.

<sup>129</sup> Hart afirma que “pode-se dizer que alguém que emite um enunciado interno sobre a validade de uma norma especial de um sistema **pressupõe** que seja verdadeiro o enunciado factual externo de que, de modo geral, o sistema é eficaz. Pois o emprego normal de enunciados internos ocorre nesse contexto de eficácia geral”. Distinguindo enunciados internos de enunciados externos, Hart preleciona que “o emprego de normas implícitas de reconhecimento pelos tribunais e outras instâncias para identificar normas específicas do sistema é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam desse modo manifestam, ao fazê-lo, sua própria aceitação das normas como diretrizes...essa atitude de aceitação compartilhada de normas deve ser contrastada com a de um observador que registra, ab extra, o fato de que um grupo social aceita tais normas, sem que ele próprio as aceite...”. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 132-134.

pressupostos. São enunciados jurídicos internos que expressam o ponto de vista daqueles que aceitam a norma de reconhecimento do sistema e, assim, deixam implícitas muitas coisas que poderiam ser expressas em enunciados factuais externos sobre o sistema. O que fica assim subentendido forma o plano de fundo ou contexto normal das declarações de validade jurídica, e se diz então que é pressuposto por elas...Há uma objeção mais grave: a ideia de validade ‘suposta’ da norma última de reconhecimento oculta o caráter essencialmente factual do segundo pressuposto, que subjaz às declarações de validade dos juristas. Não há dúvida de que a prática dos juízes, autoridade e outros, na qual consiste a existência real de uma norma de reconhecimento, é um tema complexo...existem situações nas quais as perguntas sobre o teor e a exata abrangência desse tipo de norma, e até mesmo sobre sua existência, podem não admitir uma resposta clara ou determinada”<sup>130</sup>.

Demonstrando, porém, certa preocupação com a jurisdição, ou seja, quanto ao relacionamento entre os juízes e o direito que se pretende extrair dos textos legais, Hart afirma que, *in verbis*:

“A palavra obedecer tampouco descreve bem o que os juízes fazem quando aplicam a norma de reconhecimento do sistema, reconhecem uma lei como válida e a usam para resolver uma controvérsia...um desses recursos – em se tratando, por exemplo, do uso que os juízes fazem de determinado critério geral de validade para reconhecer uma lei como tal – consiste em caracterizar esse uso como um caso de obediência a ordens dadas pelos “Fundadores da Constituição...como a obediência a um “*comando despsicologizado*”, isto é, um comando sem comandante...mas essa preocupação meramente pessoal com as normas, que é tudo que é necessário que os cidadãos comuns tenham quando obedecem àquelas, não pode caracterizar a atitude dos tribunais diante das normas mediante as quais operam como tribunais...isso é especialmente evidente no caso da norma última de reconhecimento, cujos termos permitem estimar a validade de outras normas...para existir, essa norma deve ser encarada segundo o ponto de vista interno, como um padrão público e comum para a decisão judicial correta, e não como algo a que cada juiz obedece em caráter meramente pessoal...embora possa desviar-se ocasionalmente dessas normas, cada tribunal do sistema deve encarar, em geral, esses desvios como lapsos críticos em relação aos padrões, que são essencialmente comuns ou públicos”<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> HART, op. cit., p. 139-141.

<sup>131</sup> HART, op. cit., p. 146-150.

Não há dúvidas, portanto, que se Kelsen quis retirar do direito a análise semântica dos textos (em nome de uma pureza do direito e da simples análise fatural do texto político passado), Hart também quis enfrentar o problema da separação entre direito e moral (em nome da legitimação do direito a partir da regra de reconhecimento, também pela admissão de textos políticos e decisões jurídicas/precedentes passados), mas ambos foram marcados pelo que Dworkin chamou de “agulhão semântico”.

Dworkin verificou que, tanto o aprisionamento à sintaxe textual quanto o respeito a uma norma de reconhecimento pressuposta, são incapazes de proteger o direito contra a discricionariedade judicial e o decisionismo, uma vez que as teorias neopositivistas de Kelsen e Hart padeceriam exatamente do vício semântico, justamente por pressuporem que as discussões jurídicas seriam meras análises silogísticas entre fatos concretos e leis validadas pela constituição ou pela sociedade (regra de reconhecimento), como meros fatos políticos e jurisprudenciais passados e ainda vigentes, como se não houvesse divergências teóricas e de fundamentos entre os juristas na atribuição de sentido aos textos ou se valessem de regras comuns na construção e conclusão destas análises jurídicas.

Sobre as teorias positivistas e o agulhão semântico Dworkin afirma que:

“Tal ponto de vista sustenta que o direito apoia-se apenas em questões de mero fato histórico, que a única divergência sensata sobre o direito é a divergência empírica sobre aquilo que as instituições jurídicas realmente decidiram no passado, que aquilo que denominei divergência teórica é ilusório e pode ser mais bem compreendido, enquanto argumento...Seguimos regras comuns, afirmam eles, quando usamos qualquer palavra: essas regras estabelecem critérios que atribuem significado à palavra. Nossas regras para o uso de ‘direito’ ligam o direito ao fato histórico puro e simples...o mesmo se aplica ao conceito de direito. Todos usamos os mesmos critérios factuais para formular, aceitar e rejeitar afirmações sobre a natureza do direito...As teorias semânticas pressupõem que os advogados e juízes usam basicamente os mesmos critérios (embora estes sejam ocultos e passem despercebidos) para decidir quando as proposições jurídicas são falsas ou verdadeiras; elas pressupõem que os advogados realmente estejam de acordo quanto aos fundamentos do direito”<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Martins Fontes. São Paulo. 2014. p. 38.

Dworkin critica Hart, por permitir ao Judiciário presumir sobre um consenso na sociedade sobre os motivos ou razões que levam os sujeitos a validar e obedecer as normas (enunciados interno e externos), como se a regra de reconhecimento fosse de fato fruto de regras comuns de atribuição de sentidos normativos e de conteúdos semânticos compartilhados pacificamente e majoritariamente pelos sujeitos e juízes, quando Dworkin questiona “*em que consiste a aceitação de uma regra de reconhecimento?*”<sup>133</sup>, afirmando que ignorar as divergências sociais e a multiplicidade de regras subjetivas sobre o conteúdo e significado da norma significa invalidar a própria regra de reconhecimento, que poderia estar sustentada, por exemplo, simplesmente num modelo forçado de obediência e não numa convenção social superior à própria Constituição<sup>134</sup>, concluindo Dworkin que:

“Em direito, porém, grande parte das divergências é teórica, não empírica. Os filósofos do direito em cuja opinião devem existir regras comuns tentam subestimar a divergência teórica por meio de explicações. Dizem que os advogados e juízes apenas fingem, ou que só divergem porque o caso que têm em mãos se situa numa zona cinzenta ou periférica das regras comuns...Aí está o aguilhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência”<sup>135</sup>.

Se a atividade jurídica é construtiva e interpretativa, como sustenta Dworkin<sup>136</sup>, tanto sobre os significados, conteúdos, razões ou fundamentos dos direitos, quanto sobre o conteúdo semântico dos textos legais, Hart encontra um obstáculo até então intransponível à sua tentativa de legitimação da atividade jurisdicional, qual seja, a admissão em sua teoria de uma discricionariedade judicial forte acerca das divergências e possíveis respostas jurídicas diante da aplicação das normas de reconhecimento e daquilo que conceituou como a inevitável “textura aberta do direito”.

---

<sup>133</sup> DWORKIN, op. cit., p. 38-45.

<sup>134</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 136.

<sup>135</sup> DWORKIN, op. cit., p. 56.

<sup>136</sup> DWORKIN, op. cit., p. 109.

## 2.2 – A “textura aberta” de Hart: discricionarietà forte

Tratando sobre a linguagem comum adotada pelo direito na legislação e nos precedentes e a intransponível indeterminação linguística semântica dos textos, Hart afirma que no século XX já não se pode mais sustentar que as incertezas semânticas dos precedentes são maiores que as incertezas dos textos legais, uma vez que as situações de fato não podem ser previstas pelo legislador em sua totalidade, pois variam e surgem conforme a vicissitude da vida humana e social, pelo que a norma não pode se adiantar e demarcar os sentidos normativos sobre fatos e palavras, concluindo que:

“Não apenas no terreno das normas, mas em todos os campos da existência, há um limite, inerente à natureza da linguagem, para a orientação que a linguagem geral pode oferecer...(A palavra aqui usada, ‘veículo’, incluirá bicicletas, aviões, patins?)...Os cânones de interpretação não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las...Apresenta-se aqui algo como uma crise na comunicação: há razões tanto a favor quanto contra nosso emprego de um termo geral...Em tais casos, para esclarecer as dúvidas, quem quer que vá dirimi-las deve operar como que uma escolha entre alternativas abertas”<sup>137</sup>.

Mais precisamente sobre a noção de textura aberta do direito Hart assevera que o texto legal somente serviria como uma bússola duvidosa no apontamento da direção pretendida pelo legislador, uma vez que a própria linguagem exige uma atitude discricionária do intérprete, dada sua indeterminação de sentidos (abertura semântica) quando confrontada com um determinado fato, asseverando que:

“nesse ponto, cai por terra a sensação de que a linguagem da norma nos habilitará a simplesmente identificar exemplo facilmente reconhecíveis...a inclusão de um caso particular dentro de uma norma e a inferência de uma conclusão silogística já não caracterizam a essência do raciocínio envolvido em decidir qual é o procedimento correta...assim, a discricionarietà que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha...terão o que se tem chamado de textura aberta...a incerteza nas zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais em

---

<sup>137</sup> HART, op. cit., p. 163-165.

qualquer forma de comunicação referente a questões factuais...não devemos acalentar, nem mesmo como um ideal, a concepção de uma norma tão detalhada que a pergunta se ela se aplica ou não a um caso particular já tenha sempre sido respondida antecipadamente, sem nunca envolver, no momento de sua aplicação real, uma nova escolha entre alternativas abertas...em resumo, a necessidade dessa escolha nos é imposta porque somos homens, e não deuses...”<sup>138</sup>.

Neste contexto de abertura semântica precisa-se indagar a Hart, como o Poder Judiciário encontra o “produto final” na atividade jurisdicional, isto é, a decisão jurídica sobre a norma válida, que atingirá o cidadão em sua condição de particular, uma vez que o Judiciário monopoliza a atividade interpretativa que fica à espera de legitimação diante de sua autoridade coercitiva.

Em resposta Hart trouxe aquilo que chamou expressamente de necessária e forte discricionariedade judicial, defendendo inexistir respostas corretas no direito, deixando suspensa e obscurecida a legitimação da decisão jurídica, sic:

“Assim, a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha...Primeiro, não existe um método único para se determinar a norma derivada de certo precedente autorizado...Em segundo lugar, não se pode extrair dos casos decididos nenhuma formulação vinculante ou exclusivamente correta de qualquer norma...Em terceiro lugar, qualquer que seja a autoridade da norma derivada de um precedente, ela é compatível com o exercício dos dois seguintes tipos de atividade, criadora ou legislativa, por parte dos tribunais sujeitos a essa norma... a textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida pelas autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso...na Inglaterra, esse fato é muitas vezes obscurecido pelo formalismo verbal, pois os tribunais frequentemente desmentem essa função criadora e insistem em que a função adequada da interpretação jurídica e do uso do precedente são, respectivamente, buscar a intenção do legislador e fazer referência a direito já existente...”<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> HART, op. cit., p. 165.

<sup>139</sup> HART, op. cit., p. 175-176.

O conceito de direito de Hart, além de marcado pelo agulhão semântico (enunciados externos e internos como “pressupostos semânticos” das regras de reconhecimento), também se vê gravemente atingido pela discricionariedade judicial em sentido forte, porque não consegue se desvincular da ideia até então hegemônica na prática jurisdicional de uma atividade interpretativa como ato de escolha, de vontade ou de poder nas mãos de juízes, que devido a tradicional autoridade de seus cargos, devem, segundo Hart, sozinhos (solipsisticamente), escolher o sentido correto das palavras (dos textos legais) na definição dos direitos e obrigações (normatividade) em casos que lhes forem apresentados<sup>140</sup>.

Decorrendo daí, que o conceito de direito hartiano, apesar de considerar as complexidades apresentadas pela modernidade, não foi capaz de enfrentar o problema da discricionariedade judicial, sendo latente se tratar de uma teoria jurídica positivista, antidemocrática e que causa desequilíbrio entre os poderes estatais, eminentemente marcada pelo “ferrão semântico”, que viola compromissos constitucionais, ao deferir exclusividade ao poder judiciário para definir interpretativamente a criação do direito em cada caso concreto.

### 2.3 O Direito como Integridade de Dworkin

Na fase pós-positivista do Direito, desejada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, reconhece-se o surgimento de um novo estilo normativo ao lado das regras, os princípios<sup>141</sup>, que visam, sobretudo, possibilitar a correção normativa dos

---

<sup>140</sup> Hart afirma que “em outros sistemas ou outras épocas, talvez se deixe em aberto um número excessivo de coisas, a serem tratadas pelos tribunais como permanentemente passíveis de revisão em função dos precedentes, e que se respeitam muito pouco os limites que a linguagem legislativa, apesar de sua textura aberta, em última análise oferece”. HART, op. cit., p. 169.

<sup>141</sup> Pela orientação de Dworkin “podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos ‘o direito’ inclui, pelo menos, tanto princípios como regras”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 46-47. Trazendo a análise para a realidade brasileira, Barroso afirma que “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin”. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 330. Já Streck assenta que “...a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração do direito, porque, através dos princípios, passa

textos a partir da moral (crenças, convicções, preferências, etc.), dando para as demandas agora complexas, uma solução de compromisso jurídico à luz das exigências deste novo arquétipo estatal, supostamente responsável por criar e ao mesmo tempo possibilitar o equilíbrio da constante tensão entre democracia e constitucionalismo, como duas faces de um mesmo direito.<sup>142</sup>

Todo caso posto em discussão diante do Judiciário torna-se agora um caso difícil, porque regras devem ser avaliadas e iluminadas por algum princípio moral intrínseco ou extrínseco ao direito<sup>143</sup>. Para solvê-lo com legitimidade democrática e compromisso constitucional, dos juristas, principalmente do juiz, exige-se, portanto, os atributos de Hércules<sup>144</sup>, que deve ser democrático na busca pelo sentido normativo do texto (regras e

---

a canalizar para o âmbito das Constituições o elemento do mundo prático”. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 229.

<sup>142</sup> Sobre essa tensão Menelick de Carvalho Netto exemplifica que “Assim, em razão da nova concepção de igualdade e liberdade, novos direitos fundamentais surgiram. Igualdade e liberdade requerem agora materialização tendencial; não mais podemos nelas pensar sem considerar as diferenças, por exemplo, entre o proprietário dos meios de produção e o proprietário apenas de sua força de trabalho, o que passa a requerer a redução do Direito Civil, com a emancipação do Direito do Trabalho, da previdência social e mesmo a proteção civil do inquilino. Enfim, o lado mais fraco das várias relações deverá ser protegido pelo ordenamento e, claro, por um ordenamento de leis claras e distintas”. CARVALHO NETTO, Menelick de. **Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003, p. 13. Para Lênio Luiz Streck essa tensão ocorre porque “A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula dos tribunais ad hoc) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais”. STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147.

<sup>143</sup> Apesar de procedimentalista, Peter Häberle em muito contribui sobre a existência e importância de sentidos normativos de princípios extrínsecos ao direito positivado, defendendo em sua obra “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, uma concepção democrática na qual a interpretação não pode ser feita apenas por aqueles considerados intérpretes oficiais, mas também por todos os sujeitos que a vivenciam em sua realidade, ou seja, por todos os seus destinatários, que, através da prática cotidiana, preencherão o significado de suas normas, modelo no qual o cidadão não é mais entendido como um objeto ou destinatário da norma jurídica, mas sim como remetente ou sujeito constitucional; é o que Häberle denomina de sociedade aberta aos intérpretes. HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

<sup>144</sup> A ideia de interpretação construtiva do direito à cargo de um juiz Hércules é desenvolvida por Dworkin no capítulo VIII de “O Império do Direito”, mas já no prefácio da obra o autor lança a complexidade da questão e dá a resposta, igualmente complexa: “Como se explica isso? Como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?...o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de

princípios, “textura aberta”) e guardião da Constituição na efetivação de direitos fundamentais, aplicando o direito como um todo, em cada caso concreto.

A teoria do direito como integridade se erige, portanto, na defesa do Estado Democrático de Direito<sup>145</sup>, na busca da legitimação das decisões jurídicas e como resultado das críticas de Dworkin contra práticas jurisdicionais positivistas e decisionistas<sup>146</sup>.

Neste sentido, Dworkin defende que o Estado deve desenvolver ideais e compromissos políticos, capazes de criar uma estrutura legislativa e jurisdicional imparcial, equânime e confiável, consubstanciados em virtudes de equidade, justiça, devido processo legal adjetivo<sup>147</sup> e integridade.

A integridade, segundo Dworkin, é uma virtude que deve ser praticada pelo Estado tanto ao legislar, ou seja, ao criar o direito (dando coerência e sequência evolutiva ao acervo de princípios<sup>148</sup> que criam direitos e obrigações e constroem suas extensões e sentidos), quanto ao aplicar, isto é, decidir sobre direitos e obrigações, com o compromisso de que devemos tratar os casos e as pessoas semelhantes da mesma maneira, baseando a solução dos posteriores no mesmo princípio que resolveu os anteriores, exigindo que o “*governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus*

---

que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis. Segundo esse ponto de vista, a estrutura e as restrições que caracterizam o argumento jurídico só se manifestam quando identificamos e distinguimos as diversas dimensões, frequentemente conflitantes, do valor político, os diferentes fios entretecidos no complexo juízo segundo o qual, em termos gerais e após o exame de todos os aspectos, uma interpretação torna a história do direito a melhor de todas”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, Prefácio.

<sup>145</sup> Justamente por isso, Dworkin afirma ser ilusório o conflito entre constitucionalismo e democracia, por que seria baseado numa compreensão incorreta do que a democracia é, se fazendo necessária uma cautelosa apreciação e um maior entendimento sobre alguns possíveis conceitos e concepções de constitucionalismo e de democracia para que, assim, seja possível a constatação de sua inter-relação e co-originariedade, assim como entre o próprio direito e a moral. DWORKIN, Ronald. **Constitucionalismo e democracia**. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995, p. 2.

<sup>146</sup> A constatação de Dworkin é de que “as teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o ‘sentido’ – o propósito, objetivo ou princípio justificativo – da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelos menos nos detalhes, daqueles de outros juízes...juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias...de repente, o que parecia incontestável é contestado; uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma minoria ‘progressista’. Os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 110-112.

<sup>147</sup> Equidade é a virtude que deve criar procedimentos políticos-eleitorais capazes de distribuir o poder político entre eleitos e eleitores. A virtude Justiça deve garantir uma distribuição de recursos materiais e a proteção de liberdades civis de forma moralmente justificável, embora não necessariamente igualitária. Devido processo legal adjetivo é a virtude que garante aos cidadãos regras prévias, claras e imparciais acerca da aplicação das demais regras. DWORKIN, op. cit., p. 220.

<sup>148</sup> DWORKIN, op. cit., p. 203 e 213.

*cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns*<sup>149</sup>, asseverando que, *ipsis litteris*:

“A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos...a integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado...minha apresentação da integridade política assume a personificação com muito mais seriedade, como se uma comunidade política realmente fosse alguma forma especial de entidade, distinta dos seres reais que são seus cidadãos. Pior ainda, atribui influência e responsabilidade morais a essa entidade distinta”<sup>150</sup>.

Prosseguindo, o percuciente jurista afirma que, *sic*:

“O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade”.<sup>151</sup>

Especificamente quanto à integridade na jurisdição, como respeito à moralidade política estatal e ao princípio de igual tratamento e consideração de todos os casos submetidos ao Judiciário, Dworkin defende que o juiz deve decidir o que é a lei cumprindo a observância dos mesmos princípios vigentes na comunidade política, atribuindo-se ao passado um poder especial, concebendo ao direito um corpo único e não como decisões livremente motivadas por objetivos políticos, de governo ou pessoais do decisor, prelecionado que, *in verbis*:

---

<sup>149</sup> DWORKIN, op. cit., p. 201.

<sup>150</sup> DWORKIN, op. cit., p. 202. No mesmo sentido de uma integridade estatal, Menelick de Carvalho Neto sobriamente afirma que a vontade ilimitada da eventual e provisória maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia, aduzindo que somente aprendemos que o constitucionalismo é constitucional, se for democrático, e por isso, para proteger o indivíduo e as minorias, deve-se respeitar o que já foi construído pela sociedade e pelo direito, mesmo que isso custe o interesse de uma nova maioria. CARVALHO NETTO, Menelick de. **Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, dez. 2003, p. 15. Também partindo da premissa de que o estado promova uma democracia contínua e coerente, Michel Rosenfeld sustenta que a o constitucionalismo é hoje uma garantia argumentativa contra o autoritarismo, um limite às constituições positivas vigentes e, outrossim, às leis e decisões de ocasião. ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

<sup>151</sup> DWORKIN, op. cit., p. 267.

“...o princípio da integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido... explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, como nada além de um interesse estratégico pelo restante...O princípio da integridade na prestação jurisdicional nos oferece nossa terceira concepção do direito...o direito como integridade...”<sup>152</sup>.

A comunidade política de princípios ou personificada exige que as autoridades públicas adotem, expressem e sejam fiéis a princípios próprios da coletividade, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos.<sup>153</sup>

A comunidade de princípios seria, portanto, um modelo associativo no qual seus membros aceitam que são submetidos a princípios comuns (sejam estes morais ou políticos) e não apenas por regras oriundas de acordos políticos de determinada legislatura ou de governo, decorrendo daí que uma comunidade de princípios aceita a integridade como virtude jurisdicional, porque entende que isso pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra e deve ser tratada com igual consideração com bases nos princípios, ainda que isso gere ônus ao Estado ou à coletividade, por se tratar de compromisso democrático a defesa de direitos fundamentais, é o que Dworkin chama de autoridade moral da comunidade associativa, cujas decisões são questão de obrigação e não apenas de poder.<sup>154</sup>

Dos princípios morais comunitários reside forte argumento de Dworkin em favor da legitimação da decisão jurídica, já que na obra “Levando os Direitos à sério”, o jurista enfatiza a proibição de decisões jurídicas baseadas em poder ou argumentos políticos, partindo da distinção entre regras, princípios e políticas e entre jurisdição baseada em argumentos de política e argumentos de princípio<sup>155</sup>.

É que para Dworkin, diferentemente de Kelsen, o direito não resulta da análise de normas jurídicas que se dividem em regras ou princípios gerais do direito (trunfo para

---

<sup>152</sup> DWORKIN, op. cit., p. 204.

<sup>153</sup> DWORKIN, op., cit., p. 208.

<sup>154</sup> DWORKIN, op. cit., p. 258.

<sup>155</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 333.

decidir diante de lacunas) positivados na lei, mas de regras positivadas (rules) e de princípios morais ou políticos (principles e policies) que não são espécies do gênero norma e sim questões de fundamento, padrões normativos exteriores ao direito que, ao lado dos objetivos políticos, são utilizados na prática das decisões judiciais com pretensão corretiva dos textos jurídicos.<sup>156</sup>

As regras são as normas jurídicas propriamente ditas e escritas pelo direito legislado, positivo, e impõem direitos e obrigações, ou seja, obrigam, proíbem ou facultam condutas e bens às pessoas; são aplicadas ou refutadas integralmente, não havendo meio termo, como por exemplo, as que delimitam velocidade máxima nas rodovias, é o que Dworkin chama de “questão de tudo ou nada”<sup>157</sup>.

Os princípios, lado outro, seriam as afirmações de moralidade transcendentais às regras – normas jurídicas, não havendo regras expressas sobre sua aplicação ou validade, porque são pontos de vista ou convicções morais (crenças, desejos, preferências da comunidade e até mesmo objetivos políticos ou de governo) que adequam o caso concreto e à norma jurídica (ou à sua ausência), dando coerência e justificando a decisão; é o que acontece, por exemplo, quando regras se valem de palavras abertas e discricionárias como “boa-fé, função social, importante, razoável, etc.”.<sup>158</sup>

Do gênero princípios decorrem duas espécies - princípios morais (principles) e objetivos políticos ou de governo (policies), que embora não sejam padrões normativos, são padrões fáticos, utilizados nas decisões jurídicas<sup>159</sup>.

Os objetivos políticos são as escolhas ou intenções dos governantes eleitos (legislativo e executivo) sobre as áreas econômicas, sociais, saúde, meio ambiente, agrária, segurança pública, etc., representam, portanto, objetivos provisórios e de governo, passíveis de (re)orientação discricionária, conforme o que se entender por interesse público

---

<sup>156</sup> Tradução livre do original em inglês “Taking rights seriously” de Ronald Dworkin. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22. Igual afirmação de que a prática jurisdicional resulta da argumentação sobre elementos normativos externos ao direito também decorre da tradução livre de Stephen Breyer. BREYER, S. **Introduction: the “international” constitutional judge**. In: HERSHOVITZ, S. (Ed.). *Exploring law’s empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin*. New York: Oxford University Press, 2006. p. 1-4.

<sup>157</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24.

<sup>158</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 26.

<sup>159</sup> Dworkin adverte que “Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade...Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35-36.

em determinado momento, apesar de também servirem de argumento na prática jurisdicional.

Os princípios morais representam exigências públicas de justiça e equidade, sendo o cerne do direito como integridade e o fundamento de decisões jurídicas adequadas e justificáveis (legitimantes da coerção estatal de uma democracia)<sup>160</sup>, porque não considera o direito de modo instrumental e estratégico, mas o interpreta conforme seu melhor valor e sua maior virtude<sup>161</sup> de forma contínua e incondicional.

Fica evidente que não há hierarquia entre princípios e regras, já que os princípios estão em outra dimensão, que é a hermenêutica, da prática da interpretação. Os princípios, portanto, são as convicções que dirigem a interpretação das regras para se obter o melhor direito possível para cada caso.

Assim sendo, no pós-positivismo de Dworkin, o uso desses princípios não pode ser discricionário<sup>162</sup>, não podem ser resultado das convicções pessoais do juiz sobre o que seria um ideal de justiça para o caso, tampouco podem ser entendidos como opiniões subjetivas ativistas sobre políticas públicas do governo, já que estão tradicionalmente na comunidade, como convicções superiores de moralidade política, independente de uma legislatura, adjudicatura ou outra.

A (re)construção do direito a partir da integridade exige estabelecer um compromisso fundamental: renunciar a armadilha semântica do positivismo jurídico, que em nome da mera análise linguística, retira a moral do direito (do âmbito da interpretação) e a coloca em forma de discricionariade apenas na decisão jurídica, em favor de uma concepção hermenêutica, com olhos no passado (história jurídica, legislatura, democracia majoritária) e no futuro (projeto político constitucional, majoritário e contramajoritário).<sup>163</sup>

Arrematando, Dworkin assevera que para o direito como integridade, o Estado, via Legislativo e Judiciário, deve cumprir uma promessa, de que o direito somente será

---

<sup>160</sup> Simioni ressalta, portanto, que para Dworkin “a escolha da interpretação adequada é uma escolha política. Mas essa escolha não é política no sentido das análises semânticas do direito e sim política no sentido da coerência e integridade com o projeto político de uma comunidade baseada em princípios, baseada em convicções de moralidade política comuns”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 328.

<sup>161</sup> DWORKIN, op. cit., p. 165.

<sup>162</sup> Assim, discricionariade torna-se sinônimo de arbitrariedade, ou, nas palavras de Dworkin “É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 55.

<sup>163</sup> DWORKIN, op., cit., p. 44.

escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global<sup>164</sup>, fundado em princípios morais, de forma construtiva (para ser dinâmico e não conservador) e coerente (para ser imparcial e não radical), e não de forma criativa, aleatória, arbitrária e discricionária conforme o entendimento próprio de cada decisor ou tribunal, com objetivos pragmáticos ou políticos.<sup>165</sup>

O direito como integridade não se apresenta como uma teoria abstrata e atemporal sobre moralidade e justiça, mas é, porém, uma teoria interpretativa hábil e capaz de superar as práticas positivistas, na medida em que esclarece e vincula a decisão jurídica, como ferramenta democrática de construção de sentido normativo, ao conteúdo semântico que a própria comunidade fornece sobre as palavras (textura, moldura) das regras e princípios.

Logo, o princípio da integridade na jurisdição dá um novo papel ao juiz no Estado e no Direito<sup>166</sup>, logo na implementação do Estado Democrático de Direito e na (re)construção normativa dos textos legais e constitucionais (regras e princípios, positivos ou suprapositivos), visto que ao aceitar a integridade como virtude política e jurisdicional, a sociedade (via Judiciário), se transforma em uma comunidade forte e especial, promotora de uma autoridade moral capaz de assumir e justificar o monopólio da força coercitiva<sup>167</sup>, porque a integridade milita contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção oficial, democratizando e legitimando a decisão jurídica a partir da própria comunidade de princípios.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 258.

<sup>165</sup> Tanto é verdade que Dworkin defende que “o princípio da integridade na deliberação judicial, portanto, não tem necessariamente a última palavra sobre de que modo usar o poder de coerção do Estado. Mas tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz”. DWORKIN, op. cit., p. 263.

<sup>166</sup> Dworkin afirma que “o juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz”. DWORKIN, op. cit., p. 263.

<sup>167</sup> Dworkin afirma que um “Estado é legítimo se sua estrutura e suas práticas constitucionais foram tais que seus cidadãos tenham uma obrigação geral de obedecer às decisões políticas que pretendem impor-lhes deveres...um Estado que aceita a integridade como ideal político tem um argumento melhor em favor da legitimidade que um Estado que não a aceite...porque qualquer concepção deve explicar por que motivo o direito é a autoridade capaz de legitimar a coerção”. DWORKIN, op. cit., p. 232.

<sup>168</sup> DWORKIN, op. cit., p. 228.

## 2.4 Romance em cadeia e a (re)construção do Direito: respostas corretas?

Neste estágio da evolução estatal impossível legitimar decisão jurídica e a jurisdição do Estado Democrático de Direito a partir da tese normativista de interpretação linguística do direito de Kelsen ou Hart, já que a ideia de pureza normativa e segurança jurídica pelo esgotamento das possibilidades de soluções jurídicas complexas por meio da atividade legislativa, somente produz textos e mais textos, cuja moldura normativa e semântica produzida pelo positivismo<sup>169</sup> sempre exigirá ou deixará espaços à atuação do intérprete – que dará a normatividade conforme sua própria moral, já que nem mesmo a norma fundamental, por ser geral e abstrata, é capaz de delimitar e legitimar ontologicamente a produção das decisões jurídicas<sup>170</sup>.

Assim, nos dizeres de Dworkin:

“o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito...já que o princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada...segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.<sup>171</sup>

Neste particular Dworkin explica que existe uma cadeia do direito, assim como há uma cadeia no romance literário, sustentando que interpretar é explicar o melhor propósito de um texto, o que é diferente de supostamente descobrir e revelar a intenção – em relação

---

<sup>169</sup> Como explica Rafael Tomaz de Oliveira “Para Dworkin essa concepção é enganadora visto que o que é incompleto não é o direito, mas a imagem que dele produz o positivismo jurídico”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 176.

<sup>170</sup> Válido relembrar através de Miguel Reale que “a concepção kelseniana redonda em um monismo normativista, do ponto de vista da atividade jurisprudencial. Consiste essa doutrina em dizer que para o jurista a realidade não pode ser vista a não ser como um sistema de normas que se concatenam e se hierarquizam. Todo mundo jurídico não é senão uma seqüência de normas até atingir, sob forma de pirâmide, o ponto culminante da norma fundamental, que é ‘condição lógico-transcendental’ do conhecimento jurídico”. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 476.

<sup>171</sup> DWORKIN, op. cit., p. 272.

ao passado (convencionalismo) ou a vontade – em relação ao futuro (pragmatismo), mas é justamente fazer acréscimos coerentes na história observada – tradição.<sup>172</sup>

Sobre o romance em cadeia direito, Dworkin afirma que o juiz deve decidir como:

“um parceiro em um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz hoje. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque ele tem uma responsabilidade de fazer avançar o empreendimento que tem em mãos e não partir para alguma nova direção”.<sup>173</sup>

Ser pós-positivista na (re)construção do direito, exige do jurista respeitá-lo como o recebeu e, até onde seja possível, respeitar o que seus sucessores poderão acrescentar, como se o “romance” (diga-se, o direito construído pela decisão jurídica), fosse obra de um único autor, e não como produto de muitas mãos jurisdicionais diferentes e desordenadas, arbitrárias e discricionárias<sup>174</sup>.

Logo, a interpretar construtiva extirpa do juiz o ocultismo e decisionismo na atribuição de sentido ao texto legal e constitucional (como definir sozinho o que é certo, melhor, desejável ou agradável para cada ou para todas as pessoas), sob pena ruptura da cadeia ou sequencia, apresentando uma interpretação ou continuidade ruim da obra, que é indesejada ou desagrada o leitor (jurisdicionado, sociedade e comunidade personificada como remetente e destinatária das normas).<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> Sobre a conduta do juiz, Dworkin defende que deve ser como a de romancistas em cadeia, onde “cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”. DWORKIN, op. cit., p. 275-276.

<sup>173</sup> DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2000, p. 159-160.

<sup>174</sup> Segundo Dworkin cabe ao judiciário “interpretar a história do direito que encontra, não inventar uma história melhor”, conforme nossa tradução do original “A matter of principle” de Dworkin. DWORKIN, op., cit., p. 159-160.

<sup>175</sup> Dworkin não rejeita que o juiz sofra influências de suas convicções pessoais na atividade interpretativa, porém condiciona a decisão jurídica a um controle coercitivo do próprio texto analisado a partir da moralidade política e conjunto de princípios comunitários, uma vez que “a fantasia do romance em cadeia será útil de diversas maneiras nesse último argumento, mas essa é a lição mais importante que tem a ensinar. A sábia opinião de que nenhuma interpretação poderia ser melhor deve ser conquistada e defendida como qualquer outro argumento interpretativo”, com o que o jurista revela seu entendimento de que a integridade no direito e a interpretação construtiva não permitem uma única resposta correta, já que, tratando de Hércules, “não devemos supor que suas respostas às várias questões que se lhe apresentam definem o direito como integridade como uma concepção geral do direito. São as respostas que, no momento, me parecem as melhores. Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele às perguntas colocadas por essa concepção de direito”

E mais: Dworkin atribui ao juiz do Estado Democrático de Direito, se comprometer invariavelmente com a integridade na jurisdição, exigindo do mesmo que decida os casos conforme essa complexa estrutura de interpretação jurídica, apesar de considerar tais atribuições como “sobre-humanas”, típicas de Hércules.<sup>176</sup>

Mas dentro do máximo e melhor possível, a integridade deve ser a regra<sup>177</sup>, com o que pede aos juízes que se submetam a essa estrutura coerente de princípios sobre justiça, equidade e o devido processo legal adjetivo e, enfim sobre direitos e obrigações, e os aplique nos novos casos que surjam, tornando a resposta jurídica a melhor possível para aquela pessoa ou situação, segundo as mesmas normas da comunidade de princípios, por quais autoridade foram determinadas no passado, em quais circunstância, etc.

Isso implica, frise-se, na vedação de que juízes tomem decisões com base em argumentos de política, mas somente em princípios de moralidade pública, seja por ocupar posição diversa do legislador, seja por terem o compromisso de apresentar argumentos democráticos, constitucionalmente adequados, capazes de legitimar a conclusão de que as partes realmente têm ou não direitos e deveres na época em que agiram no passado e que isso possa fomentar, com vistas no futuro, o projeto nacional.<sup>178</sup>

Desta forma o direito como integridade coloca o juiz e sua decisão à prova da rede de decisões políticas e jurídicas da comunidade, legitimando-a, ou não, como parte integrante de uma teoria coerente e justa como um todo.

A identificação dos princípios que compõem a tradição jurídica da comunidade política e compõe as cadeias do romance, se dá através da argumentação, substancialista<sup>179</sup>, no sentido de encontrar e expor razões de ser objetivas de regras e decisões jurídicas que melhor fundamentam e justificam dos direitos e obrigações, enfim, as práticas jurídicas dentro e fora dos tribunais.

A partir de uma rede coerente e objetiva de princípios, pode-se falar em uma resposta jurídica como a melhor possível, logo como a única correta para aquela pessoa ou caso, naquele local e momento, diferentemente do que defendiam os positivistas nas

---

e assim entendendo a interpretação construtiva do direito, o jurista “não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa”. DWORKIN, op. cit., p. 284-287.

<sup>176</sup> DWORKIN, op. cit., p. 287.

<sup>177</sup> Dworkin afirma que um “Estado que aceita a integridade como ideal político tem um argumento melhor em favor da legitimidade que um Estado que não a aceite...porque qualquer concepção deve explicar por que motivo o direito é a autoridade capaz de legitimar a coerção.” DWORKIN, op. cit., p. 232.

<sup>178</sup> DWORKIN. Op. cit., p. 230.

<sup>179</sup> Pela nossa tradução do original em inglês “Taking rights seriously” de Ronald Dworkin, este afirma que “saber se um princípio é um princípio da comunidade nesse sentido é uma questão de argumentação”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 79.

análises linguísticas e semânticas, missão essa à cargo de Hércules<sup>180</sup>, já que atingir tal objetivo não é uma questão metodológica ou procedimental, mas de hermenêutica política.<sup>181</sup>

Assim sendo, respostas igualmente possíveis e aceitáveis não significam serem igualmente corretas<sup>182</sup>, uma vez que pelo direito como integridade é possível identificar a única decisão jurídica legítima, resultado do melhor ponto de vista<sup>183</sup> da moral política, da estrutura das instituições, que honra as convicções da comunidade no espaço e tempo<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> Discorrendo sobre a única resposta correta a ser encontrada pelo juiz do tipo Hércules de Dworkin, Simioni preleciona que apesar de difícil tarefa, esta dever ser a regra e o compromisso do Juiz, já que “Hércules é um juiz que está no Olimpo. E como tal, ele encontra a resposta certa do direito, na virtuosidade de sua força, coragem e integridade em afirmar e justificar os direitos, mesmo que contrariando os objetivos políticos de um governo democrático...a idealidade do juiz Hércules não significa, contudo, que a proposta de hermenêutica política e construtiva de Dworkin não tenha aplicação prática ou que essa aplicação seja exageradamente difícil. Muito pelo contrário...”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 330.

<sup>181</sup> “Não tenho em vista um algoritmo para o tribunal”, que pela nossa tradução é a afirmação de Dworkin para sustentar que a resposta certa no direito não segue um programa prévio para cada caso, mas sim uma teoria política convincente, uma concepção hermenêutica de interpretação jurídica solidificada em princípios de moralidade política comunitária identificados pelo intérprete. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 412.

<sup>182</sup> Simioni alerta que o direito como integridade critica o direito positivista, porque neste “quando a interpretação de adequação apresenta duas ou mais interpretações aceitáveis, haveria uma escolha política do juiz baseada em suas convicções pessoais que o direito deveria ser – e não do que ele é – e essa seria a resposta correta”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba, Juruá, 2014. p. 393.

<sup>183</sup> Conjugação do “melhor ponto de vista” aqui, que encontra a melhor, por isso a única decisão jurídica correta, é uma forma simples de dizer “interpretação”, que para Dworkin “é um empreendimento, é uma instituição pública...empreendimento político, cuja finalidade geral...é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre cidadãos e entre eles e seu governo”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 153.

<sup>184</sup> DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 227.

### III - O PAPEL DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

O Estado Moderno, como já abordado, transformou-se diante de movimentos sociais, superando as noções anteriores de Estado Liberal e Social de Direito para, finalmente, assumir um novo modelo que remete a um tipo de Estado que explicita na Constituição compromisso de transformar sinceramente o modo de produção capitalista liberal e inflexível para uma organização social equilibrada, dando passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real e, principalmente com o apoio ativo do Judiciário – que assume novas funções institucionais e estatais, a uma sociedade capaz de atingir níveis superiores e reais de igualdade<sup>185</sup>.

Contemporaneamente, as problemáticas da ilegitimidade das decisões jurídicas, de supostas posturas jurisdicionais pós-positivistas e da (re)construção democrática e constitucional do direito da sociedade brasileira, revelam-se cada vez mais latentes, merecendo especial atenção dos juristas e da sociedade a prática jurisdicional de órgãos singulares (magistrados), colegiados (Tribunais de Justiça) e especialmente do Supremo Tribunal Federal (corte de jurisdição constitucional).

A questão deságua, portanto, sobre o ativismo judicial, suas facetas e a discricionariedade das decisões jurídicas vem ganhando maior preocupação a partir de decisões envolvendo casos de relevância e publicidade nacional<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 53.

<sup>186</sup> Importantes casos e decisões puseram a comunidade jurídica e a sociedade em franco debate sobre o papel e limites do Judiciário Brasileiro no Estado Democrático Brasileiro, como na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF nº 132, onde o STF, substituindo o poder legislativo reconheceu, até mesmo *contra legem* (art. 226, incisos da Constituição), as relações homoafetivas como entidades familiares; a decisão que liberou a chamada “Marcha” pela legalização do uso da maconha (ADI nº 4.274, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23/11/2011), valendo ressaltar a fala do Ministro Luiz Roberto Barroso sobre a questão do uso e porte de drogas, em contrariedade ao art. 28 da Lei 11.343/06, para o qual, falando em nome do STF, “a gente deve legalizar a maconha. Produção, distribuição e consumo. Tratar como se trata o cigarro, uma atividade comercial. Ou seja: paga imposto, tem regulação, não pode fazer publicidade, tem contrapropaganda, tem controle. Isso quebra o poder do tráfico. Porque o que dá poder ao tráfico é a ilegalidade. E, se der certo com a maconha, aí eu acho que deve passar para a cocaína e quebrar o tráfico mesmo”. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/sociedade/ministro-do-stf-defende-legalizacao-de-drogas-para-reduzir-numero-de-presos-20860434>. Acessado em 23.04.2017. Também fomentaram debates a decisão do STF que afirmou ser constitucional a incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados e pensionistas (ADI nº 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004); que julgou inconstitucional a chamada “cláusula de barreira”, que restringia direitos aos partidos políticos sem expressão (ADI nº 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7/12/2006); autorizou a greve no serviço público (MI n] 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007); que declarou constitucional lei que dava passe livre para deficientes no transporte coletivo (ADI nº 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8/5/2008); que vedou o nepotismo

Para o que nos interessa neste trabalho, analisaremos como se comportou o STF no julgamento de habeas corpus sobre o art. 5º, LVII da Constituição (presunção de inocência) e a imediata execução da pena após decisão condenatória de 2º grau, antes mesmo do seu trânsito em julgado perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

No habeas corpus nº 126.292<sup>187</sup>, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o STF, pela maioria de votos (07), entendeu, em fevereiro de 2016, que o próprio texto da Constituição admite a prisão do condenado após a decisão em segundo grau, independentemente do seu trânsito em julgado<sup>188</sup>. Na oportunidade ficaram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Tratou-se de importante e curiosa reviravolta jurisprudencial, já que desde 2009, após o julgamento do habeas corpus nº 84.078, vigia na Corte o entendimento de que o art. 5º, LVII, da Constituição, que consagra o princípio da presunção de inocência, impedia a execução da pena pela simples confirmação da sentença condenatória em segundo grau.

Assim, o STF retomou a jurisprudência que vigorou desde a promulgação da Constituição até o ano de 2.009, que a execução das penas neste contexto não ofende o princípio da presunção de inocência, de cujos votos dos Ministro, exsurtem fundamentos totalmente diversos, delineados por argumentos supostamente jurídicos, mas

---

nos três Poderes (Súmula vinculante nº 13, aprovada na Sessão Plenária de 21/08/2008); que determinou a fidelidade partidária (ADI nº 3.999 e ADI nº 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12/11/2008,); que autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29/5/2008); que decidiu pela demarcação contínua da área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, a ser ocupada apenas por grupos indígenas (Pet nº 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009); que sentenciou pela inexigibilidade de diploma para o acesso e exercício da profissão de jornalista (RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17/6/2009); que declarou constitucional a “Lei da Ficha Limpa” (ADC nº 29; ADC nº 30 e ADI nº 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16/2/2012); que autorizou a interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012); que considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais (ADPF nº 186, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26/04/2012) e sociais (RE nº 597285 com repercussão geral, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 05/05/2012) para seleção de estudantes em Universidades, dentre outras.

<sup>187</sup>

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC-ED&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acessado em 10.09.2017. Assim ementado: “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”.

<sup>188</sup> Mas o texto constitucional diz expressamente em seu art. 5º, LVII que “...ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória...”.

especialmente morais e políticos, com forte discricionariedade na eleição de sentidos normativos de textos legais e sopesamento, valoração e ponderação de princípios.

Tal prática jurisdicional, para Dworkin, resulta de um equívoco político e jurisdicional do Juiz/Tribunal, já que o jusfilósofo norte-americano ressalta que, apesar de os princípios serem as afirmações de moralidade transcendentais às regras, porque são pontos de vista ou convicções morais (crenças, desejos, preferências da comunidade e até mesmo objetivos políticos ou de governo) que adequam o caso concreto e à norma jurídica (ou à sua ausência), dando-lhe coerência e justificando a decisão, haveria vedação para a indiscriminada eleição e utilização de princípios na argumentação jurídica.

Neste ponto válido lembrar que, para o jurista, do gênero princípios decorrem duas espécies - princípios morais (*principles*) e objetivos políticos ou de governo (*policies*), que embora não sejam padrões normativos, são padrões fáticos, utilizados nas decisões jurídicas; ressalta que os objetivos políticos são as escolhas ou intenções dos governantes eleitos (legislativo e executivo) sobre as áreas econômicas, sociais, saúde, meio ambiente, agrária, segurança pública, etc., e representam, portanto, objetivos provisórios e de governo, passíveis de (re)orientação discricionária, conforme o que se entender por interesse público em determinado momento, apesar de equivocadamente também servirem de argumento na prática jurisdicional.

Os princípios morais, lado outro, representam exigências públicas de justiça e equidade, sendo o cerne do direito como integridade e o fundamento de decisões jurídicas adequadas e justificáveis (legitimantes da coerção estatal de uma democracia), porque não considera o direito de modo instrumental e estratégico, mas o interpreta conforme seu melhor valor e sua maior virtude de forma contínua e incondicional<sup>189</sup>.

E é por isso que, pelas suas mesmas lições, tal postura interpretativa e jurisdicional é severamente criticada por Dworkin, que sustenta que o uso desses princípios não pode ser discricionário<sup>190</sup>, não pode ser resultado das convicções pessoais do juiz sobre o que seria um ideal de justiça para o caso ou para a sociedade, tampouco podem ser entendidos como opiniões subjetivas ativistas sobre políticas públicas de governo ou para agradar a

---

<sup>189</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35-36.

<sup>190</sup> Assim, discricionariedade torna-se sinônimo de arbitrariedade, ou, nas palavras de Dworkin, “é o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 55.

maioria<sup>191</sup>, já que os princípios estão tradicionalmente na comunidade, como convicções superiores de moralidade política, independente de uma legislatura, adjudicatura ou outra; sustentando a interpretação jurídica como uma concepção hermenêutica, com olhos no passado (história institucional dos direitos e obrigações, jurisprudência, legislatura, democracia majoritária) e no futuro (projeto político constitucional, contramajoritário).<sup>192</sup>

Trazendo a pesquisa para o Brasil dos dias de hoje, o debate do papel e limites do Judiciário Brasileiro vem ganhando especial atenção com a notoriedade e desdobramentos jurisdicionais da famigerada “Operação Lava Jato”<sup>193</sup>, na qual se argui teriam havidos abusos e ilegalidades por parte do próprio Juiz de Direito, Sérgio Moro, na condução dos processos, no afã de perseguir investigados e romper com a impunidade na corrupta política brasileira<sup>194</sup>.

O cenário político-jurisdicional no Estado Brasileiro é tão delicado que indicado ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente interino Michel Temer, o jurista Alexandre de Moraes contemporizou aos senadores durante sua sabatina em fevereiro de 2017, criticando o ativismo judicial, afirmando que o Judiciário não pode substituir o Legislativo, acenando aos parlamentares pretensa resignação jurisprudencial e

---

<sup>191</sup> Simioni ressalta, portanto, que para Dworkin “a escolha da interpretação adequada é uma escolha política. Mas essa escolha não é política no sentido das análises semânticas do direito e sim política no sentido da coerência e integridade com o projeto político de uma comunidade baseada em princípios, baseada em convicções de moralidade política comuns”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 328.

<sup>192</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 165.

<sup>193</sup> Operação da Polícia Federal deflagrada no ano de 2009 para investigar atos de corrupção envolvendo o doleiro Alberto Youssef, políticos e refinarias brasileiras, se tornou nacionalmente conhecida no ano de 2014, com a descoberta de esquema de corrupção em torno da Petrobrás (empresa de capital aberto cujo maior acionista é o governo brasileiro), políticos e empreiteiras (Odebrecht, OAS, Camargo Correa, dentre outras) e a prisão de dezenas de políticos, exigindo força-tarefa envolvendo várias instituições públicas (polícia, ministério público, receita e poder judiciário federais), fixando a competência jurisdicional na 13ª Vara Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Curitiba, Paraná, por força de prevenção a outros procedimentos investigativos, dando notoriedade ao Juiz Federal Sérgio Moro. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/>. Acessado em 07.09.2017.

<sup>194</sup> Setores da mídia e da sociedade civil, comentaristas, juristas e advogados de réus na Operação, tem sustendo ilegalidade de escutas telefônicas – grampos, entre políticos, empresários e outros investigados, além de decisões, prisões e condenações supostamente não fundamentadas, manobras para manter a competência da 13ª Vara Federal em Curitiba-PR para julgamento de fatos relacionados à Operação, imparcialidade do Juiz Sérgio Moro, pressão de investigados para acordos de “colaboração premiada” – Lei 12.850/2013, etc. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jan-24/supremo-trf-apontam-18-erros-moro-lava-jato>. Acessado em 10.09.2017. <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/04/03/documentos-indicam-grampo-ilegal-e-abusos-de-poder-na-origem-da-lava-jato.htm>. Acessado em 10.09.2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/307358316/mpf-reconhece-incompetencia-de-moro-para-julgar-fatos-da-operacao-lava-jato>. Acessado em 10.09.2017. Disponível em: <http://luzflaviogomes.com/moro-fez-investigacao-e-grampo-ilegais-diz-uol-quais-as-chances-de-anular-toda-a-lava-jato-as-labaredas-do-inferno-ja-ardem/>. Acessado em 10.09.2017. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/04/03/documentos-indicam-grampo-ilegal-e-abusos-de-poder-na-origem-da-lava-jato.htm>. Acessado em 10.09.2017.

normativa diante das recorrentes queixas de congressistas, juristas e da população de que o Judiciário estaria “legislando” indevidamente.

Moraes alegou que, se a atuação do STF for muito acentuada, surge um embate com o Congresso, que pode gerar uma “guerrilha institucional” sem ninguém para arbitrar o conflito entre poderes<sup>195</sup>; seu nome foi aprovado, ocupando desde março de 2017 cadeira no STF<sup>196</sup>.

Dáí pergunta-se, qual o seu papel e como deve decidir o Judiciário Brasileiro diante de compromissos, direitos e garantias fundamentais estribados num pacto constitucional democrático?

Lênio Streck adverte que, *in verbis*:

“Há uma principiologia constitucional que garante a continuidade da democracia, mesmo que os princípios não tenham visibilidade ôntica. Ora, o direito possui uma dimensão interpretativa. Essa dimensão interpretativa implica o dever de atribuir às práticas jurídicas o melhor sentido possível para o direito de uma comunidade política. A integridade e coerência devem garantir o DNA do direito nesse novo paradigma. Para ser mais claro: quero dizer com isso que, em última *ratio*, levando em conta as inexoráveis possibilidades de o Parlamento aprovar leis ou emendas constitucionais “de ocasião” (inconstitucionais), a jurisdição constitucional deve se constituir na garantia daquilo que é o cerne do pacto constituinte de 1988! Entretanto – e esse é motivo pelo qual defendo uma Teoria da Decisão – isso não depende (e não pode depender) da visão solipsista (consciência individual) de juízes ou Tribunais”.<sup>197</sup>

A crítica lançada por Streck contra equívocos da jurisdição ataca, na verdade, o problema da discricionariedade das decisões judiciais, como elemento essencial do positivismo normativista de Kelsen a Hart e das teorias principiológicas ditas pós-positivistas, engendradas pelo Judiciário brasileiro.<sup>198</sup>

Logo, da “moldura” à “textura aberta”, o modelo de regras positivistas ainda não foi superado pela recepção acriteriosa de novas teorias e práticas argumentativas no Brasil,

<sup>195</sup> Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/ativismo-judicial-precisa-ser-explicado-dizem-juristas-sobre-defesa-de-moraes-20961427>. Acessado em 07.09.2017.

<sup>196</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338781>. Acessado em 07.09.2017.

<sup>197</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 398.

<sup>198</sup> STRECK, op. cit., p. 398.

embasadas em técnicas procedimentais de sopesamento e valoração de princípios, já que reproduzem o ocultamento e subjetivismo na produção de sentido normativo.

Tanto é verdade que, Streck preleciona que, *ipsis litteris*:

“De registrar, entretanto, que a herança Kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje, e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, só que sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica. Com efeito, a teoria da argumentação alexyana – tese que, reconheça-se, mais rem sido utilizada em dissertações, teses e decisões judiciais na tentativa de solucionar os dilemas destes tempos pós positivistas em *terrae brasilis* – não consegui fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a discricionariedade. Além disso, não se percebe nas decisões judiciais uma coerência na sua utilização. Na verdade, não há uma decisão judicial que tenha aplicado a esquematização constante da tese alexyana”.<sup>199</sup>

A mudança radical do entendimento normativo pelo STF sobre o significado de um texto de lei ou da Constituição (conteúdo semântico, valor, direitos e obrigações), como no caso da imediata execução de pena pela condenação em 2º grau - habeas corpus nº 126.292, ao arrepio do que antes o próprio Tribunal entendia sobre presunção de inocência e trânsito em julgado (como institutos jurídicos dotados de história e tradição), revela grave problema de discricionariedade no poder dos Juízes e imaturidade institucional, já que muitas vezes exercem verdadeiros e ilegítimos atos de vontade sobre o conteúdo ou valor de um texto ou princípio (subjetivismo, solipsismo)

O Judiciário, em qualquer instância (juízos monocráticos de primeira instância ou colegiados, Tribunais, etc.) ou assunto (constitucional, controle concentrado ou difuso ou infraconstitucional), se vale de princípios morais sem nenhuma integridade interna (com o próprio órgãos julgador), com o direito ou com a comunidade política (tradição), bem como lança mão de argumentos políticos ou de governo para decidir (diante da sensação de impunidade, alta criminalidade e insegurança pública – clamor social, afasta-se a presunção de inocência – direito fundamental individual, para desde já prender, mesmo ainda cabendo absolvição), ora a favor, ora contra a lei e a Constituição, em posturas fortemente

---

<sup>199</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 412-413.

decisionistas e discricionárias, típicas de paradigmas jurídicos que pretende vencer (positivismos), mas acaba por reforçar.

Tal realidade jurisdicional, pós-positivismo jurídico “à brasileira”, em pleno século XXI, denota a atualidade do debate entre Hart e Dworkin, e a necessidade de superação do positivismo jurídico (que se reproduz sob novas roupagens, teses principialistas, teorias discursivas, etc.), para se permitir a legitimação da produção de sentido normativo e o equilíbrio da tensão entre constitucionalismo e democracia.

### **3.1 Constitucionalismo e democracia: uma tensão necessária**

Não se trata propriamente de um problema imposto à sociedade brasileira a existência de uma constante tensão (disputa) entre a Constituição e a democracia representativa que ela mesma consagra, muito ao contrário, como se verá; contudo não se ignora que o cenário apresenta, de fato, um aparente paradoxo, afinal, se a Constituição de 1.988 explicita como fundamento do próprio Estado Republicano Brasileiro o modelo político democrático, com soberania popular, porque impõe regras e mecanismos jurisdicionais que obstam mudanças e as decisões administrativas e legislativas dos eleitos?<sup>200</sup>

Ora, o pacto constitucional nasce como resultado da tripartição dos poderes, da dissolução do absolutismo monárquico com a pulverização das tomadas de decisões coercitivas e, ao mesmo tempo, como forma de contenção do poder da maioria; é um desenho jurídico-político feito pela maioria (majoritário), contra si mesma (contramajoritário), justificando-se em constantes violações de direitos fundamentais no

---

<sup>200</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: ...; § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais...”. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; ...”.

passado, bem como promessas modernas de liberdade, igualdade e solidariedade até então descumpridas<sup>201</sup>. A tensão é, portanto, a essência do constitucionalismo, como dinâmica jurídico-política criada pelo próprio Estado Democrático de Direito.<sup>202</sup>

Para Lenio Streck esta tensão é saudável e necessária, não representando um contrassenso ou contradição de propósitos, porque haveria equívoco de entendimento sobre o conceito clássico de democracia majoritária - como governo da maioria e democracia constitucional<sup>203</sup>, já que esta pressupõe justamente uma defesa de direitos fundamentais individuais ou de minorias, desejada e implementada pela própria maioria (poder constituinte originário).<sup>204</sup>

A jurisdição constitucional, seja no modelo concentrado ou difuso, é mecanismo criado pela democracia majoritária instituidora do projeto nacional, que vai mais além de criar limites formais ao produto legislativo da maioria do momento (representada pelos congressistas), representando a possibilidade de efetivação do núcleo político essencial deste projeto, objetivos estes registrados na Constituição.<sup>205</sup>

A evolução do Estado Moderno, que passou pelo Estado de Direito (Liberal ou Social), com a submissão do poder político à lei (direito), chegou ao Estado Constitucional, este como corolário de submissão da lei (direito) ao poder político, doravante entendido como projeto constitucionalmente estabelecido como condição de possibilidade da própria democracia; novo paradigma, no qual mecanismos contramajoritários exerçam a função de promover as promessas democráticas da modernidade (direitos prestacionais, proibição de

---

<sup>201</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 47.

<sup>202</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2017, p. 111. Aqui é válido lembrar as antigas, porém desde sempre pertinentes, lições de Elias Díaz, para o qual, citado por Streck, o qualificativo “democrático” vai além de reduplicação das exigências e valores do Estado Social de Direito, mas amplia poderes político e jurisdicionais para garantia de direitos e liberdade fundamentais, servindo de mecanismo de modificação em profundidade da economia e sociedade, bem como do sistema de produção e distribuição de bens. STRECK, op., cit., p. 54.

<sup>203</sup> STRECK, op. cit., p. 113.

<sup>204</sup> Encontra-se em Dworkin, a mesma explicação, que pretende desmistificar a noção de conflitos de interesses entre jurisdição constitucional e democracia, consignando que “a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2.000, p. 80 e segs.

<sup>205</sup> “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

retrocessos sociais, contra ditadura de maiorias, livre iniciativa com planificação social, etc.).<sup>206</sup>

Essa “nova democracia” – democracia constitucional, que não impõe a vontade da maioria em quaisquer circunstância, além de tentar proteger o presente dos erros do passado, tem pretensão de fomentar a evolução da sociedade no futuro, tornando o sistema político mais justo, calcado em valores humanos norteadores do exercício do poder (seja este legislativo, executivo ou jurisdicional).<sup>207</sup>

A questão é bem sintetizada por Streck, ao consignar que:

“A Constituição é uma invenção destinada à democracia exatamente porque possui o valor simbólico que, ao mesmo tempo em que assegura o exercício de minorias e maiorias, impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro. Esta, aliás, é a sua própria condição de possibilidade”.<sup>208</sup>

A (necessária) tensão intencionalmente assim posta e entendida, desloca o problema para outra instância, qual seja, o tipo de justiça constitucional que o Brasil tem experimentado e como tem sido feito o controle da tensão entre poder majoritário e mecanismos contramajoritários, o que remete a discussão, necessariamente, ao papel do Judiciário, o poder institucional dos juízes e a prática jurisdicional.

Isso fica evidente quando a Constituição de 1.988 chama o Judiciário a participar ativamente da implementação dos direitos fundamentais, dada a histórica omissão dos demais poderes estatais, cuja colocação do direito público na órbita do liberalismo clássico, implicou na abertura à participação da Justiça Constitucional, sem se esquecer que a própria democracia é um dos direitos fundamentais que se pretende permanente.

Tanto é verdade que Streck alerta que:

---

<sup>206</sup> Lenio Streck adverte 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...”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 398.

<sup>207</sup> Tradução livre da obra em espanhol de Stephen Holmes. HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2.003, p. 243.

<sup>208</sup> STRECK, op. cit., p. 113.

“Uma democracia se consolida quando todos os Poderes da República apreendem que a Constituição é a explicitação do contrato social e o estatuto jurídico do político”.<sup>209</sup>

Mas o Juiz não é agente estatal eleito pelo povo, não pode legislar (positivamente), não faz parte de sua tradição institucional dialogar democraticamente sobre o conteúdo da lei, senão aplicar o direito posto pelo legislativo, motivo pelo qual o processo interpretativo do texto legal e constitucional, dentro do paradigma (re)desenhado no Brasil pós 1.988, confronta o Judiciário em seu papel e capacidade de lidar com tantas variáveis.

Decorrendo daí o motivo dos frequentes ataques às posturas ativistas (como monopólio, “palavra final”, sobre a normatividade das leis e conteúdo dos direitos e obrigações trazidas pelos textos legais e Constitucional), ao desconstituir decisões políticas e atos normativos dos demais poderes, que, em tese, comprometeriam as bases da democracia representativa, apontando para um retrocesso político, típico dos tempos pré-modernos de concentração do poder.

É nesse contexto, que surgem os dois grandes eixos analíticos da tensão, o procedimentalismo e o substancialismo, que merecem ser revolvidos neste momento, já que propõem caminhos ou papéis diferentes à jurisdição constitucional e ainda não foram enfrentados pelo Judiciário brasileiro.

Conquanto ambos, procedimentalistas e substancialistas, vejam no Judiciário a função estratégica de fomentar a democracia constitucional, divergem sobre como fazê-lo.

Capitaneando a tese procedimentalista, Habermas sustenta o papel secundário do Judiciário na produção do sentido normativo constitucional, defendendo lhe tocar somente garantir meios (procedimentos) seguros e justos de discursos, nos quais caberá à legislação política e aos participantes do debate a função central, com o que obstaria o autoritarismo judicial, o desânimo cívico e social e o enfraquecimento da democracia representativa.

John Hart Ely, também pelo procedimentalismo, enfatiza que agir democraticamente, defendendo este acordo fundamental, exige do Judiciário não preencher o espaço de interpretação com juízos de valores morais.

Em doutrina diametralmente oposta, Dworkin, pelo substancialismo, consegue definir o papel do Judiciário como sendo responsável pela construção interpretativa do direito, partindo do reconhecimento de princípios morais que fecham a análise, que deve,

---

<sup>209</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 398.

necessariamente, girar em torno do acervo já existente na comunidade política personificada - tradição, garantindo assim, a proteção do direito, mas igualmente da democracia - integridade

Neste particular Streck, na mesma linha de Dworkin, ressalva que:

“O modelo substancialista que, em parte venho subscrevendo (com uma forte dimensão hermenêutica e, portanto, antidecisionista e antiativista), trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social...consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial a justiça constitucional), passe a ter um papel de relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional...Dito de outro modo, na esteira das teses substancialistas, entendo que o Poder Judiciário deve assumir uma postura diferenciada, longe da postura absentéista...”<sup>210</sup>

Streck justifica a tese defendida no fato de que a realidade brasileira (de modernidade tardia, na qual a democracia e suas benesses é meramente formal e não material) aponta para direção substancialista, visto que:

“o assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais...parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não é cumprida; o controle concentrado de normas apresenta um déficit de eficácia, decorrente de uma “baixa constitucionalidade”; os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes...; no âmbito do parlamento, aprovam-se leis por voto de liderança; um voto de um eleitor de uma pequena unidade federada chega a valer dezesseis vezes o voto de um cidadão das unidades maiores, fazendo com que uma estranha matemática transforme a maioria em minoria; tais fatores...denotam a inaplicabilidade das teses procedimentalistas, as quais, por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, no qual a primazia (ainda) é a de proceder à inclusão social e o resgate das promessas da

---

<sup>210</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 57-58.

modernidade, exurgentes da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte de 1988”.<sup>211</sup>

Para Streck, a tensão no Brasil não é necessariamente entre democracia e Judiciário, mas, na verdade, entre os próprios poderes estatais e como reage o Judiciário diante das leis e da Constituição, diplomas de regras, compromissos, promessas e princípios que, consubstanciados em texto, aguardam a definição de seu conteúdo.<sup>212</sup>

Exatamente por isso assevera Streck que:

“Em tempos de enfrentamento entre Constitucionalismo e positivismo (e os vários positivismos), é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países periféricos (que prefiro chamar de “países de modernidade tardia”, em que se destaca o Brasil) em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito...”.<sup>213</sup>

Decorrendo daí que se o Brasil pretende se (com)portar como um Estado Democrático de Direito, cabe ao Judiciário criar condições jurisdicionais de possibilidade democrática, hábeis a implementar todos os direitos fundamentais que pretende guardar, dentre estes a própria democracia representativa, em cujo povo reside o poder (remetente e destinatário dos sentidos normativos do texto – regras e princípios legais e constitucionais).

A tensão só pode se equilibrar livre da fatalidade discricionária (que decorrem, por exemplo, da antiga regra processual de livre convencimento motivado ou de decisões jurídicas enquanto ato de escolha de pesos, sentidos ou objetivos políticos), rompendo com a ideia comum de um Direito aprisionado à literalidade do texto legal, fora da

---

<sup>211</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 62-63.

<sup>212</sup> Esse seria o problema central da contemporaneidade, ou seja, a questão de indeterminabilidade do Direito e as diversas teorias ou propostas voltadas a responder como se relaciona texto legal e moral e como isso é (re)produzido pelo Judiciário num Estado Constitucional. STRECK, Lenio Luiz, et al. **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 1 ed., Salvador: Ed. Juspodium, 2017, “apresentação da coleção”.

<sup>213</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 398.

incongruência que cria diante da democracia (que impõe o diálogo e o reconhecimento do mundo – moral, existente fora do gabinete do Juiz).<sup>214</sup>

### 3.2 A fatalidade positivista na atividade jurisdicional brasileira: onde está o problema?

No contexto do mencionado habeas corpus nº 126.292, uma breve, porém atenta análise de trechos dos argumentos lançados nos votos de alguns Ministros do STF<sup>215</sup>, é suficiente para revelar a crise de paradigma vivida pelo Direito brasileiro<sup>216</sup>.

O texto constitucional diz expressamente no rol de direitos e garantias fundamentais que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>217</sup>; já o texto legal é expresso, que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.<sup>218</sup>

---

<sup>214</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 41-42.

<sup>215</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acessado em 10.09.2017.

<sup>216</sup> Streck afirma que “À evidência, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes...Por outro lado, é necessário registrar que, na sustentação desse imaginário jurídico prevalecente, encontra-se disseminado ainda o paradigma epistemológico da filosofia da consciência – calcada na lógica do sujeito cognoscente, onde as formas de vida e relacionamento são reificadas e funcionalizadas, ficando tudo comprimido nas relações sujeito-objeto – carente e/ou refratária à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, no qual a relação ou relações passa(m) a ser sujeito-sujeito...Em decorrência, em face da prevalência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (em seus vários desdobramentos de Descartes a Kant, Fichte, Schelling, Hegel, Husserl e Betti – este pela sua importância e direta influência no campo da interpretação jurídica – só para citar os principais), não é temerário afirmar que, no campo jurídico brasileiro, a linguagem ainda tem um caráter secundário, como terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de essências e corretas exegeses dos textos legais...Lamentavelmente – e aí está assentada uma das faces da crise paradigmática -, o campo jurídico brasileiro continua sendo refratário a essa viragem linguística”. STRECK, op. cit., p. 71-72.

<sup>217</sup> “Artigo 5º, incisos LIV e LVII, da Constituição de 1.988.

<sup>218</sup> Artigo 283 do Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689/41, com a redação atualizada pela Lei nº 12.403/11.

Ora, do texto, sem maiores digressões, extrai-se que havendo recurso previsto na legislação processual e não tendo o mesmo sido julgado definitivamente (com trânsito, dispensando-se acrescer a palavra “efetivamente”), proibido está o Estado de privar o réu de sua liberdade sob o fundamento da culpa (condenação).

Ocorre que ao justificar seu voto pela mudança de entendimento do STF, dando novo contorno semântico ao texto do art. 5º, LVII da Constituição, o relator no processo, o Ministro Teori Zavaski, consignou, dentre outros argumentos, que:

“Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência... Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior... Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado...O estabelecimento desses limites ao princípio da presunção de inocência tem merecido o respaldo de autorizados constitucionalista...Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado...E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional...”.

Induvidoso que o relator optou por limitar o conteúdo (significado) do princípio constitucional (direito fundamental individual), escolhendo subjetivamente um sentido

para o texto legal, com fundamento no argumento moral (principles) de que o condenado em segundo grau perderia a credibilidade perante as instâncias extraordinárias (STJ/STF, “mesmo podendo ser excepcionalmente absolvido diante de erros das instâncias de origem”) e no argumento político (policies) de que os recursos estariam fomentando a prescrição e impedindo o Estado de punir seus cidadãos.<sup>219</sup>

Aqui não há dúvidas de que o julgador, apesar de tentar romper com positivismo (indeterminabilidade do texto) via principialismo (para supostamente adequar ou corrigir o texto), discorda da tese defendida por Dworkin, acerca da vedação do uso de argumentos políticos pelo Judiciário e da necessidade de fundamentar argumentos morais no acervo existente na própria comunidade política (de princípios ou personificada) e não solipsisticamente.

O ministro Edson Fachin, por sua vez, se valendo de argumentos diferentes, asseverou em seu voto que:

“Quero, todavia, dizer que, dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional...Por essa razão, na linha do que muito bem sustentou o eminente Ministro Teori Zavascki, interpreto a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu considero que não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto, desconsiderando-se sua necessária conexão a outros princípios e regras constitucionais”.

O Ministro se vale das expressões “moldura textual”, “alternativas hermenêuticas” e “sem apego à literalidade”, para fundamentar sua escolha no novo sentido a ser dado ao texto constitucional, sob o argumento de que aos juízes (STF) é reservado espaço institucional para, dentro das múltiplas possibilidades cabíveis dentro da moldura, optar

---

<sup>219</sup> Streck afirma que “utilizando de argumentos de política e deixando de lado argumento de princípio, o Supremo Tribunal Federal mutilou o texto constitucional, além de ignorar os limites semânticos do art. 283 do Código de Processo Penal”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2017, p. 291.

por aquela que entende ser a melhor para o réu e para a sociedade, mas assim fazendo ignora outras opções.<sup>220</sup>

Resta cristalino o paradigma positivista sobre o qual raciocina e decide o julgador, que faz questão de registrar o uso de poder discricionário pelos juízes, como deixou claro Kelsen no famoso capítulo oitavo de “A Teoria Pura do Direito” e Hart em “O Conceito de Direito”.<sup>221</sup>

Já o Ministro Luís Roberto Barroso vai ainda mais além, merecendo a transcrição, ao afirmar que:

“...Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação...o novo entendimento (em 2009) contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade...produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral...Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou...Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados...Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo...Nela (ponderação), não há dúvida de que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade adquire peso gradativamente menor na medida em que o processo avança, em que as provas são produzidas e as condenações ocorrem...há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal...Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais...Parte III

---

<sup>220</sup> Ribas Vieira fala haver também crise instaurada no Judiciário brasileiro, afirmando que “a crise do Judiciário deriva do descompasso existente entre sua atuação e as necessidades sociais, considerando-se totalmente insuficiente a afirmação formal da existência de determinados direitos, uma vez que o Direito só tem real existência a partir de uma agência coativa disposta a aplicar as normas jurídicas”. VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 111.

<sup>221</sup> Importante lembrar que Kelsen defendeu que por interpretação “deve-se entender o processo intelectual que se traduz na averiguação do conteúdo de uma disposição jurídica”, por isso lança “moldura” como figura de linguagem para afirmar que se compreendem dentro do sentido do texto legal diversos significados ou diversas maneiras de interpretar, igualmente possíveis, ou adequáveis àquela moldura. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387. E que Hart prelecionou sobre a interpretação de um texto legal, sustentando que “a discricionariedade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma escolha...terão o que se tem chamado de textura aberta”. HART, Herbert Lionel A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 165

FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS PARA O NOVO ENTENDIMENTO. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões... Como é corrente, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes... Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo... Em primeiro lugar, com esta nova orientação, reduz-se o estímulo à infundável interposição de recursos inadmissíveis... Em segundo lugar, restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil... Além disso, a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro... Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade...”

O ministro faz uma incompreensível mixagem de diversas teorias de direito<sup>222</sup>, tentando legitimar sua solipsista opção (pessoal, subjetiva) pelo sentido do texto, passando das teorias juspositivistas e suas discricionariedades de Kelsen à Hart, pela distorção da teoria discursiva de Robert Alexy (e a máxima da ponderação de princípios, regra de colisão) e, por fim, ao consequencialismo de Richard Posner, em franco decisionismo ou pós-positivismo “à brasileira”.<sup>223</sup>

---

<sup>222</sup> STRECK, Lenio Luiz, et al. **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 1 ed., Salvador: Ed. Juspodium, 2017, p. 55.

<sup>223</sup> No mesmo acórdão o Ministro Luiz Fux votou com o relator, escolhendo o seguinte sentido ao texto constitucional apreciado: “E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada.” Não há necessidade do trânsito em julgado”. A Ministra Carmem Lúcia votou com o relator, pelo retorno ao entendimento anterior do STF, alegando que: “Lembro bem que, na última decisão que tomamos no habeas corpus, parece que da relatoria do Ministro Eros Grau, chegou-se a discutir muito, nas faculdades, nas academias, mas escutei isso em programas populares, as consequências que isso teria”. Gilmar Mendes votou que: “O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a

Diante dos votos analisados e sobre a fatalidade positivista na Jurisdição brasileira, invoque-se, desde já, as magistrais lições de Lenio Streck, para o qual:

“Entender que a discricionariedade é algo inerente à aplicação do direito é, no fundo uma aposta no protagonismo judicial. E a discricionariedade não se relaciona bem com a democracia. Essa, aliás, foi a crítica mais veemente feita por Dworkin a Hart. E essa questão continua na ordem do dia, mormente em países como o Brasil. Com efeito, as teorias que pretendem resolver esse problema da (in)determinabilidade do direito, dos casos difíceis, das vagasas e das ambiguidades próprias do ordenamento jurídico, ao apostarem nesse *sub-jectum* da interpretação jurídica, não conseguiram alcançar o patamar da revolução copernicana proporcionada pela invasão da filosofia da linguagem. Apostando na discricionariedade ou em discursos adjudicadores com pretensão de correção do direito, estaremos tão somente reforçando aquilo que pretendemos criticar. Tal circunstância pode ser detectada em setores importantes da dogmática jurídica praticada no Brasil, que vêm apostando fortemente na teoria da argumentação jurídica e, portanto, utilizando largamente a ponderação de princípios. Malgrado essa expansão da teoria alexiana, não escapa a um olhar mais crítico a circunstância de que poucos intérpretes de Alexy efetuam os procedimentos descritos na chama lei de colisão”.<sup>224</sup>

Com razão Streck, visto restar evidente residir o problema na umbilical relação entre o uso da ponderação de princípios e pretensas teorias pós-positivistas e a discricionariedade judicial, que se prestam a álibis teóricos ou argumentativos, para tentar legitimar uma escolha ou arbitrária tomada de decisão normativa pelos Juízes, não havendo diferença alguma entre tais procedimentos e aqueles já utilizados pelo positivismo jurídico.

Não obstante este grave cenário jurisdicional, parte do Judiciário parece admitir e se preocupar com a crise de paradigmas, tanto é verdade que no mesmo acórdão em apreço a Ministra Rosa Weber, divergindo do relator e concedendo a ordem no habeas corpus, votou asseverando que:

---

prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio”. Num cenário como este ressalva Streck que “não obstante Dworkin e Alexy serem considerados como não positivistas, os dois possuem percepções diferentes acerca da discricionariedade judicial. Enquanto para o primeiro é algo que pode e deve ser evitado, para o segundo seria algo inexorável que pode ser ao menos minorado por intermédio de uma racionalidade do discurso”. STRECK, op. cit., p. 53.

<sup>224</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 419.

“Ocorre que tenho adotado, como critério de julgamento, a manutenção da jurisprudência da Casa. Penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado...Nada impede que a jurisprudência seja revista, por óbvio. A vida é dinâmica, e a Constituição comporta leitura atualizada, à medida em que os fatos e a própria realidade evoluem...tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal...Há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional no aspecto”.

Merece transcrição, outrossim, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, para o qual, também divergindo da alteração jurisprudencial pelo STF no habeas corpus em pauta, preleciona:

“Presidente, não vejo uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal, na vida do Supremo...onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa...Peço vênia para me manter fiel a essa linha de pensar sobre o alcance da Carta de 1988 e emprestar algum significado ao princípio da não culpabilidade”.

Conclui-se, portanto, que o Judiciário brasileiro não guarda a prática democrática no momento decisório em sua atividade jurisdicional, aquela como fundamento primeiro da República Brasileira e consagrada pela Constituição, uma vez que os Juízes, ao interpretar o direito, estão criando regras e escolhendo sentidos políticos e morais dos textos legais para regulamentar os casos a eles apresentados.

Tal ilegitimidade se aproxima do arbítrio do monarca do Estado pré-liberal, já que a discricionariedade judicial é a autorização institucional dada pelo positivismo para

permitir, de forma velada, a arbitrariedade, não mais cometida somente pelo administrador, mas doravante pelo Judiciário.<sup>225</sup>

### 3.3 Integridade na jurisdição: um compromisso pós-positivista

Lenio Luiz Streck formula na obra “Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito”, aquilo que denomina de “Crítica Hermenêutica do Direito”, para sustentar que as teses de Dworkin, além de atuais, revelam o melhor caminho para superação do positivismo jurídico na prática judiciária brasileira, afirmando o jurista que “*para os limites desta obra mais importa apontar as bases mínimas do pensamento de Dworkin, que entende que a criação jurisprudencial do direito encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição*”.<sup>226</sup>

Não obstante, como alertado por Streck, “o constitucionalismo contemporâneo – que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modelo de compreender o Direito – ainda não aconteceu em *terrae brasilis*”.<sup>227</sup>

Neste sentido, contrariamente à Hart e sua defesa da livre escolha por interpretações razoáveis diante da vagueza do texto legal em certas circunstâncias, ditas difíceis (*hard cases*), Dworkin sustenta e viabiliza que as partes processuais (o cidadão jurisdicionado) possuam e exerçam o constitucional e democrático direito de que a solução jurídica esteja em conformidade com o ordenamento previamente estabelecido ao longo do tempo (tradição, romance em cadeia); encerrando neste mesmo ordenamento o fundamento para decidir todos os casos, fáceis ou difíceis, impedindo tanto a discricionariedade como o poder criativo dos juízes e tribunais.<sup>228</sup>

---

<sup>225</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2017, p. 73.

<sup>226</sup> A “crítica hermenêutica do direito” se sustentaria, em suma, no reconhecimento da necessidade de se ultrapassar os paradigmas filosóficos da metafísica clássica e da filosofia da consciência que inspiram a hermenêutica jurídica tradicional, mas implicam na instrumentalização do direito por vários poderes, impedindo atendimento de demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa, mas preocupada com compromissos democráticos e constitucionais. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 17-18.

<sup>227</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2017, p. 279.

<sup>228</sup> STRECK, Lenio Luiz, et al. **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 1 ed., Salvador: Ed. Juspodium, 2017, p. 50.

É que, como assevera Dworkin, a sociedade é formada por regras (acordo político) e princípios, que são acolhidos pelos seus membros como norteadores de suas práticas (comunidade de princípios), acervo este que, sob o compromisso democrático, vedaria juízos discricionários, mesmo diante de total anomia, em nome da integridade normativa.<sup>229</sup>

Este compromisso anti-discricionário (pós-positivista) impede que o intérprete do texto legal e constitucional proceda de forma subjetivista, como se a história de um direito ou obrigação existisse num grau zero de sentido, partindo dele próprio, o intérprete, que poderia decidir como quisesse.

Ao contrário deve-se buscar um raciocínio jurídico que, quaisquer que sejam seus pontos de vista pessoais (juízes) ou institucionais (tribunais) sobre justiça, aceite restrições externas e superiores, decorrentes da integridade entre decisão e sociedade.

Tal defesa da democracia, como prática jurídica e política do constitucionalismo (virtude jurisdicional de integridade<sup>230</sup>), vedaria tanto o convencionalismo positivista quanto o pragmatismo realista<sup>231</sup>, virtude esta não praticada pelos juízes e tribunais brasileiros, como analisado nos votos dos Ministros do STF no habeas corpus nº 126.292.

Deve haver, portanto, um compromisso hermenêutico à luz do que defende Dworkin, não relativista, mas numa dimensão interpretativa e construtivista, já que a afirmação de que o juiz sempre terá que atribuir algum sentido ao texto, não significa estar liberado para assim fazer de forma arbitrária, como se texto e norma fossem coisas distintas ou autônomas.

---

<sup>229</sup> Streck afirma que “isso demonstra a constante preocupação em produzir uma teoria anti-discricionária, o que deveria afastar Dworkin de uma séria de posturas autodenominadas pós-positivistas ou neoconstitucionalistas que continuam apostando exatamente naquilo que Dworkin combate: o poder discricionário dos juízes”. STRECK, Lenio Luiz, et al. **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 1 ed., Salvador: Ed. Juspodium, 2017, p. 50.p. 50.

<sup>230</sup> Quanto à integridade na jurisdição, como respeito à moralidade política estatal e ao princípio de igual tratamento e consideração de todos os casos submetidos ao Judiciário, válido lembrar que Dworkin defende que o juiz deve decidir o que é a lei cumprindo a observância dos mesmos princípios vigentes na comunidade política, atribuindo-se ao passado um poder especial, concebendo ao direito um corpo único e não como decisões livremente motivadas por objetivos políticos, de governo ou pessoais do decisor, prelecionado que “...o princípio da integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido... explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, como nada além de um interesse estratégico pelo restante...O princípio da integridade na prestação jurisdicional nos oferece nossa terceira concepção do direito...o direito como integridade...”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 204.

<sup>231</sup> Streck lembra que “para os convencionalistas, sobretudo Hart, há algo para ser respeitado, porém, em determinadas situações (hard cases) o intérprete poderia tornar-se um autor sem um passado, ele cria quase ex nihilo. Já os realistas, sustentam um desapego às convenções e à tradição, cada decisão é nova, ao invés de intérpretes, seriam apenas autores”. STRECK, op., cit., p. 53.

Tanto por isso Streck é sempre categórico:

“Daí a minha insistência: se interpretar é dar sentido (Sinnggebung), e não reproduzir sentido (Auslegung), isto não significa que, nesta quadra da história, em pleno giro linguístico-ontológico, seja aconselhável estimular subjetivismos e/ou axiologismos, alçando o intérprete a senhor do texto, ou que, a partir de uma operação ontológica (clássica), seja possível captar a essência dos textos jurídicos, como se estes contivessem conceito em si mesmos. Há – e deve haver – limites no processo interpretativo. O processo hermenêutico não autoriza atribuições discricionárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete (ou baseada nas virtudes pessoais do juiz).”<sup>232</sup>

Sem dúvidas, portanto, que o direito como integridade é, em qualquer sistema jurídico desenhado pelo constitucionalismo-democrático, o ponto fundamental da busca pelo rompimento com o positivismo jurídico, é dizer, o constitucionalismo é obstáculo à discricionariedade judicial na interpretação do direito da sociedade.

Ainda mais quando se constata que, no Brasil, centenas de direitos constitucionais não se implementaram, cujo deslocamento de parcela da função responsiva prestacional ao Judiciário, não reforçou tal implementação.

Ao contrário, como na mitigação do direito constitucional ao trânsito em julgado para prisão do réu, no Brasil o direito não guarda integridade, mas admite uma certa concepção instrumentalista do processo, com supostos escopos metajurídicos a cargo do juiz, que promete aperfeiçoar o ordenamento jurídico através de boas escolhas protagonistas, mesmo que fora do direito legislado e da rede de princípios vigente da comunidade política<sup>233</sup>.

Neste contexto teses e práticas pretensamente corretivas do direito e reguladoras da relação entre direito e moral, caem por terra, já que tal “delegação” em favor do julgador aponta rumos distintos e paradoxais em cada caso concreto, diante da falácia de que não existe uma resposta jurídica correta, mas diversas corretas ou razoáveis, ou que cada caso é um caso.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2017, p. 311.

<sup>233</sup> STRECK, op., cit. p. 304.

<sup>234</sup> STRECK, op., cit. p. 313.

Os tribunais se mostram insensíveis à teoria do direito como integridade, porque chegam a acusar a sociedade de despreparada para dizer o que é melhor para si mesma, criando cidadãos ditos de segunda categoria, inertes e inaptos civicamente, que outorgam ao Juiz decidir suas vidas.

Da judicialização da política à politização da Justiça, o Judiciário Brasileiro remonta à contornos pré-Modernos, de concentração de poder, revelados em práticas ativistas e protagonistas, que cada hora apontam para um rumo diferente.

Para Dworkin, porém, o conteúdo do direito não pode depender de convenções políticas especiais, menos ainda de “*cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar*”.<sup>235</sup>

Por isso o “*império do direito é definido pela atitude, não pelo território, pelo poder ou pelo processo*”<sup>236</sup>, já que a construção do direito com coerência e integridade coloca o direito a serviço da democracia, e não do Judiciário, revelando real compromisso pós-positivista, com a moralidade individual (de agir/julgar com integridade), com a moralidade pública, a justificação legal e a legitimidade democrática da decisão jurídica.

Tratar os direitos a sério, exige do juiz defini-los numa atitude interpretativa (e não por suposta subsunção semântica entre texto e norma, em qualquer de suas facetas pretensamente pós-positivistas), que leve em conta os princípios de moralidade anunciados pelas legislaturas e judicaturas passadas e presentes e pela comunidade - coerência, já que agindo assim o julgador estaria de fato decidindo de maneira correta, cuja resposta, outrossim, seria a resposta jurídica adequada e íntegra ao ordenamento jurídico do constitucionalismo democrático vigente.

### **3.4 Decisão jurídica correta como Direito fundamental no Estado Democrático de direito**

A tensão entre democracia e constitucionalismo e os problemas jurídicos interindividuais e sociais que o “novo” Judiciário visa solucionar, não pode servir de álibi teórico ou permissão institucional para que o mesmo se mantenha nos positivismos

---

<sup>235</sup> Conforme tradução livre de Dworkin do original em inglês “Law’s empire”. DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1.986, p. 410.

<sup>236</sup> DWORKIN, op. cit. p. 413.

jurídicos e crie direitos e os aplique retroativamente aos cidadãos e casos analisados e para que, diante da indeterminabilidade do direito, defenda que existem várias decisões juridicamente legítimas para um mesmo caso complexo (“casos difíceis”<sup>237</sup>), sob a máxima de o direito não ser uma ciência exata, matemático e que por isso não consegue fugir do ditado popular de que “cada cabeça uma sentença”<sup>238</sup>.

Não obstante, práticas jurisdicionais ditas pós-positivistas, com pretensão de correção do direito e dos textos normativos, abrem espaço institucionalizado (teoria) para decisões judiciais diferentes sobre os mesmos fatos e interpretações monopolizadas pelo Judiciário como resultado da escolha da melhor resposta dentre outras possíveis, aceitáveis e supostamente adequadas para cada caso (prática)<sup>239</sup>, ora fundamentadas em regras, ora em argumentos de princípios morais ou em argumentos políticos.

Tal crise hermenêutica e de jurisdição, fomentada pela tese positivista “dos casos difíceis”<sup>240</sup>, cria na sociedade, outrossim, expectativa de que o Judiciário decidirá de forma adequada e bem fundamentada, onde fundamentar signifique justificar a interpretação alcançada como a melhor e, por isso, a única correta para o caso concreto, dando racionalidade e legitimidade à decisão estatal coercitiva pela exposição das múltiplas possibilidades de argumentos especialmente jurídicos, mas em qualquer caso submetido ao controle do jurisdicionado<sup>241</sup>, de forma participativa via contraditório, recurso ou pressão

---

<sup>237</sup> Para Dworkin casos difíceis ocorrem quando o intérprete “não consegue discriminar entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de uma linha de precedentes”, tradução livre do original em inglês “Law’s empire”. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 255-256.

<sup>238</sup> Este falso dilema só existe no positivismo jurídico, que opera com análises linguísticas; tanto que neste ponto Dworkin é severo ao afirmar que “Este livro não respeita esses sentimentos modestos”, conforme tradução livre do original em inglês “Taking rights seriously” de Ronald Dworkin. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978, p. 279. O professor Simioni explica que “A teoria de Dworkin vai se colocar na contramão desse hábito, para sustentar que há, sim, uma única resposta correta no Direito. A possibilidade de várias respostas corretas é um problema que acontece só no âmbito do positivismo jurídico, que trabalha com análises linguísticas. E naturalmente, no nível da análise linguística, sempre serão possíveis várias interpretações sobre um mesmo texto”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 330.

<sup>239</sup> Simioni, relendo Dworkin, diferencia que respostas jurídicas “Igualmente aceitáveis não significa, contudo, que sejam igualmente corretas. Somente uma interpretação é a correta...que apresenta, em sua melhor luz do ponto de vista da moral política, a estrutura das instituições e das decisões autênticas da comunidade”. SIMIONI, op., cit., p. 392.

<sup>240</sup> Dworkin enfatiza que “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma ou outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal idéia não passa de uma ficção”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 127.

<sup>241</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 426-427.

externa e institucional através de eventos sociais, acadêmicos e profissionais, perante o judiciário e legislativo, na construção de regras democráticas de julgamento (teoria da decisão jurídica) que respeitem o acervo de princípios comunitários ou da moralidade pública<sup>242</sup>, e que encontrem, em cada caso, a única decisão jurídica correta<sup>243</sup>.

Tanto é verdade que Lênio Streck assevera que:

“Há, pois, uma umbilical relação entre a exigência de fundamentação e o direito fundamental que cada cidadão tem a uma resposta correta (adequada à Constituição). Como bem

---

<sup>242</sup> Simioni ensina que Dworkin apresenta “uma teoria política, que dizer, na forma de uma hermenêutica política: uma concepção hermenêutica de interpretação jurídica como um empreendimento político adequado e justificado em sólidos e convincentes princípios de moralidade política da comunidade”, dando ao juiz o ideal e virtuoso papel de garantir o alcance deste compromisso, que apesar de se referir à figura mítica de Hércules, conseguiria teal resultado prático, partindo do caso concreto e delineando a melhor interpretação pelo fechamento hermenêutico trazido por um princípio de moralidade correlato ao caso analisado. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 331.

<sup>243</sup> Neste viés prático o “novo” Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, disciplina expressamente sobre “normas fundamentais” processuais, impondo base democrática e construtiva na atividade jurisdicional, visando mitigar o livre convencimento judicial e decisões solipsistas – é o que se tem, por exemplo, nos artigos 7º, 8º, 9º, 10º, 11º; lançando-se o compromisso de decisões judiciais com fundamentação explícita, coerente e íntegra na formulação de argumentos perante as partes e o ordenamento jurídico e com as decisões do passado – art. 489. O Código de Processo Civil, também neste sentido, inova com regras de estabilização e uniformização de jurisprudência, vejamos, cujos destaques são nossos:

“Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo **efetivo** contraditório.

“Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, **o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum**, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

“Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes **sem que ela seja previamente ouvida**”.

“Art. 10. **O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar**, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

“Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade”.

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença: ...; § 1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:** I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

“Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la **estável, íntegra e coerente**”.

“Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - **risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica**”.

assinala Flaviane Barros, embora o juiz seja uma pessoa com convicções e história de vida, a limitação ao seu subjetivismo e a sua parcialidade se dá juntamente no impedimento de uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos e na obrigatoriedade de se construir a decisão com a argumentação participada das partes, que, como partes contraditoras, possam discutir a questão do caso concreto, de modo que a decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado ao caso. Assim, o objetivo é garantir que um juiz, mesmo com suas convicções, não apresente um juízo axiológico, no sentido de que todos os cidadãos comunguem da mesma concepção de vida, ou que os valores ali expostos na sentença vinculem normativamente todos os demais sujeitos do processo”.<sup>244</sup>

O direito como integridade de Dworkin encara este desafio teórico e prático, se insurgindo contra a discricionariedade nos casos difíceis através da “tese dos direitos”:

“Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regule o caso, umas das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.<sup>245</sup>

Não existe, para Dworkin, situação fática sem direito ou obrigação preexistente, cuja instituição pode e deve ser encontrada, para além das regras, no acervo de princípios da comunidade personificada ou política, sendo obrigação política do juiz (a virtude da integridade democrática) buscar a melhor resposta na moralidade pública, fora do solipsismo<sup>246</sup>, por questão de defesa da democracia constitucional, independentemente disso implicar em decisões majoritárias ou contramajoritárias<sup>247</sup> ou ainda na declaração de direitos ou obrigações não previstos em lei ou precedentes.

A escolha da única decisão jurídica correta influencia, portanto, no dilema da democracia constitucional, isto é, a tensão entre democracia e constitucionalismo, mas não

---

<sup>244</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 430.

<sup>245</sup> DWORKIN, op., cit., p. 128.

<sup>246</sup> Dworkin nos lembra que “Como já afirmei, a teoria do direito clássica pressupõe que os juízes decidam os casos em duas etapas: encontrem o limite daquilo que o direito explícito exige e, em seguida, exerça um poder discricionário independente para legislar sobre problemas que o direito não alcance”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 195.

deve privilegiar um ou outro, mas equalizar o debate, se preocupando apenas com o princípio de moralidade vigente que imponha, no caso concreto, a escolha de um resultado ou outro (o melhor, o único correto, por questão de princípio e de integridade; integridade como compromisso político da adjudicatura, que honre os princípios de sua comunidade)<sup>248</sup>.

Tanto é que, discorrendo sobre a independência da decisão jurídica em Dworkin, o professor Simioni assevera que:

“o fato é que esse julgamento político de escolha da interpretação adequada, entre as interpretações aceitáveis, provoca uma convergência entre as opiniões pessoais dos juízes a respeito da moral política e as convicções de ordem superior sobre a necessidade de equilíbrio coerente entre a virtude da equidade e da justiça. Uma decisão jurídica pode, por exemplo, decidir respeitar a opinião pública da maioria para um caso, embora esse mesmo padrão de decisão possa ser modificado sob a circunstância de que estão em jogo direitos constitucionais que devem prevalecer inclusive contra a vontade da maioria”.<sup>249</sup>

Logo, as teses “dos direitos” e “da resposta correta” se interpenetram na exata medida em que Dworkin milita contra o poder discricionário dos juízes numa democracia constitucional, cuja defesa da teoria da decisão correta remaneja os institutos ou padrões normativos já anteriormente delineados e diferenciados, quais sejam: regras (*rules*<sup>250</sup>), princípios (*principles*<sup>251</sup>) e política (*policies*<sup>252</sup>) e as argumentações daí decorrentes.<sup>253</sup>

---

<sup>248</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 392.

<sup>249</sup> SIMIONI, op., cit., p. 392.

<sup>250</sup> As regras são padrões para decisões que devem ser totalmente aplicadas ou refutadas, à maneira do “tudo-ou-nada”, se válidas e não houver exceção explícita, devem obrigatoriamente ser aplicadas em qualquer circunstância. DWORKIN, op., cit., p. 39.

<sup>251</sup> Os princípios são padrões que devem ser aplicados independentemente de fomentar uma situação econômica, política ou social considerada desejada naquele momento, mas como exigência de justiça e equidade ou algum outro critério de moralidade pública, por isso possuem dimensão, peso e dependem das circunstâncias. DWORKIN, op. cit., p. 36.

<sup>252</sup> As políticas são padrões que estabelecem objetivos a serem alcançados, para melhoria de algum setor da sociedade, economia ou da política da comunidade, estando ligadas a ações de governo. DWORKIN, op. cit., p. 36.

<sup>253</sup> É que se os argumentos de política justificam uma decisão política tomada no passado, mostrando que a decisão judicial alberga algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, os argumentos de princípio, lado outro, apesar de também legitimarem uma decisão política, o fazem para definir um direito explícito ou implícito do ordenamento jurídico e que deve ser respeitado e garantido ao indivíduo ou grupo. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 129.

Percebe-se, neste giro, que o jurista pós-positivista na constitucional democracia, vê-se desafiado a constantemente interpretar normas e princípios constitucionais ainda não dimensionados pela realidade social<sup>254</sup>, mas sem incorrer no vício da discricionariedade que, por eleger arbitrariamente determinando sentido normativo, seja por argumentos subjetivos de princípios morais ou políticos<sup>255</sup>, acaba afastando tantos outros, que poderiam atender às legítimas expectativas democráticas dos remetentes e destinatários do direito – a decisão jurídica correta é um compromisso político, constitucional, democrático, logo, uma virtude jurisdicional.<sup>256</sup>

Tem-se, a partir daí, que a afirmação de uma única resposta jurídica correta para cada caso, é direito fundamental que o cidadão possui perante o Judiciário no exercício hermenêutico de (re)produção um sistema jurídico forte e estável, que organize com segurança e legitimidade democrática e constitucional as relações sociais (dos cidadãos entre si, perante a coletividade e o próprio Estado – defesa de direitos individuais, sociais, com coerção legítima)<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 429.

<sup>255</sup> Dworkin enfatiza que “defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis...são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas”. DWORKIN, op. cit., p. 132.

<sup>256</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 331.

<sup>257</sup> E arremata Dworkin, prelecionando sobre o direito fundamental a única resposta correta que um modelo ideal e virtuoso de juiz deve assegurar, que “Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja”. DWORKIN, op., cit., p. 197.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi possível investigar ao longo deste trabalho, expõe-se à crítica as seguintes considerações acerca da proposta de superação do positivismo jurídico da prática judiciária brasileiro, pela pertinência da análise do chamado “debate Dworkin versus Hart”, em que a integridade pretende vencer a discricionariedade nas decisões jurídicas.

Se revelou importante, porém, antecipar e deslocar a investigação do papel do Poder Judiciário (e do Juiz) do Estado Democrático de Direito, sua sociedade e o seu direito, para a Idade Antiga e as subsequentes, visto registrar-se em tais eras históricas importantes marcos da atividade jurisdicional organizada pelos Estados Grego, Romano e Europeu Ocidental, conforme as diretrizes de seus poderes políticos então vigentes.

É que na Grécia Antiga a jurisdição não sobrepujava a política, uma vez que o indivíduo que tinha direitos estava dentro da *polis* e aos julgamentos políticos de seus pares se submetia, não havendo um sistema de garantias contra o governo da cidade, mas julgamentos políticos e éticos, não oficialmente judicializados através de órgãos independentes e especializados, com prerrogativas processuais específicas.

O mesmo caminho político seguiu a jurisdição na Idade Média, como “braço do Rei”, que concentrava a definição normativa das práticas sociais e políticas, conforme objetivos de governo. As consequências da concentração de funções estatais foram sentidas na Idade Média

Diz-se, portanto, que nestas eras históricas a Justiça era “politizada” (politização da jurisdição) porque submetida à moral e objetivos da cidade, do monarca, enfim, do governo.

As violentas consequências da concentração de funções, de poder, foram sentidas pela sociedade e pelo direito, desde a vinculação entre norma e religião, do absolutismo monárquico até, maiormente experimentadas, no século XIX, com globais e drásticas violações de direitos humanos validadas pelo direito positivo, supostamente legítimo.

A separação dos poderes, como corolário político-jurídico da Idade Moderna, resultante de um novo pacto social – o Estado Moderno, desde antes pretendia despolitizar a jurisdição, criando leis escritas que permitissem ao Judiciário a atividade interpretativa, desonerando-o da vinculação política estatal ou governamental.

As constituições modernas implementaram, portanto, uma mudança de paradigma da função do Judiciário, de “politização da jurisdição” para “judicialização da política”, colocando o Juiz como controlador da atividade estatal, governamental, através do

monopólio da atividade interpretativa dos textos legais, gerando expansão desta atividade, acarretando ativismo(s) justificado(s) pela defesa dos compromissos constitucionais.

O positivismo jurídico, desde a separação de poderes estatais, marcou a atividade interpretativa do direito, cuja validade da norma viu-se, doravante, ladeada por exigência de legitimidade das decisões jurídicas, diante da expansão das atividades jurisdicionais e da tensão surgida entre democracia e constitucionalismo.

O direito válido, portanto, estaria fora do Estado, mas dentro da norma, do texto legal, aquele palpável, impresso e independente do obscurantismo religioso ou político dos governantes de cada momento.

Cresceu, então, dentro do Judiciário, o positivismo, pelo seu compromisso de sistematização e unificação das regras públicas e privadas, doutrina jurídica na qual o Juiz obrigatoriamente só poderia aplicar as determinações sintáticas do código, fonte única de direito, dada à conhecimento pelo legislador, capaz de separar os poderes, gerar a segurança desejada pelos cidadãos, contra inferências morais, religiosas, etc.

De Kelsen a Hart tenta-se explicar a atividade jurisdicional como função estatal desprovida de interferências externas, morais e políticas, como nas eras passadas; todavia o texto legal, dada sua indeterminabilidade, coloca o teórico numa rua sem saída (“moldura”, “textura aberta”), rendendo-se à discricionariedade judicial, naquilo que os positivistas chamam de casos residuais ou difíceis.

Na prática a discricionariedade é a marca maior do positivismo jurídico, quando texto se mostra incapaz de carregar em si a vontade normativa estatal prévia para todas as situações concretas em litígio; o Judiciário se vê diante de lacunas, omissões e conflitos interpretativos, tendo que escolher o sentido da norma ou até mesmo criar um, para que a resposta jurídica dê a solução pública esperada pelos particulares.

A “judicialização da política” redesenhou o papel do Judiciário, mas coloca o Juiz de servo da política à senhora da política, na busca pela determinação do sentido normativo do texto legal e dos compromissos constitucionais, violando o princípio democrático e, portanto, a própria constituição.

Ronald Dworkin trava profícuo debate contra Hart na definição do papel do Judiciário num Estado Democrático de Direito, este como um novo pacto social, que busca evoluir o Estado Moderno na submissão da política e do direito não à normas validamente democráticas, mas legitimamente constitucionais – democracia constitucional.

O debate centra-se sobre o poder discricionário dos juízes sobre os textos legais e a condição de possibilidade constitucional de decisões jurídicas corretas, no qual Dworkin

deixa claro a existência de respostas jurídicas corretas, isto é, uma única resposta ou decisão jurídica correta para cada caso concreto, como a melhor resposta à luz da moralidade pública prévia existente na comunidade personificada ou política, sobre cada situação vivida.

Para Dworkin a atividade jurisdicional deve ser fruto de um compromisso político guiado pela virtude da integridade, cujo ordenamento jurídico e as decisões jurisdicionais sejam, outrossim, levados por princípios morais e não políticos ou de governo, mas argumentos coerentes com a tradição institucional de cada direito ou obrigação, independentemente do impacto desta decisão; o compromisso político da integridade jurisdicional se apoia no compromisso constitucional calcado na síntese passado-futuro (“romance em cadeia”, como projeto nacional da maioria, que respeita a minoria e cada indivíduo).

A prática judiciária brasileira, como aquela demonstrada pela análise do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do habeas corpus nº 126.292, de fevereiro de 2016, quando, ao largo do texto do art. 5º, LVII da Constituição segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, revela a crise do direito e a importância e atualidade do debate Dworkin-Hart para a contemporaneidade brasileira.

A tensão entre democracia e constitucionalismo deve servir de estímulo ao justo equilíbrio entre os poderes estatais, não como espaço institucionalizado para disputa de poder, cuja fatalidade positivista gera desequilíbrio nesta relação, com um maior empoderamento do Judiciário.

A integridade jurisdicional de Dworkin contribui para que a Jurisdição brasileira, ainda que compromissa em implementar uma verdadeira democracia, num cenário social e político atrasado, não viole o compromisso democrático e a estabilização de um ordenamento jurídico realmente independente.

A resposta jurídica correta respeita o direito fundamental do cidadão a conhecer a história e força dos direitos e deveres (institutos jurídicos), bem como justifica a coerção estatal, como resultado da decisão jurídica válida e legítima, construída fora da moral ou ética de um pessoa (juiz) ou instituição (Judiciário), mas (re)construída a partir da própria sociedade, remetente e destinatária da constitucionalidade e legalidade de suas normas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

AMARAL Júnior, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. (Coord.). Editora Quartier Latin do Brasil. São Paulo, 2010.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: Figueiredo, Eduardo Henrique Lopes (Coord.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal**. In: Sampaio, José Adércio (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Coord.). **Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21. Jan./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 225, 2001.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: *BOLETIM de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 23, n. 1, jan. 2007.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England: of private wrongs**. Chicago: The University Chicago Press, 1979.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de política**. Trad. João Ferreira et alii. Brasília: Editora da UnB, 1986.

\_\_\_\_\_. **Estado; governo; sociedade: Para uma teoria geral da política**. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CAMPBELL, Tom. **Rewriting Hart's Postscript: Thoughts on the Development of Legal Positivism**. Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho. N. 5. Universidad Nacional Autónoma de México: 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARNAP, Rudolf. **The logical syntax of language**. Tradução de Amelthe Smeaton, Illinois: Open Court, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 88, p.81/108, dez. 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. **Direito Constitucional**. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, vol. 1.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. Madrid: Taurus, 1975.

Dicionário Houaiss da língua portuguesa: 2001.

Dicionário de usos do Português do Brasil: 2002.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista USP – Dossiê Judiciário, São Paulo, março/abril/maio, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33 Ed. Ver. e at. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALVÃO, Jorge Octávio Lacovat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. Coord. Amaram Júnior, José Levi Mello do. Quartier latin, São Paulo, 2010.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2ª ed., 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil**. Vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**". Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen; HÄBERLE, Peter. **Sobre a legitimação pelos direitos humanos**. In: MERLE, J.; MOREIRA, L.(org). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.  
 \_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.  
 \_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert Lionel A. **O conceito de direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESPANHA, António. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

HOLMES, Stephen. **El precompromiso y la paradoja de la democracia**. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). Constitucionalismo y democracia. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Trad. Wilma Patrícia Maas, Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LEAL, Rogério Gesta Leal; LEAL, Mônica Clarissa Henning. (Coord.). **Ativismo Judicial e Déficits democráticos: Algumas experiências Latino-Americanas e Européias**. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris, 2011, p. 94.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Uma introdução à história social e política do processo**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (coord.). Fundamentos de História do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, nº 32, 1994. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451994000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011). Acessado em 23.04.2017.

MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. Trad. De Vera Pereira. **Revista brasileira de ciencias sociais**. n. 29. São Paulo: ANPOCS, 1995.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, nº 58, nov. de 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 67 e segs. No mesmo sentido, Streck, Lenio e Moraes, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. A hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. **O Poder Judiciário no Estado de Direitos**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 189-207, jan.-fev.-mar 2013.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O paradigma do Estado Democrático de Direito e as teorias do processo**. Disponível em: [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf). Acessado em 17.04.2017.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. **“A Atuação do Judiciário no Cenário Político Nacional”**. 1ª Jornada de Estudos Judiciários, Ed, CEJ – Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, Brasília, 1996, p.63/72.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. 2º ed. Madrid: Alianza. 1992.

SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte. Fórum, 2011.

SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte, Arraes, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Revista de Direito**, adID, Rio de Janeiro, 173: 15-34. Ju/set. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>. Acessado em 17.04.2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. **Decisão jurídica e autonomia do Direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e Democracia**. In: *Constitucionalismo e Democracia*. Org. Eduardo H. L. Figueiredo. Rio de Janeiro. Elsevier, 2012.

SHAKESPEARE, William. **Medida Por Medida**. Trad. De Barbara Heliodora, Ed. Lacerda, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 1 ed., Salvador: Ed. Juspodium, 2017, “apresentação da coleção”.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. A 49 n. 194 abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>. Acessado em 18.04.2017.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermeneutica: uma nova Crítica do Direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Conjur, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acessado em 23.04.2017.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismo judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 1(2):75-83. Jul/dez. 2009.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. 6ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos Tavares. **Manual do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2012

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro** – análise da convergência entre o *civil law* e o *commom law* e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. São Paulo: Edusp, 1987.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral do direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

WEBER, Max. **Ciência e política, duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2008.

WIEACKER, Fraz. **História do direito privado moderno**. 2 ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.