

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

MARINA HELENA VIEIRA DA SILVA

**A DECISÃO ANTES DA DECISÃO: neopositivismo e a crítica hermenêutica
do direito no Brasil do início do século XXI**

POUSO ALEGRE - MG
2021

MARINA HELENA VIEIRA DA SILVA

**A DECISÃO ANTES DA DECISÃO: neopositivismo e a crítica hermenêutica
do direito no Brasil do início do século XXI**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, na linha de pesquisa Relações Sociais e Democracia, como requisito para obtenção do título de mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

**FDSM – MG
2021**

FICHA CATALOGRÁFICA

S558 SILVA, Marina Helena Vieira da

A DECISÃO ANTES DA DECISÃO: neopositivismo e a crítica hermenêutica do direito no Brasil do início do século XXI . / Marina Helena Vieira da Silva. Pouso Alegre: FDSM, 2021.

205p.

Orientador: Rafael Lazzarotto Simioni.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Crítica Hermenêutica do Direito. 2. Solipsismo. 3. Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro. 4. Equilíbrio de Poderes. 5. Presidencialismo de Coalizão. I Lazzarotto Simioni, Rafael . II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

Aos meus pais, Edson e Inês, minhas grandes fontes diárias de afeto, inspiração, amor e apoio.

AGRADECIMENTOS

Escrever, longe de ser um processo fácil, demanda uma série de fatores que transcendem o intelecto e a dedicação para a compreensão de conteúdos e elaboração de textos complexos. Dentre tais fatores, que acabam por se desdobrar em motivos que me impulsionaram a iniciar essa trajetória, foi imprescindível perceber que não estaria sozinha, sendo que, para cada momento que foi necessário buscar mais força, fôlego e incentivo, pude contar com pessoas que me deram a mão e caminharam comigo, cada uma a seu modo, rumo ao meu objetivo, tornando o caminho, mesmo que árduo, mais leve e saboroso.

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela vida e por me auxiliar na escolha de caminhos adequados e por me dar forças e determinação para encarar, de frente, cada obstáculo existente em meu caminho. Sou totalmente grata por cada conquista e superação.

Ao meu orientador Professor Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, com admiração e respeito, por me acolher, pelos inúmeros ensinamentos, e principalmente pela confiança depositada em mim.

Aos meus maiores tesouros e pais: Edson Vieira da Silva Filho e Maria Inês Silveira Vieira, presentes absolutamente todos os dias da minha vida, exercendo com maestria a arte de educar, amar e apoiar, me dedicando, acima de qualquer circunstância, amor, cuidado, paciência e carinho, sendo meus maiores e melhores amigos, me motivando e dando a mão nos momentos mais nebulosos e incertos. Como é grande o meu amor por vocês...

À minha família, em especial aos meus avós, Edson Vieira da Silva e Luci Tomaz Silveira, por serem meus maiores exemplos de vida, sempre com palavras acalentadoras e com ombros amigos, me fazendo enxergar as lutas da vida como caminhos necessários para alcançar os objetivos pretendidos. Vocês são minhas grandes inspirações.

Ao meu grande amor Wellington, que cruzou o meu caminho e por aqui permaneceu, por compreender as abdicações necessárias, e, além disso, por estar junto comigo, caminhando lado a lado durante todos os momentos, me respeitando como mulher, namorada, profissional. Eu te amo!

À minha segunda família, imprescindível para que pudesse crescer

profissionalmente e para que o mestrado se concretizasse em minha vida. Meu grande mestre da vida Professor Luiz Tarcísio de Paiva Costa, e minhas amigas/irmãs do coração Carolina, Marlei, Thaís, obrigada por serem e fazerem tanto para mim ao longo de tantos anos.

À minha querida e amada Cleides, que há mais de 21 anos cuida de mim como se sua fosse, por toda paciência, compreensão, carinho maternal, e por me ensinar tanto sobre a vida diariamente.

A todos que fizeram parte deste curso direta ou indiretamente, principalmente à Faculdade de Direito do Sul de Minas, todos os professores que enriqueceram minha trajetória tanto na graduação quanto no mestrado, e aos demais funcionários, pela dedicação, atenção e presteza de sempre.

Por fim, às minhas grandes parceiras de jornada Bianca, Bibiana e Júlia, que percorreram todo o caminho junto a mim, enfrentando todos os obstáculos e comemorando as vitórias.

A tantos que deixo de mencionar por me faltar espaço e/ou memória, e que ao meu lado, de alguma forma, me permitiram chegar a este ponto do longo caminho que decidi trilhar.

A repetição do passado impede receber os sinais do novo, determina a morte do pensamento, do sentimento e da ação. Em suma, nos aliena, nos exclui ou nos devora. Repetir o passado é uma forma de esgotar o presente, de desestimar sua força criativa, de introduzir uma pulsão destrutiva: uma forma de instalar a apatia e o cinismo como condições da transmodernidade. Um eterno presente de sobrevivências e um futuro indecifrável.

(Luis Alberto Warat)

RESUMO

A compreensão adequada do momento em que uma sociedade se encontra, é condição sine qua non para resgatar as promessas e os projetos que formam as estruturas do Estado e do direito que o sustenta, bem como de suas bases ideológicas, já que se parte do ponto de que todo o modo de ser é ideologicamente fundado a partir de pressupostos filosóficos tidos como aceitáveis para nortear uma determinada sociedade. O alto grau de demandas nascidas da adoção do paradigma plural de sujeito, incrementam em muito a judicialização de novos pleitos, nascidos das novas perspectivas do sujeito emergente da modernidade. O solipsismo percebido desde o princípio por Kelsen e que conduz ao decisionismo, acaba por sofrer consequentemente um incremento quantitativo e qualitativo, aumentando os lumes dos holofotes que incidem sobre o judiciário, que, percebendo um claro e explícito rearranjo das estruturas de poder, bem como um desequilíbrio ferindo a base proposta por Montesquieu, se adapta darwinianamente e procura fazer migrar a questão antes própria do indivíduo, para a instituição. O judiciário, valendo-se dos desgastes envolvendo Legislativo e o Executivo, se anuncia como portador de verdades absolutas e respostas redentoras. Entretanto, o novo modelo de Estado Democrático de Direito, com novos papéis frente ao sujeito emergente da (pós)modernidade, também precisa de blindagens contra decisionismos e pretensões que ferem o projeto constitucional e, consequentemente, o modelo democrático. Daí a busca da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Luiz Streck com o objetivo de construir uma hermenêutica constitucionalmente adequada, para além do positivismo moderno, revitalizando o direito e a estrutura normativa e principiológica na qual ele se fundamenta, em uma compreensão autêntica a partir da hermenêutica filosófica, afastada dos decisionismos e arbitrariedades adjudicadoras da moral social e do sentido do direito. Os desvios de sentido interpretativo e os álibis teóricos, que atendem a interesses institucionais, revelam um risco democrático em uma juristocracia institucionalizada velada. O juiz solipsista, dando lugar ao judiciário senhor dos sentidos, desconstitui a blindagem dos freios e contrapesos e, colocando em xeque não o direito, mas a legitimidade do Estado como concebemos.

Palavras-chave: Crítica Hermenêutica do Direito; Solipsismo; Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro; Equilíbrio de Poderes; Presidencialismo de Coalizão.

ABSTRACT

The adequate understanding of the moment in which a society finds itself is a sine qua non condition to rescue the promises and projects that form the structures of the State and the law that sustains it, as well as its ideological bases, since we start from the point that every way of being is ideologically founded from philosophical assumptions deemed acceptable to guide a certain society. The high degree of demands born from the adoption of the plural paradigm of the subject greatly increases the judicialization of new claims, born from the new perspectives of the subject emerging from modernity. The solipsism perceived from the beginning by Kelsen, which leads to decisionism, consequently ends up suffering a quantitative and qualitative increment, increasing the spotlight on the judiciary, which, perceiving a clear and explicit rearrangement of the power structures, as well as an imbalance that affect the basis proposed by Montesquieu, adapts itself Darwinianly and seeks to migrate the issue from the individual to the institution. The judiciary, making use of the wear and tear involving the Legislative and the Executive, announces itself as the bearer of absolute truths and redeeming answers. However, the new model of Democratic State of Law, with new roles facing the emerging subject of (post)modernity, also needs shielding against decisionisms and claims that hurt the constitutional project and, consequently, the democratic model. Hence the search for the *Critica Hermeneutica do Direito* (CHD) of Lenio Luiz Streck with the objective of constructing a constitutionally adequate hermeneutics, beyond modern positivism, revitalizing the law and the normative and principiologal structure on which it is based, in an authentic understanding from the philosophical hermeneutics, away from the adjudicating decisionisms and arbitrariness of social morality and the meaning of the law. The deviations of interpretative meaning and the theoretical alibis that serve institutional interests reveal a democratic risk in a veiled institutionalized juristocracy. The solipsistic judge, giving way to the judiciary lord of the senses, deconstitutes the armor of checks and balances, putting in check not the law, but the legitimacy of the State as we conceive it.

Keywords: Hermeneutic Criticism of Law; Solipsism; Contemporary Brazilian Constitutionalism; Balance of Powers; Presidential Coalition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O NEOPOSITIVISMO KELSENIANO E A RACIONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.....	18
1.1 Do problema das lacunas ao da indeterminação da linguagem.....	20
1.2 A indeterminação da linguagem em Kelsen e o afastamento do mundo concreto.....	32
1.3 O conceito clássico de equilíbrio entre os poderes e a possibilidade de construção democrática das decisões jurídicas.....	53
2. A RECONFIGURAÇÃO DO MODELO SOCIAL A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	70
2.1 Os modelos de racionalidade judiciais particularmente considerados: quem são os nossos juízes na história?.....	73
2.2 A nova tensão entre o ser plural e o dever ser dual da modernidade deslocada para o judiciário.....	106
2.3 A questão do majoritarismo e do contramajoritarismo do judiciário enquanto álibi de um solipsismo institucional.....	120
3. A COMPREENSÃO DOS ATORES E DAS DINÂMICAS DO PODER DE DIZER O DIREITO.....	134
3.1 Direito e poder.....	138
3.2 Legislativo, Executivo e Judiciário e a reconfiguração dos arranjos institucionais: a vontade geral em crise no constitucionalismo contemporâneo brasileiro.....	154
3.3 A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) como resposta às práticas decisionistas no Brasil contemporâneo.....	167
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	182
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	188

INTRODUÇÃO

O direito, compreendido como fenômeno social, passa, no correr do tempo, assim como a sociedade na qual ele se estabelece, por contínuas e constantes alterações de perspectivas, ideologias fundantes e de compreensão do sujeito, bem como de seu papel na sociedade e das formas de controle próprias para cada conjunto de expectativas que dele decorrem.

Para além da compreensão do sujeito em si mesmo, em uma leitura solipsista, tem o direito como uma de suas mais complexas funções a forma pela qual se constrói e a partir da qual se desenvolvem os conceitos de alteridade. A questão sobre o outro, longe de ser metafísica ou transcendente, é uma compreensão dos indivíduos em termos relacionais, o que desemboca fatalmente no grau de tolerância dos modelos jurídicos, destinados a promover o controle social, ressaltando, para tanto, a necessidade de que sejam realizadas interdições sociais.

Se é possível afirmar que a vida gregária demanda um certo grau de interdição para sua viabilização, deve-se debruçar sobre qual a forma a partir da qual a interdição se dá, realizando mais do que um questionamento acerca de suas origens, dinâmicas e fundamentações, levando em conta que, dos mandos divinos aos processos racionais, busca-se, de maneira recorrente, fazer com que as razões do poder prevaleçam, fazendo calar-se as demais, sendo necessária a compreensão de tal situação. Assim, o processo de objetificação do sujeito se apresenta como um caminho eficiente para o controle forte, mas, ao mesmo tempo, é algo que se desgasta ao longo da existência, e, assim, as modificações sociais vão tornando cada vez mais complexas as estratégias sobre as quais se erguem os modos de controle social.

Na modernidade, a (quase) transcendente razão constrói, a partir de ideais voltadas à morais sociais, modelos ideais que acabam por formar um direito corretivo, ou seja, aquele que submete o direito a questões morais, políticas e econômicas. A Crítica Hermenêutica do direito, nesse aspecto, realiza uma crítica no sentido de que esta concepção levaria de forma inexorável à formação de juízos discricionários sobre quais seriam os valores a serem mobilizados na correção do direito.

A partir daí, a razão constrói a lei, e a lei, por sua vez, corrige a sociedade. A filosofia da consciência, apresentada por meio de uma racionalidade plenipotente, objetifica os indivíduos, os novos sujeitos emergentes da modernidade, que, no palco do Estado

Moderno, se engajam no projeto da construção de uma sociedade industrial, considerados justamente com a finalidade de atenderem aos anseios e propostas ideológicas do seu modelo de produção.

A partir deste panorama, um direito objetificante se ergue no Estado Moderno para a construção do *homo faber*, artífice da sociedade industrial que se apresenta como projeto, sendo que, no fim do século XVIII, já com a indústria moderna, há a identificação de resistência da classe trabalhadora em decorrência de uma objetificação do homem-máquina, que é afastado dos gozos sociais e generalizado em um padrão industrial, executando as suas funções com essa finalidade.

A sociedade burguesa do século XVIII ascende com ferocidade, o capitalismo se consolida, e os ideais de ordem e desenvolvimento (enquanto progresso) são constatáveis na existência urbana do sujeito moderno, já se compreendendo como sujeito e pretendendo mais do que se julgava merecedor em seu princípio desobjetificante. O Estado Moderno, neste contexto, pede um direito que leve em conta as novas estruturas políticas, passando, necessariamente, por uma ideia de ordenação da nova sociedade capitalista, a partir de uma racionalidade formal que trouxesse certeza e segurança, espelhando os ideais burgueses.

O direito que atendia a tais ideais se apresentou na forma do positivismo jurídico, nas suas mais diversas vertentes, capaz de gerar a segurança e certeza tão desejadas no Estado Moderno, passando, após a superação do exegetismo, em que o juiz era concebido como “a boca da lei”, não podendo ser realizada qualquer interpretação do texto legal, que era plenamente suficiente, para o neopositivismo kelseniano, a partir do qual era sustentada, principalmente, a ideia de que houvesse uma compreensão do direito sem qualquer influência de questões externas, cabendo à ciência jurídica o conhecimento e a descrição do direito de forma rigorosa, em sua pureza metodológica.

O direito, já em Kelsen visto como linguagem, e não mais como única e exclusivamente o texto legal, tem como foco a compreensão dessa relação responsável por unir o sujeito e o objeto. A linguagem é, portanto, condição de possibilidade para a compreensão do texto, de forma que só é possível a realização de uma interpretação a partir da superação das insuficiências da linguagem, existindo, para tanto, a fixação de uma moldura que representa o direito a ser interpretado, que possui, por assim dizer, diversas respostas consideradas válidas. Logo neste período já se detectava a possibilidade e que o judiciário atuasse com

discricionariedade em determinadas circunstâncias.

O sujeito da modernidade em expansão, amplia sua demanda por mais possibilidades existenciais, e o projeto libertário precisa tomar novas formas para conter seu novo sujeito que sente o prenúncio das liberdades, e, se em um primeiro momento a modernidade se apresenta como um projeto de liberdades do servo frente ao senhor feudal, em um segundo momento, volta-se para a contenção dessa liberdade que coloca em risco o projeto de ordem sobre o qual se estrutura a própria modernidade, de forma que a generalização acaba por promover e limitar a liberdade pela (re)objetificação, passando a sociedade industrial que em seus primeiros momentos se apresentava como libertária, a ser opressora. As carências dos séculos XIX e XX apresentam-se como anseios, promessas esquecidas da modernidade, e as liberdades que se acumulam, abrem-se em novas perspectivas. O projeto moderno mostra-se pouco para dar conta de algo com que se contava, assim como Kelsen contava com o decisionismo.

Temos, aqui, com o homem se (re)conhecendo como senhor de novas possibilidades, a dualidade moderna não dá conta da complexidade social que remete ao pluralismo, que nasce no social, afeta ao indivíduo e cria demandas sociais que refletem diretamente no direito, o novo modo de ser/conhecer pede mais demandas satisfeitas e mais possibilidades abertas, assim, uma nova crise se instala, é a exaustão da modernidade.

Da nova crise, novos desenhos estruturais se abrem como possibilidades, poderes sentem o rearranjo anunciando-se o novo, de novo (e sempre), e os olhos, entre paradigmas, turvam a visão, e a resposta primeira vem das estruturas de poder, que acabam, por muitas vezes, levando a compreensões dissociadas nos nortes autênticos de racionalidade para a construção do direito, estabelecidas sendo dinâmicas entre os atores do direito que afastam do ideal de um Estado Democrático de Direito, que estamos inseridos.

Passamos, assim, por momentos distintos que evidenciam a alteração de concepções acerca do poder e a forma de exercício dos atos pelo judiciário, sendo, a partir dos modelos de juízes de Ost, identificada na história a presença do juiz Júpiter, Hércules e Hermes, exercendo o papel de julgadores, porém, nos três momentos distintos, a partir de fundamentos diferentes. No primeiro caso, o juiz atua a partir de concepções próprias, de acordo com a intenção do sujeito individualmente considerado, passando posteriormente para um modelo de juiz que julga de acordo

com uma sobreposição dos fatos para que se chegue às soluções dos casos concretos, ainda em uma posição solipsista, chegando, por fim, no terceiro modelo de juiz, Hermes, responsável por interpretar realizar uma atuação estruturada em rede. Mesmo que seja possível considerar possíveis evoluções entre os modelos mencionados, pode-se observar, por outro lado, a existência e persistência do problema do decisionismo, bem como de um exercício de poder baseado em questões pessoais e institucionais.

Já em um Estado Democrático de Direito, levando em conta a existência de um novo sujeito com novas possibilidades, uma nova tensão que se instala se refere ao deslocamento do poder de dizer o direito para o Poder Judiciário, que, conforme retratado a partir dos modelos de juízes e os diferentes nortes de sentido para a prática de decidir, se modifica de tempos e tempos.

Tem-se, no contexto brasileiro, a necessidade de que sejam vislumbradas maiores possibilidades de linguagem em face da estruturação moderna, para que seja possível uma compreensão mais adequada de acordo com a concretude e com horizontes autênticos, levando em conta que o modelo dogmático e essencialmente moderno não se faz mais suficiente para a realidade complexa do constitucionalismo contemporâneo. Assim, a prática decisória baseada em questões individuais ou institucionais não deve ser considerada como válida levando em conta a existência e uma Constituição que deveria ser utilizada como norte de sentido para a aplicação do direito, levando em conta a facticidade e os princípios constantes do próprio texto constitucional.

Partindo da ideia de que, levando em conta novas perspectivas do constitucionalismo contemporâneo, bem como os altos graus de demandas de uma sociedade que se percebe e se assume como plural, ainda buscando a realização das promessas incumpridas da modernidade, torna-se necessária e relevante a discussão acerca das formas de interpretação da norma jurídica e os critérios legítimos de demandas sociais, analisando, para tanto, as estruturas de poder existentes, que se modificam e influenciam, inexoravelmente, na forma de exercício de poder adotada.

Assim, a partir do segundo pós-guerra, com a identificação de neoconscitucionalismo(s), já com a superação da filosofia da consciência e com o aumento de força dos textos constitucionais, observa-se um avanço da jurisdição constitucional que leva a um deslocamento do polo de tensão dos poderes, que passa a ser atribuído, em sua grande parte, ao Judiciário, que se apresenta, por sua vez,

como protagonista, sendo sua atuação objeto de destaque no início do corrente século XXI. A recorrente construção de referentes de poder arbitrário leva, consequentemente, à elaboração de decisões que ultrapassam os limites constitucionais delineados ao próprio Judiciário, que por muitas vezes atua criando o direito, exercendo, além de seu poder, o poder que deveria ser extraído da vontade geral e exercido pelo Legislativo ou até mesmo o Executivo.

Dentre as razões para o protagonismo atribuído ao judiciário na atualidade, merece destaque a questão referente à forma de atribuição de sentidos ao proferirem as decisões para a solução das demandas existentes em sociedade, deixando de lado, por muitas vezes, o caráter normativo da Constituição, que tem, dentre outras funções, o papel de nortear o sentido da aplicação do direito realizada pelo Judiciário, que acaba por apresentar, em alguns momentos, práticas ativistas e discricionárias, desvinculadas do grau de responsabilidade política que deveria ser existente, evidenciando, por outro lado, a judicialização da política, caracterizada principalmente pelo aumento de influência do judiciário em questões políticas.

Tal problema, longe de ser exaurido, em muito deve ser debatido a fim de que se compreenda a necessidade de que, para a interpretação/aplicação do direito, seja levado em conta um norte autêntico de sentido para as práticas adotadas, principalmente pelo Judiciário, que, no caso do modelo democrático e constitucional brasileiro, deve levar em conta a tradição, no sentido gadameriano, preservando, ainda, a atribuição de funções a cada poder de Estado, sem que haja a tentativa ou a concretização de uma usurpação de poder de um sobre o outro.

Além disso, os próprios poderes de Estado, acabam, por muitas vezes, por estabelecer coalizões a fim de atender aos próprios anseios institucionais, realizando espécies de acordos com fins específicos a serem atingidos, sendo elaboradas soluções em conjunto para eventuais demandas existentes, o que acaba por criar a possibilidade de um exercício de jurisdição mais ousada, a partir de práticas estratégicas dissociadas dos prismas constitucionais.

Há, no texto constitucional, claramente o estabelecimento de uma tripartição de poderes com a finalidade de que funções sejam exercidas por órgãos determinados, de acordo com suas respectivas competências, a fim de preservar principalmente a democracia, entretanto, tal espaço de atuação acaba por ser frequentemente invadido, de forma a enfraquecer a democracia e desvincular a existência de direitos fundamentais, levando em conta que há a necessidade de que o exercício

interpretativo se dê em conformidade com o texto constitucional e com a aplicação da norma, sendo cada função designada realizada de acordo com as competências existentes.

O ativismo judicial, enquanto uma perspectiva que nasce de modelos ideais de indivíduos ou instituições, precisa ser posto em xeque para que seja possível realizar um desenho das relações sociais existentes no Brasil, não sendo possível a produção de normas pelo judiciário sem levar em conta a existência de uma vontade geral, reproduzida pelo Legislativo, que também deve ser levada em consideração. Para tanto, a partir da presente introdução será demonstrado qual o percurso a ser utilizado para que se compreenda a forma de exercício de poder do Judiciário no século XXI, bem como qual a forma adequada para a interpretação e aplicação das normas aos casos concretos quando da solução de conflitos.

Assim, considerando a existência de um texto constitucional vigente, válido, e democraticamente produzido, faz-se necessário destacar, como um dos principais problemas, a escolha arbitrária e discricionária de referenciais para o exercício da jurisdição, que pode levar a uma desvirtuação do sentido de dizer o direito e à ilegitimidade das decisões proferidas, mesmo com a existência de uma Constituição. Há, então, a necessidade de observância ao problema do decisionismo judicial e das relações de poder entre os atores do direito no Brasil contemporâneo.

Conforme mencionado, tal prática ativista e discricionária pode ser percebida desde Kelsen, que já mencionava a existência de liberdade para que o Judiciário atuasse como criador do direito quando da aplicação da norma, tendo liberdade para se utilizar da forma interpretativa do direito da forma que melhor lhe conviesse, desde de que observada a moldura jurídica, sendo necessário, para tanto, entender o problema da insuficiência da linguagem, ressaltando a impossibilidade de que, em uma realidade mais complexa do constitucionalismo contemporâneo, haja a adoção de uma linguagem limitada típica do mundo moderno, deixando de levar em conta o sujeito que se mostra e se vê plural, em uma sociedade tolerante e includente.

A recorrente construção de referentes para o exercício de poder arbitrários, leva à elaboração de decisões que por muitas vezes ultrapassam os limites constitucionalmente delineados ao próprio Poder judiciário, que muitas vezes atua criando direito, ocasionando impactos sociais, ideológicos e políticos, considerando que, na realidade, existe uma limitação imposta pelos parâmetros constitucionais bem como pelo próprio ideal de tripartição de poderes.

Considerando, portanto, a identificação acerca da existência de práticas decisionistas inclusive a partir de uma escolha arbitrária de referenciais teóricos, que acabam por se intensificar no constitucionalismo contemporâneo em decorrência do aumento de demandas sociais, surge a principal questão do presente trabalho, que consiste no questionamento acerca da possibilidade de que a Crítica Hermenêutica do Direito seja concebida como a resposta mais adequada para afastar o decisionismo do Poder Judiciário, preservando o caráter normativo da Constituição.

Para tanto, tem-se como objetivo geral a elaboração de uma discussão acerca do problema do decisionismo judicial e das relações de poder estabelecidas entre os atores do direito no Brasil contemporâneo, sendo que, a partir daí, se desdobram os objetivos específicos a serem abordados, respectivamente, em cada capítulo desta pesquisa, que são: analisar o problema da indeterminação da linguagem em Kelsen bem como o espaço de poder aberto pela discricionariedade; analisar as relações de poder estabelecidas entre os atores do direito e as dinâmicas da linguagem e dos modos de apropriação da fala autorizada do direito, levando em conta o aumento de demandas sociais no constitucionalismo contemporâneo, para que, por fim, seja possível verificar se, de fato, a Crítica Hermenêutica do Direito apresenta uma resposta adequada às práticas solipsistas e decisionistas do Poder Judiciário.

Esta pesquisa parte da hipótese de que a Constituição deve ser compreendida como a própria condição de existência do direito, como o que o constitui, tendo a hermenêutica a finalidade de tornar visível o fenômeno constitucional, sem que seja compreendido de forma objetificada, como se fosse um simples documento e intenções, sendo levada em conta a utilização do texto constitucional para a compreensão/aplicação das normas jurídicas, levando em conta, principalmente, que o direito é concretude e assim deve ser exercido.

Os modelos de compreensão anteriores à uma perspectiva intersubjetiva, de fato acentuam a existência de uma crise com relação à forma de se conceber o direito, justamente pelo fato de afastarem-se do mundo concreto, não sendo possível a realização de uma explicação ontológica acerca de todos os conceitos que sejam suficientes para o campo jurídico, sendo o objetivo da Crítica Hermenêutica do Direito, justamente, o afastamento de um sentido comum teórico para levar a uma atividade interpretativa e de aplicação, em um processo incindível, que deixe aparecer o direito em seu caráter transformador, com o *plus* normativo do Estado Democrático de Direito.

Se a contenção, em um primeiro momento, volta suas preocupações para o sujeito solipsista da modernidade, incumbido de decidir as questões que lhe são apresentadas, a ideia de que um rearranjo de poderes acaba por abrir as portas para movimentos expansivos institucionalizados, e é essa justamente a institucionalização do decisionismo, o objeto que move a presente pesquisa. Das formas clássicas de equilíbrios de poder aos desvios institucionalizados, busca-se uma construção a partir do chão teórico, desenhado a partir do positivismo exegético, passando pelo positivismo normativista, pela condição de possibilidade nascida da metáfora da vontade geral, e do necessário equilíbrio entre poderes, protegendo e fazendo prevalecer as primeiras estruturas do Estado Moderno, que sobrevivem bravamente às crises trabalhadas por Streck e Bolzan, até que depara-se com o novo modo de se fazer política, a partir de coalizões, que, ao serem estabelecidas entre os Poderes de Estado, de forma estratégica, acabam por permitir a prática da jurisdição de forma mais ousada, visando atingir os objetivos institucionais existentes.

Da demanda pela compreensão constitucionalmente adequada, surge a necessidade de um processo hermenêutico que se adeque à pós-modernidade, ao pós-positivismo e ao constitucionalismo contemporâneo, indo para além das arbitrariedades das teorias argumentativas, presentes em volume elevado nas decisões de maneira equivocada, presas que se encontram aos princípios gerias do direito, o que turva a compreensão e utilização dos princípios constitucionais. Para tanto, esta pesquisa convoca, como metodologia, a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck.

A CHD permite a reinserção do mundo concreto na experiência jurídica do Estado Democrático de Direito. Se há uma perda do mundo concreto em uma perspectiva moderna, o constitucionalismo contemporâneo dá aos princípios a atribuição de dar sentido ao direito em um movimento de fechamento, institucionalizando o mundo prático e afastando os dualismos modernos.

Tem-se, dessa forma, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito a necessidade de análise da linguagem a partir de uma historicidade, da tradição, levando em conta, ainda, que a Constituição deve ser concebida como algo que constitui a própria sociedade, contendo, em seu corpo, direitos fundamentais estabelecidos como passíveis de realização não podendo tal questão ser deixada de lado para a possibilidade da própria efetivação do Estado Democrático de Direito.

O texto constitucional, como ressaltado por Streck, não pode ser transformado

em um latifúndio improdutivo, não devendo a Constituição ser considerada tão somente como um documento formal que estabelece diretrizes, sendo necessária a preservação e o cumprimento de seu conteúdo, que estabelece, dentre outras questões, os próprios fins do Estado e a limitação para que não haja uma utilização de seu texto pelos Poderes da melhor forma que lhes convir.

Será, portanto, justamente a partir da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), que serão solucionados problemas concretos existentes a partir de um processo de interpretação/aplicação que não são passíveis de cisão, considerando que fazem parte de uma única etapa intitulada *aplicatio*, a partir da qual se interpreta aplicando e se aplica interpretando em uma circularidade. Da mesma forma, para que uma norma seja utilizada em determinado caso, não há que se falar na possibilidade de que essa seja atribuída como relacionada a um texto específico, visto que a norma é, na realidade, a condição de possibilidade do sentido de um texto existente, o produto de sua interpretação, sendo, somente a partir dessa concepção, levando em conta a inexistência de um sujeito que tenha um objeto específico à sua disposição, que poderá se falar na efetiva superação do esquema sujeito-objeto.

1. O NEOPOSITIVISMO KELSENIANO E A RACIONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Para que seja traçado um caminho com a finalidade de apresentar a modificação da racionalidade jurídica no Brasil contemporâneo, quando pensada a partir de o neopositivismo kelseniano, em especial com relação ao Poder Judiciário e às práticas decisionistas identificadas, torna-se imprescindível a compreensão das diversas racionalidades adotadas com o passar do tempo, posteriormente ao declínio do entendimento de que o juiz deveria atuar tão somente como a boca da lei, sendo, somente a partir de uma visão ampla e histórica a respeito do Poder Judiciário e do direito como forma de controle social, possível compreender a atual racionalidade existente, que leva, muitas vezes, à identificação de práticas decisionistas.

Considerando a superação do positivismo exegético¹, já mencionada por Streck quando se refere às críticas realizadas ao positivismo em seu sentido normativista, momento em que se identifica o protagonismo judicial, há a necessidade de observância, primeiramente, às perspectivas para além do exegismo, levando em conta o problema de indeterminação da linguagem trabalhado por Kelsen e a ideia da discricionariedade do intérprete quando considerando a moldura normativa existente em que constam as possibilidades a partir das quais o julgador poderá, ao seu bel prazer, escolher como sendo uma aplicação adequada².

Assim, para que haja uma discussão do direito em um Estado Democrático em que vivemos, devem ser analisadas as condições de possibilidade e de validade do direito, considerado a partir de um elevado grau de autonomia atingido com as Constituições do segundo pós-guerra³, passando, necessariamente, por questões referentes à interpretação do direito, em especial, no presente trabalho, à compreensão do julgar e da interpretação utilizada como do exercício do Poder Judiciário.

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

³ STRECK, Lenio Luiz. *As recepções teóricas inadequadas em terrae brasiliis*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. p. 5. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53> Acesso em: 15 de março de 2020.

Há, dessa forma, a partir do Estado Democrático de Direito, uma espécie de autonomização do direito, sendo a Constituição a demonstração da existência de autonomia do campo do direito em face das outras dimensões existentes que podem se relacionar àquele, como por exemplo a política e a economia, que, embora possam estabelecer intercâmbio com o direito, não podem levá-lo à destruição, sendo, portanto, um campo autônomo⁴.

A ideia de ter como ponto de partida o neopositivismo kelseniano e a questão da indeterminação da linguagem, se dá em decorrência da importância de se compreender a forma pela qual se dá a interpretação do direito, não sendo mais suficiente a letra da lei do positivismo exegético, passando a existir uma percepção acerca da discricionariedade da decisão, sendo, mais de dois séculos atrás, concebido o decisionismo como sendo um problema, e o controle do juiz como uma questão pendente de solução, conforme se demonstrará neste primeiro capítulo.

Há a necessidade, portanto, para que se chegue à racionalidade jurídica adotada no Brasil contemporâneo, de uma reflexão acerca da questão da multiplicidade de sentidos das palavras, a partir da ideia de indeterminação da linguagem identificada em Kelsen, que evidencia o problema do direito em referência à interpretação concreta no nível da aplicação⁵.

Dessa forma, neste primeiro momento, faz-se necessário revisitar o neopositivismo kelseniano para que se compreenda qual o trajeto histórico percorrido desde o momento em que já houve a identificação de um judiciário que não pode ser controlado.

A partir da ideia de constituição do direito como ciência livre de intervenções distantes do seu objeto, Hans Kelsen, durante o século XX, apresentou uma nova concepção jurídica distinta do positivismo exegético, com a ideia de que houvesse uma compreensão do direito sem qualquer influência externa, considerando como existente uma estrutura hierárquica das normas em que os níveis superiores se apresentassem como validadores dos níveis inferiores, além de apresentar a ideia de que cabe à ciência jurídica conhecer e descrever o direito com rigor⁶. Será, portanto,

⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar A “Letra Da Lei” É Uma Atitude Positivista?* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. p. 165. Disponível em: Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308> Acesso em: 16 de março de 2020.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 262/263.

o objetivo deste primeiro capítulo, compreender, a partir do pensamento kelseniano, a questão da indeterminação da linguagem e que, mesmo naquele momento já se identificava a existência de práticas decisionistas pelo Poder Judiciário.

1.1. Do problema das lacunas ao da indeterminação da linguagem

O modelo neoconstitucionalista identificado no Brasil do século XXI, caracterizado pela existência de uma Constituição que compreende regras referentes às estruturas de poder e princípios fundamentais necessários para a consolidação de um sistema político justo e adequado⁷, demonstra uma modificação da natureza do direito positivo quando comparado ao positivismo jurídico⁸, em decorrência principalmente da existência de valores constitucionais que devem servir como forma de sustentação e limitação para as normas infraconstitucionais existentes. O Estado Constitucional seria dotado, portanto, de maior complexidade, não sendo suficiente a exposição exclusiva de regras positivas para a solução das questões sociais existentes.

Por outro lado, é possível observar nas raízes do modelo jurídico brasileiro, sinais de uma leitura positivista e de seus reflexos, acabando por se transformar em uma forma de determinação do modo de ser do jurista, demonstrando a prevalência do velho em face do novo⁹, observada a partir da prevalência de dispositivos que permitem a prática decisionista e que demonstram a prevalência de um modelo burguês pautado nas relações privadas¹⁰, tornando necessário, portanto, antes de abordar diretamente o neopositivismo kelseniano, ponto central do capítulo, compreender a forma pela qual este se instituiu e quais são as bases da corrente de

⁷DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 79-80

⁸ DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 87

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261.

¹⁰ Streck menciona, como exemplo à prevalência positivista, impossibilitando a constitucionalização do direito civil, a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, que é baseada no estabelecimento de parâmetros para a aplicação do direito de forma geral. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262.

pensamento positivista, que nasceu e demonstrou sua influência no século XIX¹¹, compreendendo, assim, a forma de julgar adotada naquele período. Tendo como pressupostos básicos a noção de objetividade, segurança e previsibilidade, o positivismo jurídico se apresenta como parte de um movimento muito maior, que é o positivismo filosófico desenvolvido por August Comte, precursor da filosofia positiva, que é, por sua vez, a matriz da racionalidade que se instaura e que sustenta o modo de ser moderno.

É importante mencionar que a raiz cientificismo que pode ser observada no Positivismo Jurídico do séc. XIX pode ser identificada antes mesmo de Comte, sendo possível afirmar que, mesmo que em parte, o Positivismo Comtiano também deu base para que fosse elaborada uma crítica ao Juspositivismo Conceitualista¹², sendo que, posteriormente, a partir da Teoria Pura do Direito de Kelsen passa a ser identificada uma ruptura com algumas das ideias Comteanas.

Comte considera que a filosofia positiva possui como caráter fundamental a sujeição de todos os fenômenos às leis naturais invariáveis¹³, sendo que, para garantir previsibilidade do pensamento científico, há a necessidade de que haja um afastamento de toda e qualquer dimensão metafísica existente¹⁴, buscando a aproximação somente do que se apresenta de forma objetiva e passível de cálculo, não podendo as experiências espirituais serem tratadas cientificamente, a partir de uma substituição integral da filosofia teológica e metafísica pela filosofia positiva¹⁵.

A filosofia positiva era utilizada com a finalidade de ordenar o sistema geral de conhecimento, consolidado, por sua vez, nos séculos de desenvolvimento do conhecimento científico¹⁶, e, a partir da concepção comteana, a metafísica, que busca

¹¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 1^a ed. 2^a reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 40

¹² STRECK, Lenio Luiz. MATOS, Daniel Ortiz. *Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico*. Revista UNIFESO – Humanas e Sociais Vol. 1, n. 1, 2014, pp. 120-140. p. 124. Disponível em: <http://www.revista.unifeso.edu.br/index.php/revistaunifeso-humanas-e-sociais/article/viewFile/10/16>.

¹³ COMTE, August. *Principios de filosofia positiva*. Tradução de Jorje Lagarrigue. Santiago: Imprenta de la libreria del mercúrio, 1875. p. 66.

¹⁴ Conferir, nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 111 e WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3^a ed. ver. atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p. 54.

¹⁵ COMTE, August. *Principios de filosofia positiva*. Tradução de Jorje Lagarrigue. Santiago: Imprenta de la libreria del mercúrio, 1875. p. 89.

¹⁶ ABRÃO, Baby; COSCODAI, Mirtes. *História da filosofia*: o percurso da filosofia, das suas origens a: Sócrates, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, Descartes, Espinosa, Newton, Rousseau, Hegel, Marx, Nietzsche, Sartre, Heidegger entre outros pensadores. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 2003. p. 396.

explicar a natureza íntima dos seres¹⁷, é considerada como uma forma de teologia baseada em simplificações com a finalidade de satisfazer as condições de ordem desejadas, podendo ser o estado metafísico considerado como uma espécie de doença crônica à evolução mental, que faz a utilização de abstrações ontológicas¹⁸.

O positivismo jurídico espelha, de certo modo, a visão iluminista, cientificista e objetivista, afastando do direito todos os valores de ética e moral¹⁹, levando apenas em consideração o texto legal, que seria suficiente para as soluções do direito, inexistindo qualquer outra referência passível de utilização. O direito será, portanto, abordado como um conjunto de fatos, fenômenos e dados sociais equivalentes aos do mundo natural²⁰, devendo ser estudados, pelo jurista, de forma semelhante à adotada pelos cientistas quando estudam a realidade natural, sem que sejam formulados juízos de valor.

A razão científica é capaz de construir um ordenamento pleno e completo, que dá conta de todas as possibilidades fáticas existentes, assim, o *Code Civil*, resultante da sistematização dos textos legais aptos a resolver, integralmente, as questões práticas existentes, considerado como sendo uma novidade pelos juristas, do qual poderiam ser deduzidas todas as soluções que fossem possíveis²¹, era tido como o fundamento da racionalidade e experiência do direito²², tendo a ciência a característica principal de ser avaliativa, a partir de uma clara distinção estabelecida entre juízos “de fato” e “de valor”, sendo que, só poderia ser considerado como sendo pertencente ao campo científico o que decorresse de um juízo de fato²³. Segundo Ricardo Marcelo Fonseca:

As ciências naturais e sociais devem limitar-se às explicações causais dos fenômenos de forma objetiva, neutra, livre de juízos de valores ou ideologias,

¹⁷ COMTE, August. *Discurso preliminar sobre o espírito positivo*. Tradução de Rennato Barboza Rodrigues Pereira. Edição eletrônica de Ridendo Castigar Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/comte.pdf> acesso em: 07 de abril de 2020. p. 32.

¹⁸ COMTE, August. *Discurso preliminar sobre o espírito positivo*. Tradução de Rennato Barboza Rodrigues Pereira. Edição eletrônica de Ridendo Castigar Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/comte.pdf> acesso em: 07 de abril de 2020. p. 34

¹⁹ Ainda nesse sentido, conferir: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 1^a ed. 2^a reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 60.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131.

²¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 515/516.

²² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 30.

²³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. P. 135.

de noções prévias e preconceitos. Note-se, antes de tudo, como a compreensão desse pressuposto depende fundamentalmente da aceitação daqueles pressupostos “epistemológicos” do positivismo. Somente na medida que se separa o objeto do sujeito (primeiro pressuposto epistemológico), tornando esse objeto, isolado do sujeito, como passível de ser espelhado no conhecimento (segundo pressuposto epistemológico) e, na mesma medida que se separam fatos e valores (terceiro pressuposto epistemológico), é que se torna viável a crença na possibilidade ilimitada de um conhecimento objetivo que esteja livre de juízos de valores e ideologias, sob pena de ser contaminado.²⁴

A ideia, portanto, era que a lei fosse suficiente para dar conta de todas possibilidades fáticas, e consequentemente de todas as demandas sociais existentes, sempre com a produção de verdades pela razão, estruturadas, por sua vez, em forma de lei, com um consequente afastamento do mundo concreto, a partir de uma análise objetiva e puramente legal, condição necessária para a modernidade, baseada no empirismo e cientificismo. O conhecimento, portanto, é limitado à demonstração pela manipulação e experimentação, com a ciência sendo associada ao cálculo²⁵.

Segundo Clémerson Merlin Clève, o positivismo é uma forma de viver e estudar o direito, a partir de uma estrita correspondência deste com o direito positivo, legal, e tendo como proposta o conhecimento do mundo a partir da pura e simples apreensão de sentidos²⁶, afastando todo e qualquer estudo histórico, sociológico, ou de qualquer forma que possibilitasse uma compreensão a partir do mundo concreto, em observância estrita ao direito positivado, sendo o conhecimento do direito restrito tão somente ao conhecimento da lei. Isso se dá por quê a neutralidade pretendida pela filosofia positiva somente poderia ser alcançada a partir do afastamento do mundo concreto, em decorrência da existência de pessoalidades e impurezas, vindas de aproximações ideológicas próprias do esquema sujeito-objeto que então se buscava estabelecer, que contaminam o conhecimento científico. Aqui está a raiz da cisão entre mundo ideal (dever ser), e mundo concreto (ser), com a consequente aversão positivista às ciências sociais, negando-lhes até o caráter de ciência, por serem consideradas, assim como todas as ciências do espírito, especulativas²⁷, e, mesmo a

²⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. *O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito*. Argumenta Journal Law: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, nº 10, 2009. p. 152.

²⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2011. p. 203.

²⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 3^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 93/94.

²⁷ SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des) construção hermenêutica do direito penal em terrae brasiliis: o bem jurídico à luz da constituição*. Tese. Doutorado em Direito Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2011.

partir de métodos rigorosos, não serem capazes de chegar aos mesmos resultados, diferentemente dos enunciados fundados em experiências.

É a ideia de que, com a neutralidade e fidelidade à utilização de métodos, é possível alcançar resultados empiricamente comprováveis, sendo o positivismo o condutor que leva às verdades, filhas de uma razão científica, neutra, por sua vez, porque a verdade não é opinativa, é comprovada e afastada de perspectivas ideológicas. Nesse panorama busca-se a estruturação de uma ciência neutra, pura em sua essência, e capaz de se validar por métodos²⁸, que, em uma perspectiva ideal, possam dar a forma da essência do real, sendo o direito concebido como ele é, analisado como um dado em si mesmo²⁹.

Nota-se a prevalência do direito posto, por ser a essência da razão positivista, e, por consequência, a essência da verdade, nos códigos promulgados por Napoleão Bonaparte, com destaque, dentre eles, do Código Civil napoleônico de 1804, que foi elaborado a partir da ideia do estabelecimento de uma compilação de normas que possibilitassem um melhor conhecimento do direito³⁰, tanto aos juízes quanto aos cidadãos, espelhando o desejo de conciliar conquistas civis e políticas da Revolução Francesa com a estabilidade econômica e social, e, ainda, garantindo direito liberdade civil. A ideia era que o Código Civil, elaborado por ele juntamente ao conjunto de códigos de 1804 a 1810, fosse criado para durar eternamente³¹. Isso por conta da tradução de verdades humanas e cientificamente deduzidas que ele traz, sendo perene, tendo em vista que a essência das verdades consiste na sua durabilidade por todo o sempre.

No início do século XIX, Napoleão recomendou a realização de um código, considerando a demanda por um agrupamento de todos os textos referentes ao estado das pessoas e às relações sociais existentes³², de forma a substituir os

²⁸ É importante mencionar, nesse sentido, que segundo Streck a obra “Verdade e método”, de Gadamer, deve ter seu título lido como “Verdade contra o método”, por, em decorrência do rompimento necessário com o esquema sujeito-objeto, não ser possível a realização de uma interpretação por etapas, a partir de métodos, de forma a superar a epistemologia pela fenomenologia hermenêutica. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 293

²⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 29.

³⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 448.

³¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 456.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Código Napoleão - influência nos sistemas jurídicos ocidentais*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.I.], n. 32, p. 1-14, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível

variados sistemas existentes anteriormente, e, para a elaboração do código civil, houve uma inspiração dos ideais da Revolução Francesa, sendo inequívoca a participação de Napoleão Bonaparte, que, além de influenciar na aprovação das disposições constantes do Código, se mostrou presente e determinado quando da realização de debates sobre a matéria em questão³³.

Após a edição do Código Civil napoleônico, passou a ser utilizado o método gramatical de interpretação, em que, a partir de uma análise das palavras do texto da lei, buscava-se sua substituição por termos semelhantes utilizados, por sua vez, em textos aceitos como inquestionáveis³⁴, por serem verdades construídas a partir de um novo método, a dogmática jurídica, que, condensando o modo de ser ideal, construído no dever ser, fosse imposto ao ser como instância corretiva. Entretanto, o método exegético apresenta algumas diferenças quando comparado ao gramatical, sendo considerada, além da significação do texto legal, a intenção do legislador quando da elaboração da lei, o espírito do legislador³⁵, responsável por estabelecer a autoridade e prevalência do Poder Legislativo, sem, entretanto, abrir margem para a introdução de valores distintos dos previstos no direito positivo.

De acordo com Warat, o método exegético se apresenta a partir de uma ideia de autossuficiência, sendo possível alcançar soluções para todos os conflitos existentes juridicamente, sendo necessário, para tanto, a existência de um juiz neutro que mantenha seu campo de observação ao texto da lei e à vontade do legislador quando de sua edição³⁶.

Havia, a partir da ideia de prevalência do texto legal, a necessidade de que a lei posta fosse tão somente pronunciada pelo juiz, sendo o julgador, segundo Montesquieu, considerado tão somente como a boca que pronuncia as palavras da lei³⁷, sendo o atribuir mais ou menos força às palavras inadequado, tendo em vista

em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1003> . Acesso em: 18 abr. 2020. p. 4.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Código Napoleão - influência nos sistemas jurídicos ocidentais*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.I.], n. 32, p. 1-14, fev. 2014. ISSN 1984-1841. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1003> . Acesso em: 18 abr. 2020. p. 6-7.

³⁴ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 66/67

³⁵ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 68

³⁶ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 69/70.

³⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 175.

que a verdade trazida na lei, por si só, já teria a força necessária e suficiente para a sua aplicação, não podendo ser questionada, reforçada ou mitigada.

Nitidamente o Poder Legislativo tinha uma posição de destaque nesta concepção, sendo, a vontade do legislador quando da elaboração da lei, em conjunto com as palavras constantes do texto legal, o suficiente para que houvesse a sua compreensão e o julgamento a ser realizado pelos juízes, repita-se, tão somente reproduzindo o determinado pela lei. O direito seria, portanto, previsível e garantido pela aplicação realizada por determinado órgão judicial competente para tanto, de forma neutra, o que acabaria por autonomizar o universo jurídico³⁸.

No que se refere às fontes do direito, no século XIX, era identificada uma distinção existente entre a lei e o espírito da lei, sendo a primeira o ato estatal praticado, e o segundo, consubstanciado nas convicções comuns de um povo³⁹, e, em decorrência da formação de uma aproximação entre pensamento e ação do homem, passando o primeiro a valer sempre para alguma ação determinada, houve, por consequência, o surgimento de novas estruturas econômicas fundadas na ciência, demonstrando a liberdade de iniciativa e estimulando a vontade criadora⁴⁰.

A dogmática jurídica, no século XIX, possibilitou o aparecimento de normas de comportamento preservando a segurança nas relações existentes, como uma forma de organização dos atos estatais e da produção de normas, de forma que, para a aplicação do direito, fez-se necessário o estabelecimento de critérios para que se reconhecesse a prescrição de uma determinada manifestação social como norma jurídica, proporcionando regras estruturais para tanto⁴¹.

Em uma tentativa de se converter o direito em ciência, não passível de especulações, como se pudesse ser extraído dele maior grau de confiabilidade do que o referente às ciências sociais, construiu-se uma crença na existência de leis absolutas e invariáveis em relação à sociedade⁴², podendo estas, portanto, serem estudada da mesma forma que as ciências exatas, com precisão e segurança, a partir de uma nítida separação entre fatos e valores, com a preservação dos fatos e da

³⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 3^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 97.

³⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 223-224.

⁴⁰ REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Editora Saraiva, 1963. p. 275.

⁴¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 227.

⁴² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 1^a ed. 2^a reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 49.

objetividade, e com um consequente afastamento dos valores, a fim de evitar que o sujeito pudesse vir a comprometer o processo de conhecimento.

Seria justamente essa a separação entre questão de fato e questão de direito discutida enfaticamente por Castanheira Neves em suas obras, dentre elas “*Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*” , quando assevera que, em referência à questão de fato, esta passa por dois momentos, sendo um primeiro de problematização, em que há o reconhecimento da situação concreta e a determinação de sua relevância jurídica, e um segundo em que há a comprovação das especificidades e os elementos da relevância atribuída à questão, e, já com relação à questão de direito, esta pode ser considerada em abstrato ou em concreto, sendo a primeira hipótese aquela que determina um critério jurídico para orientação da e fundamentação da solução jurídica do caso, e a segunda, aquela que se refere ao problema do juízo que deverá decidir determinado caso⁴³. Assim, considerando tais momentos metodológicos da análise do caso jurídico, pode-se concluir que toda questão de fato é uma questão de direito, e vice-versa⁴⁴, de forma que a atribuição de um sentido jurídico a um caso específico é determinada pelo problema jurídico que ele implica⁴⁵, o direito, portanto, integra o caso concreto:

O que, se não tem de traduzir a restauração da indissolubilidade facto-direito própria da retórica jurídica clássica, impõe decerto a conclusão de que “o facto” (a realidade juridicamente relevante na institucional atividade judicativo-decisória) é ele próprio um constituído jurídico-processual; que o “referente” objetivo-real da decisão jurídica é um correlato jurídico-objectivo constituído pela objectivante e determinante intencionalidade jurídico-processual que a prepara.⁴⁶

A Escola da Exegese, corrente jurídica que, segundo Castanheira Neves entendia o direito como um conjunto de textos legais sistematizados nos códigos⁴⁷, enunciou como pressupostos, em primeiro lugar, a concepção do direito como lei, não havendo qualquer outra possibilidade a não ser as que eram descritas pelo texto legal; em segundo lugar, que a lei deveria ser o único critério jurídico, não sendo possível

⁴³ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Boletim da faculdade de direito Universidade de Coimbra, Stvdia Iurídica 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 163/169.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 278.

⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Boletim da faculdade de direito Universidade de Coimbra, Stvdia Iurídica 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p.174

⁴⁶ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 3. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 328.

⁴⁷ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 2. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 181.

que nada além do conteúdo normativo da lei fosse utilizado para tanto, e, em terceiro lugar, a lei era considerada suficiente para a resolução de qualquer conflito que necessitasse de uma decisão, sendo todos os casos jurídicos passíveis de solução por intermédio do sistema legal⁴⁸.

Dentre as causas determinantes para o advento da Escola da Exegese, a codificação é uma delas, sendo a via mais eficiente para a solução dos casos existentes, a busca em um código que desse as possibilidades de resolução da questão. Além disso, a mentalidade dos juristas que se baseavam no pensamento positivista exegético era guiada pelo princípio de autoridade, sendo que, a expressão do legislador, por meio da lei, se dava de acordo com sua vontade e autoridade soberana⁴⁹. O direito é aquele que advém do Estado soberano, produtor da norma jurídica, ou seja: a lei, de modo que, qualquer outra fonte do direito, deveria ser utilizada tão somente a partir de uma concessão da lei ou de uma remissão desta⁵⁰.

A significação é, portanto, constituída exclusivamente pelo texto, sendo este autossuficiente e considerado como o objeto de interpretação, podendo ser considerados os principais princípios da Escola da Exegese o culto da lei, devendo o intérprete utilizar-se do ponto de vista legal, e a prevalência da intenção do legislador na interpretação do texto legal⁵¹, e, considerando a utilização literal do texto escrito, da letra da lei, há um empobrecimento da atuação do intérprete, que está restrito ao que está positivado e à vontade do legislador quando da elaboração da norma.

Como nova proposta, a nova sociedade industrial em gestação demandava um rompimento com o passado da Idade Média, considerando, dentre outros fatores, como os efeitos políticos em decorrência da dificuldade para obtenção de créditos para bancar os exércitos mercenários⁵², o surgimento da ideia de um mundo produzido por ação humana, que demanda conceber a comunidade a partir da qual ocorre esta produção⁵³, sendo necessário que, para a superação do modelo de

⁴⁸ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 2. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 183/184.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 78.

⁵⁰ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 54/55.

⁵¹ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Boletim da faculdade de direito Universidade de Coimbra, Stvdia Iuridica 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 96/98.

⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2011. p. 160.

⁵³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pelas mãos de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 169.

produção feudal, houvesse uma reinvenção, de forma que as trevas da ignorância, iluminadas pela razão, fossem capazes possibilitar uma compreensão racional do indivíduo, reinventado socialmente em virtude dos novos arranjos políticos em construção, que passa a se enxergar com algum grau de subjetividade.

A norma escrita será, neste contexto, um instrumento essencial para o afastamento do medievo, metafísico e oculto nas sombras da ausência de uma compreensão científica das coisas, sendo o texto legal a tradução do que deveria ser decidido⁵⁴ em relação às questões práticas da sociedade proposta, que, necessariamente, deveriam ser solucionadas a partir da lei escrita, desprezando qualquer interpretação que fosse além disso.

O Estado Moderno foi, na realidade, um grande projeto econômico, que tornava necessária para o seu desenvolvimento a criação de novas estruturas políticas, passando, necessariamente, por uma ideia de direito como sendo ordenador dessa nova sociedade capitalista⁵⁵ que se apresentava, por sua vez, como o lume que afastaria as trevas medievais. Seu projeto sociocultural moderno teve início entre o final do século XVI e início do século XVIII, sendo seu início ligado ao desenvolvimento do capitalismo nos países centrais, deixando claro, em um primeiro momento, a ideia de que se tratava de um processo político contraditório e ambicioso, passando por uma segunda fase em que tentou-se realizar o cumprimento das promessas anteriormente realizadas, e um terceiro momento, em que houve uma conscientização acerca da inviabilidade na espera de cumprimento das promessas realizadas⁵⁶.

O direito na sociedade moderna realça sua adequação com o tipo de sociedade emergente (sociedade burguesa), com o modo de produção material (economia capitalista), com a hegemonia ideológica (liberal e individualista) e com a forma de organização institucional de poder (estado soberano) que passa a ser configurada na denominação racional legal (burocracia).⁵⁷

Tanto os movimentos quanto os partidos liberais, no século XIX, já com a modernidade instalada, foram responsáveis pela modificação da estrutura econômica,

⁵⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 29.

⁵⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 179.

⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pelas mãos de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 102-103.

⁵⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 27.

social e política da Europa, levando ao desenvolvimento da tecnologia e da produção, com o fortalecimento da economia e das cidades⁵⁸, para dar sequência ao projeto de uma sociedade industrial estruturada pela classe então emergente, que buscava em novos ideais de valores sociais, o que resultou na implementação de direitos civis, políticos e referentes à liberdade econômica.

O direito na sociedade moderna é marcado, principalmente, pelos princípios do monismo, estatalidade, racionalidade formal, certeza e segurança⁵⁹, espelhando os ideais burgueses e o modo de produção capitalista, de forma que o pensamento positivista, que se desenvolve quando a burguesia já está instalada no poder, apresenta identidade com o pensamento moderno de segurança e cientificismo, e tem a realidade como sendo exterior ao sujeito⁶⁰, de forma que o objeto existe independentemente do sujeito que o observa, ou seja, há uma realidade ontológica do objeto, o que leva a uma independência do sujeito e objeto, devendo o primeiro ser deixado de lado quando do processo de conhecimento.

No capitalismo, nascido quando do processo de decadência do feudalismo, aproximadamente em meados do século XVIII⁶¹, os meios de produção acabam por serem concentrados nas mãos de uma minoria que possui como objetivo aumentar o capital existente e produzir mercadorias que contenham mais trabalho do que é, de fato, pago aos trabalhadores⁶², e, para que estes detentores do capital possam exercer seu poder econômico, necessitam que haja um estabelecimento de princípios referentes à propriedade privada e à sua proteção, sendo a liberdade econômica existente, portanto, condicionada a uma garantia legal, considerando que a vida econômica é coordenada pelo processo de criação e aplicação do direito⁶³.

A partir do positivismo exegético a lei constituiria, portanto, o todo do direito⁶⁴, sendo somente possibilitado ao Estado as elaborar, e sendo essas suficientes para

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8. ed. ver. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 66/67.

⁵⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3^a ed. ver. atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p. 26.

⁶⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 1^a ed. 2^a reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 44/45.

⁶¹ MAZZEO, Antonio Carlos. *Burguesia e capitalismo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995. p. 5.

⁶² MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro – o processo de produção do capital. Volume II. 12. ed. Tradução de Reginaldo Sant'ana. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988. p. 719.

⁶³ KELSEN. Hans. *A democracia*. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 260.

⁶⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 418.

solucionar todas as situações, inexistindo lacunas que possibilitessem outra aplicação que não fosse uma das existentes na legislação vigente, sendo as leis emanadas pelo legislador, agindo em nome da nação soberana⁶⁵, a partir da ideia de uma interpretação lógica e racional, sendo a história irrelevante para o seu conhecimento e aplicação.

Embora se trate de uma evolução contínua, podem ser identificadas, segundo Perelman, três fases da Escola da Exegese⁶⁶, com datas aproximadas, sendo a primeira representada pela sua instauração, em 1804, e tem como ponto de principal relevância a promulgação do Código Civil de Napoleão Bonaparte, em 1804, abordado anteriormente no presente trabalho, em uma busca pela redução do direito à letra da lei, e, mais especificamente, ao que estava disposto no Código de Napoleão. Neste momento prevalecia um legalismo rasteiro que deduzia o sentido central do direito, com uma separação de direito e moral e confusão estabelecida entre texto e norma⁶⁷.

A segunda fase representada pelo seu apogeu, até 1880, com a imposição de suas técnicas de raciocínio a partir da formulação de estudos fundados na ideia de inexistência de espaços a serem preenchidos por uma interpretação do texto da lei que pudesse ser realizada de acordo com o arbítrio do julgador, identificando, portanto, o direito com a lei⁶⁸.

Por fim, a terceira fase, representante de seu declínio, tem como marco o ano de 1899, com a segunda edição de “*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*”, de François Gény, que constatou a incerteza e a instabilidade das soluções positivas, abrindo margem a uma espécie de flutuação das decisões de direito proferidas⁶⁹.

Tem-se, portanto, no positivismo exegético, a desvalorização do papel do intérprete e a ideia de necessidade de observância única e exclusivamente à legislação existente e à vontade do legislador quando de sua edição, modelo que, com o passar do tempo, não mais deu conta de sustentar as demandas sociais complexas existentes, levando à necessidade de adequações, considerando a constatação

⁶⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 516

⁶⁶ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 31/32.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decidio conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 81.

⁶⁸ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32.

⁶⁹ PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 97.

acerca da impossibilidade de que existisse uma resposta para todos os casos concretos identificados em sociedade.

Assim, após a realização de uma contextualização histórica e jurídica necessária para o desenvolvimento deste trabalho, passando pelo positivismo exegético como forma de embasamento do pensamento jurídico que vigorou até o século XIX, baseado na prevalência da letra fria da lei e a atuação reduzida do intérprete, segue-se para o neopositivismo kelseniano, mais especificamente para a questão da indeterminação da linguagem em Kelsen, sendo, a partir de uma nova forma de positivismo jurídico, estabelecida uma quebra de racionalidade que reflete diretamente no campo jurídico, a partir de uma teoria pura e de um consequente afastamento do mundo concreto, preparando o leitor para o que virá e dando indício de onde se pretende chegar, que é justamente a compreensão da forma pela qual se constitui a racionalidade jurídica do Brasil contemporâneo.

1.2.A indeterminação da linguagem em Kelsen e o afastamento do mundo concreto.

Para a compreensão das grandes transformações que podem ser identificadas no século XIX, e que serão detalhadas abaixo, responsáveis por contribuir com a decadência do positivismo exegético, é necessário ressaltar, primeiramente, algumas questões acerca do capitalismo, modo de produção através do qual há, como objetivo principal, a obtenção e o consequente acúmulo de capitais através da mais-valia, ou seja, o aumento de seu capital através mercadorias que são produzidas e que contém mais trabalho do que é pago, proporcionando um adicional na fonte de capital⁷⁰, chegando ao seu ápice quando da Revolução Industrial⁷¹.

O novo modo de produzir, próprio da sociedade industrial em marcha, demandava, para a acumulação de riquezas pelas classes dominantes, a realização de uma produção em massa, com custos mais baixos e com maior desprezo pelo

⁷⁰ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro – o processo de produção do capital. Volume II. 12. ed. Tradução de Reginaldo Sant'ana. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988. p. 719.

⁷¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3^a ed. ver. atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001. p. 31.

trabalhador individual, sendo possível a divisão da força de trabalho anteriormente atribuída a apenas um trabalhador, para todos os membros da família, de forma que a produção em série acabava por fazer com que todos os trabalhadores fossem substituíveis, uma vez que a arte e a especialização perdem-se nas novas técnicas que ajudam a objetivar os sujeitos, sendo, inclusive, desvalorizada a força de trabalho adulto considerando a possibilidade de substituição pelo infantil⁷², e o mesmo com relação ao trabalho masculino, podendo ser substituído pelo feminino.

Assim, a Revolução Industrial britânica, que teve tanto sua política quanto ideologias formadas pela Revolução Francesa⁷³, em um contexto que se identificou a máquina como sendo o meio mais poderoso para aumentar a produtividade do trabalho⁷⁴, levando à substituição dos trabalhadores, e, ainda, em decorrência da maquinização dos mesmos, reduzindo seu status de sujeito, os (meros) operadores de máquinas, necessários para seu manuseio, acabam por somente servir às máquinas, acompanhando o seu mecanismo, o que leva a um esgotamento tanto mental quanto fisicamente do trabalhador, obrigado a trabalhar mais em funções diversas de forma mais repetitiva. É o nascimento do *homo faber*⁷⁵, que tem em seu trabalho o valor maior, superior ao dos bens de consumo.

No fim do século XVIII, já com a indústria moderna⁷⁶, passam a ser identificadas demonstrações de resistência da classe trabalhadora, considerando a prolongação da jornada de trabalho de forma excessiva, estabelecida de acordo com as vontades do empregador⁷⁷. O homem-máquina é, portanto, objetificado e afastado dos gozos sociais⁷⁸, generalizado em um padrão industrial que possibilita substituições sem maiores preocupações.

⁷² MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro – o processo de produção do capital. Volume I. 12. ed. Tradução de Reginaldo Sant'ana. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988. p. 450.

⁷³ HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução de Maria L. Teixeira e Marcos Penchel. 15. ed. Paz e Terra, 2000. p. 71.

⁷⁴ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro – o processo de produção do capital. Volume I. 12. ed. Tradução de Reginaldo Sant'ana. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988. p. 459

⁷⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

⁷⁶ Vide nota 56.

⁷⁷ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro – o processo de produção do capital. Volume I. 12. ed. Tradução de Reginaldo Sant'ana. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988. p. 316.

⁷⁸ Segundo Streck, em entrevista realizada por colunistas do CONJUR, o grande dilema existente na democracia é a questão de como conter o gozo da sociedade sem que se recaia em uma tirania, utilizando a frase do psicanalista Alfredo Jerusalinsky, considerando necessário, para tanto, que haja

As cidades, que surgem a partir de necessidades econômicas, passam a receber grupos de comerciantes que buscam uma localização geográfica favorável para que seja possível a instalação de mercado ou porto⁷⁹. A alteração do modo de produção fará com que o novo sujeito da modernidade dê andamento ao projeto da sociedade industrial, sendo que, com o deslocamento do homem do campo para a urbe e com o capitalismo, há o desenvolvimento de um novo processo de produção marcado pela opressão dos trabalhadores, sendo, a indústria moderna, nas palavras de Marx:

A indústria moderna atua na agricultura mais revolucionariamente que em qualquer outro setor, ao destruir o baluarte da velha sociedade, o camponês substituindo-o pelo trabalhador assalariado. As necessidades de transformação social e a oposição de classes no campo são assim equiparadas às da cidade. Os métodos rotineiros e irracionais da agricultura são substituídos pela aplicação consciente, tecnológica da ciência. O modo de produção capitalista completa a ruptura dos laços primitivos que, no começo, uniam a agricultura e a manufatura.⁸⁰

Em virtude do desenho do sujeito da modernidade, ainda contido no gênero, mas certamente com graus mais elevados de possibilidades do que no medievo, que o levarão em um breve futuro a bradar pelo resgate/construção do sujeito pós-moderno, plural e fundado na diversidade, tem-se a evolução do direito civil, da jurisprudência e a dissolução de uma unidade sistemática do direito civil também como fatores de decadência do positivismo exegético, considerando o desenvolvimento dos direitos particulares⁸¹ e a descoberta de novas soluções para os novos casos que surgiam, evidenciando a insuficiência do texto da lei⁸², passando a existir certa preocupação com as peculiaridades de cada caso.

Segundo Wanderley Guilherme dos Santos, embora cada membro de uma comunidade adote determinados comportamentos em busca de uma finalidade

um volume maior de garantias e direitos. MARTINES, Fernando; SENNA, Carlos de Azevedo; CALEGARI, Luiza. *Se o Direito é a primeira vítima, a segunda é a democracia. É nessa ordem.* In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Colapso institucional, 1 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-01/intervista-lenio-luiz-streck-jurista-advogado> Acesso em: 03 de maio de 2020.

⁷⁹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 46.

⁸⁰ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro – o processo de produção do capital. Volume I. 12. ed. Tradução de Reginaldo Sant'ana. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988. p. 578.

⁸¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004. p. 628.

⁸² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004. p. 591

individual e específica, o conjunto de comportamentos que direcionam à busca pelo mesmo fim, o desejo pela obtenção de resultados, acabam por gerar uma estrutura complexa, não sendo esta correspondente aos planos racionais formulados individualmente por cada pessoa⁸³. O cenário moderno conta com a presença de máquinas, indústrias e fábricas que se desenvolveram nas cidades rapidamente, e, em decorrência de tal expansão industrial, e, ainda, com o surgimento de movimentos sociais contra tais sinais de modernização identificados⁸⁴, assim, as novas questões existenciais nas novas cidades, o novo modo de produzir, as relações de emprego e as novas demandas decorrentes da movimentação social, enfim, um novo arranjo social, vão fazer com que o positivismo exegético não dê mais conta de uma sociedade mais complexa, com indivíduos que se enxergam com expectativas e com um alto grau de socialização. Nota-se, portanto, a insuficiência dos mecanismos disponibilizados para as respostas necessárias à sociedade.

A nova concepção do homem como indivíduo singular, dotado de subjetividade e pessoalidade, que também levou à decadência do positivismo exegético, pode ser identificada na edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1789, resultado desta nova visão, trazendo um pensamento sobre o homem a partir de sua singularidade⁸⁵, com a aplicação de direitos realizada individualmente, ressaltando que o próprio texto da declaração não possui uma lógica formal e silogística de hipótese de incidência, com uma textura semântica aberta. Um novo papel é atribuído à linguagem.

A percepção da exploração resultante da premissa de acumular as riquezas expropriadas das classes operárias, somada aos conflitos oriundos da divisão social do trabalho, a partir da criação de uma disciplina e de uma forma de separação de atividades intelectuais de manuais⁸⁶, e assim por diante, fazem com que pleitos de liberdade venham a surgir e se acumular gradativamente. É o brado do sujeito plural em gestação, que passa a ter a ideia de sua reconstrução a partir de novos pleitos, referentes, por exemplo, a questões de saúde, trabalho e justiça, oferecendo meios

⁸³ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Paradoxo do liberalismo: teoria e história*. Rio de Janeiro: Revan, 3^a ed., 1999. p. 46.

⁸⁴ BERMAN, Manrshal. *Tudo que é sólido desmancha no ar*. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986. p. 18.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 90.

⁸⁶ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro – o processo de produção do capital. Volume I. 12. ed. Tradução de Reginaldo Sant'ana. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988. p. 481-483.

direcionados à concretização de direitos do homem⁸⁷. A modernidade vai sempre trabalhar com uma concepção de indivíduo que ganha expectativas, e acredita, por sua vez, que elas vão se consolidar, o sujeito começa a entender que tem possibilidades.

De acordo com Thomas Kuhn, as crises podem ser concebidas como uma condição prévia e necessária para que sejam criadas novas teorias, levando ao posterior questionamento aos científicos acerca da existência dos novos pensamentos⁸⁸. Assim, diferentemente do positivismo exegético, o neopositivismo normativista kelseniano, tomado como ponto de partida nessa pesquisa, pensa o direito não mais como texto legal, mas sim como linguagem, e, a partir do afastamento da busca pelo conhecimento do objeto ou do sujeito, o foco passa a ser a compreensão da linguagem, da relação responsável por unir o sujeito e o objeto, sendo aconselhável, inclusive, para que se possa definir o direito, utilizar da linguagem⁸⁹, a partir de uma identificação dos significados atribuídos à palavra em diversas línguas, bem como das características comuns destes.

Se antes, no positivismo exegético, o texto e a linguagem eram plenos e suficientes, agora, há na linguagem algo que não se confunde com o texto, ela é condição de possibilidade para a compreensão do texto⁹⁰, só é possível chegar à interpretação superando as insuficiências da linguagem, e, assim, o resultado da interpretação jurídica não será uma única resposta correta, mas sim a fixação de uma moldura que representa o direito a ser interpretado, com várias possibilidades de solução⁹¹.

O neopositivismo lógico foi o responsável por inaugurar uma forma de análise da linguagem que descreva e organize os sentidos atribuídos aos fatos empíricos⁹², assim, o texto, considerado como suficiente no positivismo exegético, é feito a partir da linguagem, e só é comprehensível em um nível científico, construído a partir de uma

⁸⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 23-24.

⁸⁸ KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. Traducción de Augustín Contín. México: Fondo de Cultura Económica, 1981. p. 128.

⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 33.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

⁹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

⁹² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 154.

linguagem científica. Assim, a não adequação da linguagem leva fatalmente à incapacidade de se construir um texto que se revele como fonte de verdades, não havendo qualquer método que possa detectar uma única resposta correta para as situações existentes⁹³ no mundo fático. Kelsen se preocupa com a precisão científica da linguagem, não considerando possível a realização de uma interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica, de forma que considera necessário que sejam estabelecidas as possíveis significações a serem atribuídas a uma determinada norma jurídica⁹⁴ para sua interpretação.

É importante mencionar, nesse sentido, que no Neopositivismo Lógico, assim como nas ideias positivistas trabalhadas por Comte, ainda eram observados os mesmos ideais de segurança e precisão, ocorre que a base empírica do Círculo de Viena pode se efetivar no plano lógico das proposições, o que se apresenta inviável no empirismo Comteano.⁹⁵

Pode-se dizer, a partir de uma compreensão de todas as fases do positivismo, que uma característica comum existente é a possibilidade de que existe um juízo discricionário, a partir de uma busca por respostas que se deem antes mesmo das perguntas serem elaboradas, em atos que espelhavam a vontade do julgador⁹⁶.

Uma diferença existente entre o positivismo exegético, momento em que o juiz era tido tão somente como boca da lei, e o pensamento kelseniano, diz respeito à questão de que, enquanto no primeiro há uma referência ao racionalismo, a partir da busca por uma espécie de mecanização e transformação da ciência e algo matemático⁹⁷, a partir de uma interpretação puramente sintática dos textos⁹⁸, em Kelsen, com o neopositivismo, não há mais uma crença no poder da racionalidade científica para a resolução de todas as questões existentes⁹⁹, sendo, a partir da

⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 391.

⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 395.

⁹⁵ LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito: notas sobre a influência do verificacionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. *Revista Seqüência*, n.º 47, p. 11-31, dez. de 2003, p. 20.

⁹⁶ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial*: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas. Belo Horizonte: Dialética, 2019. p. 132.

⁹⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea*: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p. 52.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

⁹⁹ BILLIER, Jean-Cassien. MARYOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Braueri, SP: Manole, 2005. p. 186.

viragem linguística, constatado que o homem é capaz de construir linguagens que podem exprimir os sentidos dos objetos¹⁰⁰. Há, portanto, um novo modo de interpretar e um novo juiz.

De qualquer modo, é importante mencionar que ainda em Kelsen estamos falando em um positivismo, influenciado pelo positivismo lógico ao passo que, a partir de uma coerência e rigor no discurso da ciência do direito, há uma busca pela manutenção de uma estrutura lógica, ou seja, as normas acabam por derivar umas das outras logicamente, até que se chegue à norma fundamental¹⁰¹.

O objetivismo anteriormente adotado, será, portanto, insuficiente, razão pela qual Kelsen busca a formulação de um método que pudesse matematizar a experiência, utilizando de valores ideais a partir de um rigor metodológico¹⁰². A autonomia da ciência jurídica, vista por Kelsen, deve libertar de todo e qualquer elemento que se mostrar estranho ao direito, não sendo consideradas questões de produção de normas jurídicas, que seriam problemas referentes à área da política jurídica, e não de uma ciência objetiva, de forma que, questões como a definição de direito justo, constituem, de fato, uma dimensão axiológica da política jurídica¹⁰³.

Kelsen, em suas diversas obras desenvolvidas ao longo da primeira metade do século XX¹⁰⁴, pode ser considerado o responsável pela elaboração de uma teoria que se ergue em uma epistemologia do saber jurídico¹⁰⁵ a partir do estabelecimento de condições gerais que possibilitem o pensamento do direito, considerando necessária a compreensão das relações que constituem a ordem jurídica para que seja possível entender a natureza do direito. Em sua teoria, há a proposta de que haja, para a compreensão do direito, um estudo puro, afastado de tudo que possa ser diferente de

¹⁰⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p. 165

¹⁰¹ LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito: notas sobre a influência do verificionismo lógico no pensamento de Hans Kelsen. *Revista Seqüência*, n.º 47, p. 11-31, dez. de 2003, p. 22.

¹⁰² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 156.

¹⁰³ WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983. p. 27/28.

¹⁰⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 142/143.

¹⁰⁵ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito II: A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 138.

seu objeto propriamente dito, de todos os elementos que lhe são estranhos¹⁰⁶, que serão trabalhados abaixo, fundamentada em uma ciência exclusivamente jurídica.

Acreditando no caráter especulativo das ciências do espírito, o afastamento delas seria o caminho adequado para se chegar ao objetivo existente na Teoria Pura. Será analisado exclusivamente o direito positivo a partir de categorias normativas próprias que não tenham origem em outras disciplinas ou envolvimento com juízos políticos, a partir de uma autolimitação da ciência do direito¹⁰⁷, ou seja, uma limitação a partir da impossibilidade de distanciamento do sistema normativo para a construção objeto jurídico.

Há uma defesa por Kelsen acerca de uma anti-ideologia em sua Teoria Pura do Direito, a partir de uma isenção de qualquer possibilidade de confusão entre determinado direito com a concepção de ideal ou de justiça¹⁰⁸, considerando as atividades de conhecimento realizadas tanto pelos advogados quanto pelos juízes, como neutras, a partir de um afastamento da problemática social, política e econômica¹⁰⁹, com a atenção voltada à aplicação da lei válida e legítima. Assim, o direito positivo será representado da forma em que ele é, e não da forma em que deve ser, concebido de acordo com sua essência e sem qualquer possibilidade de identificação com um direito ideal ou justo¹¹⁰.

O direito não será mais tido exclusivamente como a lei positivada, como no positivismo exegético, sendo que, na construção de sua teoria, há a intenção de que haja uma unicamente como objeto a norma como referente, e, mesmo que existam influências que possam provir do mundo concreto, há uma preocupação com a científicidade e com a norma, a partir da existência de uma estrutura hierárquica, piramidal, que estabeleça uma forma em que os níveis superiores sejam validadores

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

¹⁰⁷ WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983. p. 32.

¹⁰⁸ CERQUEIRA, Nelson; PASSOS, Bruno Ricardo dos Santos. *As Revoluções Científicas e a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen/The Scientific Revolutions and the Hans Kelsen's Pure Theory of Law*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 163-173, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadodireito/article/view/980/845>. Acesso em: 18 abr. 2020. p. 168.

¹⁰⁹ COELHO, Luiz Fernando. *Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen*. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 116-132, jan. 1982. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721>. Acesso em: 18 abr. 2020. p. 122.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 118.

dos níveis inferiores, sendo a norma positiva mais elevada a Constituição, e a validação desta, por sua vez, concedida a partir da chamada norma fundamental¹¹¹.

Para Kelsen, o Direito pode ser concebido como um conjunto de regras que, analisadas como um todo, constituem um sistema¹¹², uma ordem da conduta humana com um fundamento de validade, que é a norma fundamental, pressuposta, e responsável pela atribuição de uma validade superior ao sistema jurídico. As ordens sociais do direito são, ainda, coativas, estabelecendo a aplicação de um ato considerado como um mal pelo destinatário, que funciona como sanção, sendo aplicado contra uma conduta adotada por determinado indivíduo que se apresente contrária à norma jurídica estabelecida¹¹³. A partir da coercitividade, são estabelecidas ameaças em face de condutas praticadas que se apresentam danosas à sociedade, decretando medidas de coerção¹¹⁴, e, considerar o direito como sendo uma ordem coercitiva é justamente o que possibilita diferenciá-lo de outros fenômenos sociais¹¹⁵.

A norma fundamental é aquela que, constituída hipoteticamente, é responsável pela atribuição de validade ao ordenamento jurídico em seu grau hierárquico máximo, ou seja, acima da Constituição, que se encontra no topo da pirâmide normativa, há a norma fundamental, que, mesmo não apresentando qualquer norma posta que determine condutas ou prescrições específicas, é o fundamento último do ordenamento vigente. É aquela que não tem sua validade derivada de qualquer outra norma superior, e possibilita a interpretação normativa de fatos, servindo de base para a formação de um sistema de normas, seria ela a condição para a formação do ordenamento jurídico, sendo o fundamento de validade de uma norma (dever ser) a pertença a um sistema de normas válido, o que se dá, por sua vez, com a conformidade à norma fundamental, definitivamente válida¹¹⁶, sendo tal validade

¹¹¹ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o século XX*. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 53.

¹¹² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 5.

¹¹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 36-37.

¹¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 26.

¹¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 37.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 163.

presumida, de forma que, sem tal presunção, não é possível estruturar o sistema jurídico.

Não há, portanto, nenhum fundamento de validade de uma ordem normativa além da norma fundamental, não sendo possível sequer questionar qual seria o seu fundamento, justamente por ser ele pressuposto, visto que é considerada a mais elevada do ordenamento.

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada.¹¹⁷

Não há, portanto, uma norma que seja escrita, posta no ordenamento jurídico e considerada fundamental, mas sim uma norma hipotética¹¹⁸, presumida e superior às demais constantes do ordenamento jurídico, que comporta a prescrição de dever das pessoas a se conformarem à Constituição, de forma a determinar não um conteúdo válido, mas sim um fundamento de validade do direito positivo¹¹⁹. Assim, a norma fundamental, no sentido de ser a norma que dá fundamento, terá papel harmônico ao do soberano, sendo a finalidade principal, em ambos os conceitos, o estabelecimento de um fechamento do sistema jurídico hierárquico¹²⁰.

Seu pensamento vai de encontro ao sustentado no Jusnaturalismo acerca da essência ontica do homem funcionando como autoridade normativa, considerando a impossibilidade da imanência a um ser de um determinado *dever ser*, ou seja, não há como estar contida na natureza dos fatos uma determinada norma, sendo que, somente será possível chegar a um julgamento de determinado fato por meio de uma apreciação deste a partir das normas, colocando-os em confronto, não sendo possível o reconhecimento das normas nos fatos, assim como de valores na realidade, sendo estes pertencentes a domínios diferentes¹²¹.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 217.

¹¹⁸ BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Braueri, SP: Manole, 2005. p. 203.

¹¹⁹ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 116.

¹²⁰ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 170-171.

¹²¹ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 72.

Há, em Kelsen, a preocupação em apresentar novas expressões, que consequentemente levarão ao desenvolvimento de novas ideias, capacitando o jurista que esteja envolvido em determinado sistema jurídico para que possa entender corretamente o sistema do direito positivo no qual está inserido, podendo, dessa forma, explicitá-lo de maneira precisa¹²², a partir de sua Teoria Pura do Direito, e isso se explica uma vez que a preocupação de Kelsen com a existência de uma linguagem cientificamente precisa, demanda, por diversas vezes, que expressões novas sejam forjadas, para que, por sua vez, sejam atribuídos sentidos adequados às categorias operacionais do que se propunha na teoria pura. Se a pureza vem da linguagem, tem-se clara e esperada a necessidade da elaboração de novos elementos e expressões.

É neste sentido que Tercio Sampaio Ferraz Jr. reforça a necessidade da clareza de enunciados, não no sentido de pureza tratada por Kelsen, mas sim lhes dando capacidade de transmitir informações verídicas sobre determinada coisa: “a ciência é constituída de um conjunto de enunciados que visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá. Estes enunciados são, pois, basicamente, constatações¹²³”.

Na modernidade, o conceito de ciência envolve a realização de um estudo sobre um objeto, com a utilização de um determinado método e com a avaliação empírica dos resultados, sendo considerada, segundo Bittar, em uma leitura *standart* do conceito de ciência, que a ciência é “o conhecimento sistematizado, testado, organizado, diluído em uma trama de postulados metodológicos¹²⁴”, não se baseando somente na observação, mas sim sendo uma construção realizada a partir de uma realidade calculável¹²⁵ que resulta em determinado conhecimento, sendo, nesse sentido, consideradas as teorias científicas como sendo enunciados universais¹²⁶, o que fez com que o direito, assim como outras ciências sociais, fosse, durante a modernidade, reduzido à uma ciência menor ou menos confiável, e muitas vezes, reduzido a uma simples técnica.

¹²² HART Herbert L. A. *Visita a Kelsen*. Revista Lua Nova nº 64. São Paulo Jan./Apr. 2005, 153-177. p. 156.

¹²³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2^a ed. 17 reimpr. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9.

¹²⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 21.

¹²⁵ FOLLARI, Roberto A. *Um discurso sobre as ciências: a abertura aos tempos*. In: SOUZA SANTOS, Boaventura de (org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. 2^a ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 224.

¹²⁶ POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octannny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972. p. 61.

Em Kelsen, o método se apresenta como validador, e é justamente este um dos problemas de sua teoria, visto que o método não é suficiente para dar conta do mundo concreto, que existe e deve ser observado, compreendido em sua temporalidade, passando pela linguagem, mas indo além dela.

Ao se submeter a um método, Kelsen busca devolver ao direito o status de ciência, subtraído a partir do empobrecimento pelo qual passam as ciências do espírito, consideradas como especulativas, na tentativa de romper com o lado oculto do medievo pelas luzes das ciências exatas, e, consequentemente, de confiabilidade, em um momento que, repita-se, as ciências sociais e do espírito não são reconhecidas como ciências, já que não são exatas, e, portanto, não são confiáveis, vistas, dessa forma, como se fundadas em especulações. A ausência de uma metodologia para construção da teoria científica com base somente na descrição dos textos positivados¹²⁷, identificada por Kelsen como sendo (um dos) problemas do direito, o leva a buscar a fundação de uma ciência genuinamente jurídica¹²⁸, tendo como principal objeto a linguagem das normas, assim, a forma pela qual a prática jurídica deveria ocorrer era definida previamente, e a partir do método eram conferidas verdades, e as ciências, por sua vez, constroem verdades, e, por tal razão, a lei era feita para durar.

Havia uma recusa de intenção axiológica no pensamento jurídico, levando, consequentemente, à uma cegueira metodológica¹²⁹ para o normativo, sem que houvesse qualquer fundamentação crítica, sendo que o sujeito se colocava na posição de observador do objeto, sendo este concebido de forma totalmente exterior ao homem, a partir de uma análise (pretensamente) neutra, por ser científica. O método era responsável pela validação de verdades, construídas pelas ciências, de forma que a lei, expressão da razão por meio da ciência do direito, era feita para durar, justamente por ser a expressão da verdade, sendo afastada toda a metafísica do mundo da ciência, com uma restrição aos fatos e às leis decorrentes destes¹³⁰.

¹²⁷ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito II: A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. P. 48.

¹²⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 145.

¹²⁹ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 1. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 29/30.

¹³⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamengo. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 46.

Se no positivismo exegético o método jurídico levava a um caminho em que, primeiramente, se compreenderia o direito como um sistema autônomo, e, em segundo lugar, o direito seria um sistema normativo sem qualquer contradição, pleno e fechado¹³¹, sem qualquer influência valorativa e com a utilização de um aplicação lógico-dedutiva, em Kelsen nota-se um ganho qualitativo quando surge a proposta de garantia de um estatuto epistemológico próprio ao conhecimento jurídico baseado em uma ciência pura¹³². A norma, aqui, não será mais sinônimo de texto legal, como no positivismo clássico, mas sim o resultado da interpretação, de uma atitude construtiva, sendo o elemento transformador do fato em ato jurídico justamente o sentido que é atribuído a este, e, para uma significação jurídica, o sentido é dado por intermédio da norma:

A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa, a interpretação causal. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma.¹³³

As normas jurídicas serão o objeto da ciência jurídica, e as condutas humanas, por sua vez, somente serão consideradas como tais objetos se estiverem previstas e determinadas nas normas jurídicas existentes, e, somente tais condutas serão consideradas como pertencentes ao objeto da ciência jurídica, se houver seu conteúdo determinado através de uma norma¹³⁴, de forma que, caberá à ciência jurídica, portanto, a realização de uma interpretação dos fatos que compõem a norma.

Cabe aqui apresentar uma distinção entre as normas jurídicas e proposições, sendo que, enquanto as primeiras não se apresentam como juízos de valor, mas sim como comandos acerca de condutas humanas, permissões e conferências de poder, as proposições se apresentam como juízos hipotéticos, formulados para traduzir as consequências existentes em decorrência do sentido de uma ordem jurídica existente,

¹³¹ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 308

¹³² CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 2. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 304.

¹³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 4.

¹³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 79.

são enunciados formulados a partir do objeto a ser conhecido, descrevendo o direito sem que se atribua deveres aos indivíduos¹³⁵.

O sentido jurídico atribuído a determinado fato, para que passe a ser concebido como um ato jurídico, se dá a partir de um processo interpretativo que se dá entre o conteúdo da norma, que empresta uma significação, e o ato, que recebe um sentido objetivo a partir dessa significação normativa. Este processo interpretativo aberto dá margem às discretionaryades, e elas fazem com que o juiz tenha no ato de dizer do direito um ato de criação. Abandonada a ideia de mera subsunção existente no positivismo jurídico, a norma passa, no neopositivismo jurídico, a ser vista como o resultado da interpretação, sendo o sentido atribuído a determinado ato através de uma prescrição, que valerá não de forma universal, mas em determinado espaço e tempo:

A vigência de todas as normas em geral que regulam a conduta humana, e em particular a das normas jurídicas, é uma vigência espaço-temporal na medida em que as normas têm por conteúdo processos espaço-temporais. Dizer que uma norma vale significa sempre dizer que ela vale para um qualquer espaço ou para um qualquer período de tempo, isto é, que ela se refere a uma conduta que somente se pode verificar em um certo lugar ou em um certo momento (se bem que porventura não venha de fato a verificar-se).¹³⁶

Kelsen constata que a indeterminação da linguagem se apresenta como um problema, no sentido de existirem muitas possibilidades de designação em um sistema simbólico, afastando o seu caráter científico, estando a impureza presente no sentido de utilização de outros referentes interpretativos que não a linguagem do direito, propondo, dessa forma, dar ao direito a confiabilidade própria das ciências exatas a partir de uma científicação da linguagem. Assim a norma jurídica passa a ser concebida, então, como um tipo especial de linguagem¹³⁷, sendo deixados de lado como objetos interpretativos do direito questões morais e éticas, para que se passe a reconhecer o direito tão somente a partir da norma jurídica.

No que se refere à dinâmica jurídica, Kelsen considera a existência de dois sistemas normativos. A partir do sistema estático, há a consideração de que o direito

¹³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 81-82.

¹³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 13.

¹³⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O segredo de Kelsen: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo no direito brasileiro. In: Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Volume 90, número 01, ano 127 - janeiro a junho de 2018. 110-136. p. 115.

deve ser concebido como um sistema de normas que estão em vigor, válidas e com o estabelecimento de regulação cerca das condutas que devem ser utilizadas como forma de condução dos indivíduos em sociedade (dever ser), por outro lado, de acordo com a teoria dinâmica, que trata do direito que é produzido e aplicado, colocado em movimento, é feita uma estruturação escalonada do direito, existindo uma hierarquia de acordo com os fundamentos de validade existentes, sendo estabelecida, através da norma fundamental, uma autoridade para criar normas. Há, portanto, a criação de normas elaboradas por atos autorizados, por sua vez, por uma norma superior. A ordem jurídica, neste passo, pode ser considerada como sendo pertencente ao sistema dinâmico, visto que sua validade se da em decorrência da criação a partir de uma regra previamente existente¹³⁸.

Para o presente trabalho, a relevância do estudo de Kelsen dirá respeito à forma pela qual se dá a interpretação, explicitada especificamente no capítulo VIII do livro *Teoria Pura do Direito*, momento em que há a externalização da percepção acerca da existência da discricionariedade da decisão. Naquele momento Kelsen já apresentava sinais de que entendia o decisionismo se apresentando como um problema, sendo, ainda, o controle do juiz um grande obstáculo a ser enfrentado, de forma que, mesmo utilizando a metáfora da moldura e do enquadramento do fato à esta, ainda se nota um sinal de preocupação a ser trabalhado.

Talvez em decorrência de tal problema já detectado, possa ser notada a identificação da abertura de uma margem discricionária quando da aplicação do direito pelo órgão julgador. Kelsen busca a construção de um direito que se funda em uma teoria pura, o que lhe dará a científicidade necessária para validá-lo, no entanto, observa que há algo que não seria possível de se controlar por meio da linguagem: o juiz. Tanto há essa identificação da impossibilidade de controle do magistrado, que Kelsen acaba por estabelecer como fundamento de uma decisão correta a competência, e não o compromisso com a linguagem do direito, justamente em decorrência de a interpretação ser um ato discricionário, sendo, dessa forma, fixada a competência do juiz para emitir uma sentença de acordo com a determinação pela ordem jurídica da função judicial, restando estabelecido que alguns indivíduos têm a

¹³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 165/167.

capacidade de emitir sentenças¹³⁹. Ocorre que, apesar da identificação da impossibilidade de controle do juiz, para Kelsen tal questão não deveria ser observada, isso não traria importância para a ciência do direito.

É identificado por Kelsen, ainda, que em referência às operações de interpretação¹⁴⁰, além de uma busca pela definição acerca de qual será o conteúdo atribuído a determinada norma individual, há uma interpretação das normas jurídicas que serão aplicadas a ser realizada¹⁴¹, de forma que o processo interpretativo pode ser concebido a partir de duas espécies, uma primeira, em que há a interpretação realizada por um órgão aplicador, e outra, a ser realizada por uma pessoa privada¹⁴² e pela ciência jurídica¹⁴³.

Isso porque, na primeira forma interpretativa, há a atribuição de determinado conteúdo que se pretende para uma norma específica, realizada no processo legislativo a partir da edição de atos, na interpretação constitucional para sua aplicação em casos concretos, e, ainda, dos tratados internacionais e normas individuais quando necessárias para determinada situação fática. Já na segunda forma identificada por Kelsen, há a necessidade de que os próprios indivíduos observem o direito, compreendendo e determinando sentido das normas jurídicas. No que tange à ciência jurídica, sua interpretação é realizada quando da descrição de um direito positivo, sendo necessário, para que se chegue à uma descrição passível de ser utilizada, interpretá-lo.

A interpretação deverá afastar a ficção de que há apenas uma interpretação correta da norma jurídica, sendo tal concepção utilizada pela jurisprudência tradicional¹⁴⁴ e que se destoa do pensamento kelseniano, em que se considera a

¹³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 130.

¹⁴⁰ Segundo Kelsen, a interpretação é uma operação mental realizada com a finalidade de atribuição de sentido às normas a serem aplicadas, acompanhando o processo de aplicação do direito. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387

¹⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387

¹⁴² A pessoa, em sentido jurídico, será a unidade personificada de um conjunto de normas jurídicas. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 135-136

¹⁴³ O direito e as normas jurídicas serão o objeto da ciência jurídica, sendo a conduta humana assim considerada somente se for determinada a partir de uma norma jurídica. Há uma busca, pela ciência jurídica, de apreensão do objeto das relações constituídas a partir de normas jurídicas. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 79.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 396.

existência de uma moldura em que se apresentam possibilidades a serem adotadas para determinado caso. Há que se observar, ainda, que quando Kelsen realiza uma referência à Constituição, inclusive a partir da estrutura hierárquica existente, há uma proposta de adequação à Constituição, mas uma Constituição diferente, menos rica em compreensão social do Estado, considerando que os homens objetificados da modernidade não se constroem de maneira plural e repletos de expectativas de direitos.

O direito pode ser considerado como o objeto da ciência jurídica, e as normas jurídicas, por sua vez, são o objeto do direito, identificando-se uma relação da ciência jurídica com as normas¹⁴⁵. A norma será concebida, a partir de sua concepção, como um dever ser, o significado de um ato de vontade, tendo sua validade na existência específica¹⁴⁶, a partir da consideração acerca da prescrição de como os homens devem exercer seus comportamentos, e, quanto ao ato propriamente dito, a que corresponde uma determinada norma, este deve ser concebido como ser. A norma (dever ser), portanto, se apresenta como significado de um ato de vontade (ser).

Não há, portanto, possibilidade de sustentar o pensamento de que todas as decisões proferidas estão exclusivamente de acordo com a lei posta, e que há sempre uma única resposta a ser alcançada. Assim, embora Kelsen sustente uma pureza metodológica, reconhece que toda norma é passível de interpretação, e, por este fato, aspectos que fogem ao objeto jurídico adentram na análise do direito¹⁴⁷, e, quando do processo de aplicação do direito, há o estabelecimento de uma norma individual a partir do geral, em um processo de concretização que passa pela produção de normas jurídicas criadas com generalidade, caminhando pela aplicação pelos tribunais chegando até a criação de normas individuais com a execução de uma sanção determinada¹⁴⁸.

Neste processo, não há que se falar na existência de uma única resposta correta no direito, como em qualquer ciência exata: mesmos métodos aplicados às mesmas circunstâncias só podem nos levar a uma única resposta, a correta, e é assim

¹⁴⁵ ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 167/168.

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. *Normas jurídicas e análise lógica*. [Correspondência trocada entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug]. Traduzida por Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984. p. 9

¹⁴⁷ SIMON, Henrique Smitd. *Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart*. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2006. p. 120-121.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 262.

que as ciências exatas funcionam, e que o direito, em Kelsen, deveria funcionar. Há, no processo interpretativo, uma espécie de moldura, um quadro de possibilidades que podem ser adotadas¹⁴⁹, dentro destes estritos limites, todas corretas, sendo a discricionariedade um problema que irá existir considerando a necessidade de escolha fundamentada de quem interpreta e aplica, no caso do direito, o juiz.

Há, portanto, uma liberdade do juiz quando da elaboração de uma decisão, sendo que, sempre que for proferida uma decisão por um tribunal, considera-se como sendo criada uma norma individual, devendo esta, por sua vez, ser baseada em alguma norma geral que já exista¹⁵⁰, inexistindo atuação de qualquer poder sem que haja uma norma jurídica autorizadora para tanto. A criação de normas gerais e individuais, pelo legislador e pelo julgador, demonstra a existência de uma equiparação da atividade jurisdicional à legislativa¹⁵¹, qual seja, a criação de normas.

A partir do processo interpretativo, também é aberta margem para a discricionariedade do juiz quando não localizada norma prevista no ordenamento jurídico que se enquadre às situações fáticas, como forma de preenchimento das lacunas identificadas, que, por sua vez, são verificadas tão somente quando indesejáveis no aspecto político jurídico pelo órgão responsável pela aplicação do direito¹⁵².

No que se refere às lacunas, Kelsen entende que, quando se sustenta a ideia de que em caso de inexistência de uma norma que regule determinada matéria fática, seria impossível a aplicação do direito, há, na realidade, uma ficção¹⁵³. A partir de sua construção, não há qualquer possibilidade de existência dessas lacunas na ordem jurídica, sendo que, sempre poderá ser feita a aplicação de uma norma a um caso concreto independentemente da inexistência de norma geral que regule a matéria fática em questão¹⁵⁴, podendo, o juiz, adequar o direito para um determinado caso

¹⁴⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 144.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 209.

¹⁵¹ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 172.

¹⁵² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 274.

¹⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 212.

¹⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 273.

concreto, ajustando-o na moldura discricionária que lhe abre a possibilidade de suprir a insuficiência normativa identificada.

Há, inclusive, a constatação por Kelsen acerca das falhas na ideia de uma impossibilidade da existência de lacunas no ordenamento jurídico, ressaltando em sua Teoria Pura acerca da impossibilidade de definição de quais os casos em que será desejável a atuação do órgão aplicador do direito como criador, evidenciando o caráter discricionário e arbitrário gerado com a possibilidade de que sejam criadas normas para casos concretos específicos que não foram objeto alcançado pelo Poder Legislativo:

A fórmula “o juiz está autorizado a atuar como legislador se a aplicação das normas gerais existentes lhe parecer injusta ou iníqua” dá muita liberdade ao arbítrio do juiz, já que este poderia julgar a aplicação da norma criada pelo legislador inadequada em muitos casos. Tal forma significa a abdicação do legislador em favor do juiz.¹⁵⁵

Nos casos de indeterminações ou insuficiências, portanto, há uma delegação ao juiz da possibilidade de resolução discricionária¹⁵⁶. Nota-se, aqui, a possibilidade de adoção do juiz de critérios pessoais estabelecidos sem critérios determinados acerca do momento adequado para a elaboração de normas que, supostamente, não foram previstas pelo legislador, de forma que, a ideia de uma ficção, da inexistência de lacunas jurídicas, foi criada justamente com a finalidade de restringir o arbítrio do julgador para que determine o momento adequado de atuar como criador de normas individuais¹⁵⁷.

Kelsen, quando trata da necessidade de correspondência da norma para com o texto constitucional, ressalta a existência de um chamado “estádio intermediário” no processo de criação da Constituição até a aplicação de uma sanção propriamente dita, que é justamente o estabelecimento de uma norma individual pelo tribunal, evidencia-se um momento em que há a possibilidade de observação da decisão em um caráter que vai além do declaratório, com a demonstração da necessidade de que

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 214.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 233.

¹⁵⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 215.

seja averiguado se a norma que é aplicada no caso, foi produzida de acordo com a Constituição ou não.¹⁵⁸

Considerando, portanto, o entendimento de Kelsen acerca da interpretação, e a ideia da existência de diversas formas interpretativas para uma mesma norma, leva à conclusão da inexistência de uma resposta correta, existindo diversas respostas que se constroem dentro da moldura normativa,¹⁵⁹, levando à possíveis decisões discricionárias, tendo em vista o papel atribuído ao judiciário como criador da lei em decorrência do excesso de sentidos que podem ser atribuídos à estas, evidencia, ainda, a livre possibilidade de que sejam aplicadas normas de moral, justiça e juízos de valores sociais¹⁶⁰.

É necessário, ainda, ressaltar que a função do Poder Legislativo se refere à criação da lei, entretanto, a questão está no fato de que, para Kelsen, quando o juiz aplica a lei ele a cria, a ênfase aqui, portanto, seria que, o poder criacionista do juiz no ato de decidir. Se o judiciário é o artífice construtor, o juiz tem na sentença proferida um ato de criação¹⁶¹, e, em decorrência do excesso de sentidos que podem ser atribuídos às situações a serem julgadas, evidenciando, ainda, a livre possibilidade de que sejam aplicadas normas de moral, justiça e juízos de valores sociais¹⁶².

Caberá, a partir deste momento, analisar as formas pelas quais o Poder Judiciário vem se desenvolvendo e se (re)estruturando no Brasil, especificamente no início do século XXI, já que o presente trabalho tem como hipótese um processo de redesenho de papel institucional, analisando principalmente com relação às práticas adotadas, muitas vezes a partir de metadiscursos, com bases morais (vide nota 153), e com a utilização de um discurso pelo Judiciário que não coaduna com o que se pretende utilizar como fundamentação, objetivando a criação de uma exceção às disposições legais vigentes para atingir os objetivos pretendidos.

A reconstrução realizada por meio de decisões criativas, acaba sendo algo que se dá ao arreio do texto constitucional, como se o poder criativo dessas decisões proferidas pudesse ser considerado como um caminho válido para estabelecer nova

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 263/265

¹⁵⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 391.

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 393.

¹⁶¹ Vide página 29.

¹⁶² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 393.

relações existentes entre os poderes. Assim, a projeção de novos papéis pode ser explicada por meio de uma racionalidade ainda presa ao decisionismo, motivo pelo qual se parte de Kelsen para proceder a explicação do que se projeta para o papel institucional do judiciário, e como tal (re)estruturação¹⁶³ afeta o imaginário dos papéis exercidos por este poder, de maneira desalinhada com a Constituição, como se estivéssemos frente ao um momento de possível redesenho do sentido constitucionalmente atribuído ao Judiciário, redesenho kelseniano, já que desvinculado de critérios existentes para a elaboração de decisões e, ainda, dos limites quando da criação do direito nas decisões proferidas.

Para tanto, será realizada uma análise acerca da modificação do espaço ocupado pelo Poder Judiciário com o passar do tempo, desde o contexto do século XVIII até que se chegue à contemporaneidade, passando de um juiz que se apresenta como um indivíduo fora de controle, para um poder fora de controle, principalmente levando em conta a possibilidade de influência e de controle sobre demais poderes, levando, posteriormente, à forma atual deste poder no Brasil, considerando um contexto em que se observa, por muitas vezes, além do exercício próprio da função de elaborar decisões, a produção de normas pelo Judiciário¹⁶⁴, em decisões com baixo grau de *accountability*¹⁶⁵, sem a exposição da fundamentação necessária.

É importante ressaltar, ainda, que conforme se verá ao longo deste trabalho, somente a partir do pensamento de Heidegger e Wittgenstein que haverá uma alteração de paradigmas que resultará no afastamento das relações s-o (sujeito-objeto), a partir das quais o homem passou a assujeitar as coisas e explicar o mundo pela razão, passando o sujeito a ser compreendido na e pela linguagem¹⁶⁶, não estando o sentido das coisas mais na consciência dos indivíduos, sendo a linguagem condição de possibilidade.

Nesse sentido, os pontos de contato entre a lógica e o mundo real se dão através da linguagem, que se apresenta uma espécie de complexo de proposições e

¹⁶³ Insisto na utilização do prefixo "re" entre parênteses, não por uma questão de estilo de escrita ou de modismo, mas sim por ser este o foco do trabalho, uma nova estruturação do poder judiciário.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. Revista Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. p. 259

¹⁶⁵ Segundo STRECK, a *accountability* hermenêutica é a prestação de contas de uma fundamentação detalhada para decisões, e é condição de possibilidade de uma democracia. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 401.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 86.

produz afirmações ou negações de fatos¹⁶⁷, se apresentando, na prática, de forma mais ou menos vaga¹⁶⁸, segundo Russel, sendo impossível se referir a uma determinada coisa relacionada ao mundo todo, somente possibilitando a menção de coisas referentes a parcelas do mundo¹⁶⁹.

Assim, será possível compreender a tensão existente entre o ser e o dever ser, o real e o ideal, ou seja, entre a vontade, o que se pretende, e o produto dessa vontade, sabendo que quem está juridicamente obrigado a praticar determinada conduta, tem o dever de se conduzir nos termos do que está prescrito¹⁷⁰, e, a conduta real, o ser, pode ou corresponder à prescrição da norma ou ser realizada em sentido contrário¹⁷¹.

Se o alto grau de decisionismo que identificamos atualmente é um grande problema, pode ser que esta questão seja um sintoma de um problema ainda maior existente, que é justamente a redefinição de papéis constitucionais sem que haja a participação do Poder Legislativo em um Estado Democrático de Direito.

1.3.O conceito clássico de equilíbrio entre os poderes e a possibilidade de construção democrática das decisões jurídicas

Abordadas as questões acerca do neopositivismo kelseniano e da insuficiência da linguagem para a compreensão das coisas, que evidenciam, principalmente, a impossibilidade de contenção do juiz quando da prática decisória¹⁷², há a necessidade, para que seja possível compreender a estruturação do Poder Judiciário na atual forma vista, de que seja trabalhada a conceituação clássica da tripartição de

¹⁶⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 159/160.

¹⁶⁸ RUSSEL, Bertrand. Introdução. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p. 115.

¹⁶⁹ RUSSEL, Bertrand. Introdução. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. p. 123.

¹⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 133.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 18

¹⁷² Ainda que seja impossível a contenção do juiz, é uma questão desejável.

poderes e a ideia da existência de um equilíbrio entre estes, bem como quais as principais modificações identificadas até a contemporaneidade.

No que se refere à origem do Estado, há basicamente duas grandes interpretações que tratam do estabelecimento de relações entre homens em sociedade, sendo a primeira que tem como natural a formação de grupos humanos a fim de estabelecer organização, com uma promoção natural do Estado, e, uma segunda, que tem o princípio de que a sociedade é fruto de decisões humanas, dentre elas, a de viver efetivamente em sociedade¹⁷³.

De acordo com a primeira forma de concepção da formação estatal, em uma análise do pensamento de Aristóteles, considerada como uma das afirmações mais remotas acerca da ideia do homem como um ser social por natureza¹⁷⁴, o Estado é o primeiro objeto a que se propôs a natureza, e os indivíduos são subordinados ao corpo inteiro da Cidade, com funções distintas e com uma necessária articulação para o bom funcionamento, não sendo possível que os membros bastem em si mesmos, e, neste passo, já se observava, portanto, a atribuição de uma inclinação natural do homem para viver em sociedade¹⁷⁵, considerando, ainda, que o homem que assim não aderia à comunidade assim seria em decorrência da ausência sentimento de necessidade, ou da inaptidão para a adequação em grupos. O homem era considerado, portanto, um animal político, que tem o alcance da perfeição a partir da vida em comum com os outros, não sendo possível sobreviver com base no egoísmo¹⁷⁶, e a cidade (*polis*¹⁷⁷), por sua vez, também seria um fenômeno existente por natureza¹⁷⁸.

Da mesma forma, em “Ética a Nicômaco”, Aristóteles reafirma a questão da necessidade de o homem viver em sociedade, quando, em referência às amizades, afirma que o homem feliz necessita de amigos, por se constituir como um ser político, e, em decorrência disso, estar em sua natureza viver em sociedade¹⁷⁹, e, destaca,

¹⁷³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 7.

¹⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 8.

¹⁷⁵ ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

¹⁷⁶ CUNHA, Alexandre Sanches. *Teoria geral do Estado: ciência política*. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁷⁷ A *Polis* pode ser concebida como uma associação política e também uma comunidade religiosa, sendo também onipotente, com a limitação a seu poder somente na intervenção do povo nos negócios do Estado e na distribuição da justiça. MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 35 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁷⁸ GINZURG, Carlo. *Medo, reverência, terror: Quatro ensaios de iconografia política* tradução Federico Carotti, Joana Angélica d'Avila Melo, Júlio Castaño Guimarães — 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 18/19.

¹⁷⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 210.

ainda, que a vida com os outros é mais fácil e agradável, enquanto por outro lado, caso o homem fosse solitário, a vida seria penosa.

A partir de seu entendimento o homem, que tem essa tendência em viver em sociedade, tem o Estado como uma instituição natural, necessária e que decorre da natureza humana, sendo o Estado, portanto, resultante de movimentos naturais que ocorrem, com a finalidade de preservação da segurança da vida em sociedade a partir do estabelecimento de uma regulamentação de convivência, com a finalidade de promoção de bem-estar da coletividade¹⁸⁰.

Assim, a sociedade era pensada como um fator natural, sendo o homem civilizado considerado como sendo o melhor de todos os animais¹⁸¹, e os não civilizados, por sua vez, a pior espécie, devendo estes serem compreendidos como aqueles que não têm conhecimento nem das leis nem da justiça. No mesmo sentido, São Tomás de Aquino considera o homem como sendo, naturalmente, um animal sociável e político, sendo a vivência em multidão adotada por necessidade, de forma que, para a execução de todas as atividades cotidianas necessárias para a sobrevivência, um homem considerado isoladamente seria insuficiente, sendo natural a vida em uma sociedade de muitos¹⁸². A vida solitária, assim, é considerada como sendo uma exceção, e são os fatores naturais que levam à busca do homem por associar-se a outros homens¹⁸³.

O ser, a partir do pensamento tanto de São Tomás de Aquino quanto de Aristóteles, seria, portanto, um conceito análogo, existindo seres variados entre si, de forma que, mesmo que haja a identidade nos seres, que é juntamente “ser”, há uma distinção entre estes, uma multiplicidade, de forma que, mesmo existindo algo em comum (o fato de ser), há alguma dissemelhança¹⁸⁴.

Para a vida em sociedade, São Tomás de Aquino tem como necessário que o homem seja governado por alguém para que possa chegar ao fim pelo qual se direciona sua vida e ação, sendo que, caso o homem vivesse isoladamente, não seria necessário que alguém fosse responsável por tal direcionamento, entretanto, em

¹⁸⁰ MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 35 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁸¹ ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

¹⁸² AQUINO, São Tomás de. *Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino*. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ : Vozes, 1995. p. 127.

¹⁸³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 8.

¹⁸⁴ AQUINO, São Tomás de. *Os princípios da realidade natural: o ente e a essência*. Tradução de Henrique Pinto Rema. Porto, Portugal: Porto Editora, 2003. p. 99/100.

decorrência da natureza social do homem, para que cada um não buscasse tratar do que lhe interessa individualmente, há a necessidade de alguém para buscar o bem comum dos muitos viventes em sociedade.¹⁸⁵

Vale ressaltar que a ideia de uma natureza social do homem foge à perspectiva metodológica adotada por esta pesquisa, visto que nos remete a uma essência metafísica, transcendente ou ontológica da natureza humana, entretanto, de qualquer modo é importante trazer tal leitura à colocação por servir de elemento configurador da compreensão do homem em sua existência social. Assim, afastada a ideia de uma ontologia social própria do homem, dirigimos a pesquisa para buscar a construção teórica que funda a ideia de um pacto que leva os indivíduos a se unirem, a partir de uma existência mínima de regras acordadas em comum, normalmente pela metáfora da vontade geral e da existência de um pacto que legitima esta vontade como gestora das demais vontades dissidentes.

O Estado, dessa forma, funciona como médium entre os homens e a vontade geral deduzida pelo Legislativo, promovida pelo Executivo e tendo no Legislativo o ente que se destina a dirimir conflitos que decorram das desavenças entre indivíduos e indivíduos, e também entre os indivíduos e o Estado. Dessa forma, a concepção contratualista, por meio de suas diversas teorias voltadas à existência de um contrato social, que tem como precursores Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, John Locke e Maquiavel, traz a ideia central da necessidade de que haja um pacto em decorrência do fracasso iminente da união entre os homens, a partir da proposta de que os homens abram mão das liberdades existentes no estado de natureza, para um ente abstrato, burocrático, neutro, que substitui o princípio e seus caprichos, e que se interpõe entre os homens, incapazes de gerir-se por conta própria, ou prontos para a guerra de todos contra todos, caso não sejam contidos, sendo a sociedade considerada, dessa forma, como sendo produto de um acordo de vontades estabelecido entre os homens¹⁸⁶.

Segundo Thomas Hobbes, em sua obra *Leviatã*, a natureza fez os homens iguais em referência às faculdades do corpo e espírito, sendo que, mesmo que haja uma pessoa que possa ser considerada com um corpo mais forte que a outra, ou com um

¹⁸⁵ AQUINO, São Tomás. *Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino*. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ : Vozes, 1995. p. 126 e 128.

¹⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 10.

espírito mais vivo que o do outro, ao analisar o conjunto dos indivíduos, a diferença será insuficiente para que alguém possa questionar determinado benefício em detrimento de um outro¹⁸⁷.

No Estado de natureza não há qualquer limitação para o desejo nem para o direito, de forma que todos têm direito a tudo, não sendo possível a aquisição de direitos exclusivos a nada. Assim, os homens, que são iguais, mesmo que não o fossem, deveriam ser tratados como se iguais fossem, devido à expectativa de que assim seja, sendo possível o estabelecimento de uma ordem somente dessa forma¹⁸⁸, com a submissão à natureza humana.

Ocorre que, quando dois homens desejam a mesma coisa, sendo esta possível de ser gozada somente por um deles, há a formação de um conflito de interesses que, por sua vez, terá como fim a tentativa de destruição ou subjugação de um indivíduo pelo outro, ressaltando, inclusive, que os homens têm um enorme desprazer na companhia uns dos outros quando não há algo que possa manter todos em respeito, justamente pela intenção de todos em que seja atribuído, pelos demais, o mesmo valor que cada um atribui com relação a si próprio.¹⁸⁹ O homem, portanto, seria egoísta por natureza, sendo que neste estado haveria a possibilidade de que cara um pudesse fazer o que bem entendesse, tão somente em decorrência do fato de assim querer¹⁹⁰ a fim de preservar a sua vida.

A natureza deu a cada um direito a tudo; isso quer dizer que, num estado puramente natural, ou seja, antes que os homens se comprometesssem por meio de convenções ou obrigações, era lícito cada um fazer o que quisesse, e contra quem julgasse cabível, e portanto possuir, usar e desfrutar tudo o que quisesse ou pudesse obter.¹⁹¹

¹⁸⁷ HOBBES, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. p. 45. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf Acesso em: 15 de julho de 2020.

¹⁸⁸ POUSADELA, Inês M. *O Contratualismo Hobbesiano [ou de como para entender do direito é necessário pensar do avesso]*. In: BORON, Atilio A. (Org.) *Filosofia Política Moderna: de Hobbes a Marx*. São Paulo: Depto. de Ciência Política – FFLCH – Universidade de São Paulo, 2006. p. 361/363.

¹⁸⁹ HOBBES, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. p. 46. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf Acesso em: 15 de julho de 2020

¹⁹⁰ HOBBES, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. p. 47. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf Acesso em: 15 de julho de 2020

¹⁹¹ HOBBES, Thomas. *Do cidadão*. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 32.

Ainda sobre a vida em sociedade, considera, em sua obra “Do Cidadão”, que toda e qualquer sociedade estabelecida não provém da boa vontade das partes, mas sim do medo recíproco existente entre os homens¹⁹², causado, por sua vez, parte pela igualdade natural dos homens e parte pela mútua vontade de se ferirem¹⁹³, sendo que, caso este medo não fosse existente, a natureza humana tenderia mais à dominação do que à construção de uma sociedade.

Assim, para que a espécie humana se mantenha, é necessário que o homem abandone o estado de natureza existente, o que deve ser feito a partir de uma renúncia do direito absoluto existente sobre todas as coisas, no estado de natureza, em um ato de renúncia, com a finalidade de libertação e salvação¹⁹⁴, transferindo a um terceiro o direito existente sobre todas as coisas com a finalidade de que exerça a representação dos homens, possibilitando a constituição de uma sociedade política¹⁹⁵.

Instituído o Estado, não há que se falar na distinção entre esfera pública e privada, sendo todo o conteúdo da esfera privada dissolvido na esfera pública, sendo o direito de propriedade existente somente a partir da tutela estatal, que pode garantir a exclusividade de propriedade de uma pessoa sobre determinada coisa, visto que no estado de natureza existiria um direito de todos sobre todas as coisas, que leva, dessa forma, a ausência de direito¹⁹⁶.

Com relação à soberania, para Hobbes deve existir a atribuição desta a apenas uma pessoa, que seja homem ou uma assembleia, de forma indivisível, ilimitada e irrevogável, a fim de evitar a anarquia¹⁹⁷, não sendo possível existir qualquer poder maior do que o soberano, que tem, além do poder de tornar obrigatório o cumprimento das leis naturais, estabelecer quais são as prescrições contidas nelas, sendo reunido, em uma única pessoa, os poderes interligados de obrigar, julgar e legislar, sendo um intimamente relacionado ao outro, e, por esta razão, não poderiam deixar de pertencer

¹⁹² HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 28.

¹⁹³ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 29

¹⁹⁴ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Trad. Lydia Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973. p. 69/71.

¹⁹⁵ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Trad. Lydia Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973. p. 72.

¹⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 1^a reimpr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 108.

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 51/52.

a somente uma pessoa¹⁹⁸. Nesse sentido, ressalta Hobbes sobre a figura do Leviatã:

Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa.¹⁹⁹

A partir da ideia do Leviatã, que leva ao conceito de Estado, há, portanto, uma abdicação das liberdades existentes naturalmente a todos os homens para um homem ou assembleia, a partir de uma espécie de contrato, em que há a concessão do direito de governar a vida em sociedade, utilizando dos meios necessários para a preservação da paz, considerando a existência constante de ameaça em que se encontram todos os homens, buscando, dessa forma, a sua preservação.

Por outro lado, de acordo com Jean-Jacques Rousseau, no estado de natureza o homem é bom e livre, sendo, na passagem do estado natural para o civil, obtido um volume muito maior de vantagens do que as existentes naturalmente, como a ampliação das ideias e desenvolvimento das faculdades e o enobrecimento dos sentimentos, sendo a perda identificada com o contrato social a liberdade natural, a existência de um direito sem limites a tudo²⁰⁰.

Para Rousseau a natureza acaba por aproximar os homens de acordo com as necessidades existentes, facilitando o uso da palavra e proporcionando maior facilidade na sociabilidade, sendo o homem, neste estado, incapaz de ser bom ou mau, não tendo, portanto, vícios nem virtudes, e, ao contrário de Hobbes, entende que o estado de natureza é o que menos gera prejuízos à conservação dos outros, sendo um estado de paz e conveniente ao gênero humano²⁰¹. Neste passo, Rousseau considera que podem ser concebidas na humanidade dois tipos de desigualdades,

¹⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 53.

¹⁹⁹ HOBBES, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. p. 61. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf Acesso em: 15 de julho de 2020.

²⁰⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 34/36.

²⁰¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. p. 73/74.

sendo uma estabelecida pela natureza, referente a questões de saúde, idade e diferenças do corpo ou do espírito, e, por outro lado, uma outra desigualdade política, dependente de um tipo de convenção estabelecido entre os homens, identificada a partir dos privilégios existentes²⁰², como por exemplo, a riqueza.

Assim, sendo no estado de natureza possível de se identificar o homem como bom, o que torna o homem mau é justamente a criação de diferenças entre os homens, que se observa principalmente a partir da propriedade privada, sendo que, anteriormente, inexistiam conhecimentos acerca da vaidade, estima, desprezo, justiça, visto que também inexistente a noção de teu e meu²⁰³.

Com relação à soberania, para Rousseau, se trata do exercício da vontade geral, que se consubstancia no ponto comum existente entre os interesses que formam o laço social²⁰⁴, tendente não às preferências existentes, mas sim à igualdade, não sendo necessário, para tanto, a unanimidade, mas sim que todos sejam considerados, diferindo da vontade de todos ao passo que, enquanto a primeira visa o interesse comum, a segunda se trata da soma de vontades particulares identificadas. Para que se chegue à vontade geral, é necessário que se retire das vontades particulares as mais e menos (que se anulam), se chegando à somatória das diferenças existentes²⁰⁵. Assim, o soberano será um ser coletivo, responsável por mover cada parte existente no Estado, e que, embora possa ter o seu poder transmitido, não pode transmitir a vontade existente.

O fundamento legítimo para a obrigação social está, de fato, não na força de uma autoridade, mas sim na convenção que é estabelecida entre os membros do corpo social, de forma que, o contrato, feito por cada um consigo mesmo, estabelece livremente o compromisso de quem se obriga, de forma que, todo o poder existente em cada um individualmente é alienado à comunidade, em condição de igualdade²⁰⁶. Assim, a vontade geral seria considerada a expressão da vontade de cada um, na expectativa de um mundo em que os conflitos de interesses que viessem a existir se

²⁰² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. p. 38/39.

²⁰³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. p. 80.

²⁰⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 39.

²⁰⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 41.

²⁰⁶ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Trad. Lydia Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973. p. 165/166.

mantivessem apaziguados²⁰⁷, sendo, em troca do estabelecimento do contrato social, com a garantia da propriedade²⁰⁸, perdida a liberdade natural existente para todos os homens²⁰⁹, o que acarreta uma série de operações que se destinam à instauração de uma ordem organizada consensualmente em torno da abstração jurídica²¹⁰.

Ainda na mesma linha de pensamento, John Locke, com uma concepção cristã forte acerca da criação do homem²¹¹, entende, por outro lado, que o estado de natureza é aquele em que os homens estão em perfeita liberdade para que regulem tanto suas ações quanto a forma de disposição das posses existentes, sem qualquer dependência existente às vontades dos homens²¹², assim, todos são iguais por natureza, considerando, neste sentido, a existência de uma espécie de igualdade intrínseca existente, que seria decisiva para alguns fins, em especial, para a finalidade de governo²¹³, inexistindo, também, qualquer forma de subordinação ou sujeição entre os homens.

Entretanto, embora se trate de um estado em que há total liberdade para o exercício das faculdades pelo homem, não há liberdade para a autodestruição ou para a destruição das pessoas ou coisas que estejam na posse de cada homem, sendo, para isso, existente uma lei de natureza que tem como função ensinar aos homens que, mesmo considerando a existência da liberdade, ninguém deveria prejudicar os outros ou as posses existentes²¹⁴.

Como forma de refutação aos pensamentos de Hobbes, Locke enxerga, no estado de natureza, ordem e razão, sendo a ausência de leis e de uma autoridade responsável por dirimir os conflitos existentes, pontos determinantes para uma

²⁰⁷ SOËTARD, Michel. *Jean-Jacques Rousseau* Tradução de Verone Lane Rodrigues D oliveira. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010. p. 14.

²⁰⁸ CIRIZA, Alejandra. *A propósito de Jean Jacques Rousseau: contrato, educação e subjetividade*. In: BORON, Atilio A. *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas. São Paulo: Universidade de São Paulo. 2006. p. 87.

²⁰⁹ SOËTARD, Michel. *Jean-Jacques Rousseau* Tradução de Verone Lane Rodrigues D oliveira. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010. p. 57.

²¹⁰ CIRIZA, Alejandra. *A propósito de Jean Jacques Rousseau: contrato, educação e subjetividade*. In: BORON, Atilio A. *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas. São Paulo: Universidade de São Paulo. 2006. p. 84.

²¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 12.

²¹² LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2998. p. 380.

²¹³ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 130.

²¹⁴ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2998. p. 384.

situação de instabilidade, tornando necessário, portanto, que fosse criado o Estado para a interpretação da lei e manutenção da ordem²¹⁵.

Par que houvesse o cumprimento da lei, em observância à lei natural existente, cada um tem o direito de punir quem descumpri-la, de modo que, tem-se, dessa forma, a única possibilidade em que o homem poderá fazer mal a outro, ou seja, em violação à lei da natureza²¹⁶, e poderá ser observada uma transição deste estado, quando um homem declara um propósito contrário à vida de outro²¹⁷, como por exemplo quando tenta colocar outro sobre seu poder absoluto, privando-o a liberdade, momento em que o homem se coloca no chamado estado de guerra, sendo este um estado de destruição, sendo evitar tal estado a razão pela qual há o abandono do estado de natureza pelos homens, que se unem em sociedade²¹⁸. O contrato social será, dessa forma, um pacto de consentimento (em não de submissão, como em Hobbes) em que os homens concordam na formação da sociedade civil como forma de consolidação dos direitos existentes naturalmente, a partir do amparo legal²¹⁹. O sistema político deveria ser baseado na distinção entre o parlamento e o rei, e as funções do Estado (legislativa e executiva), sendo a soberania do Estado pertencente ao povo e o governo, ao rei²²⁰.

Assim, é possível observar que existem correntes que entendem a origem da sociedade partindo da própria natureza humana, e, por outro lado, correntes que entendem que a sociedade se origina a partir de um acordo de vontades estabelecido entre seus integrantes, que, por motivos diversos, variando de acordo com a teoria de cada pensador, optam por deixar o estado de natureza e, em forma de associação, passarem ao estado civil.

Nota-se nas teorias contratualistas a existência de um ponto comum, que é justamente a identificação da necessidade de que haja a interdição, um poder neutro que administre e atue dirimindo os conflitos que existirão em decorrência da vida em sociedade e das plurais vontades que nela se manifestam, que pode ser considerada

²¹⁵ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44 ed. São Paulo: Globo, 2003. p. 60.

²¹⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2998. p. 386.

²¹⁷ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2998. p. 396.

²¹⁸ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2998. p. 400.

²¹⁹ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. *John Locke e o individualismo liberal*. In: Os clássicos da política, org. Francisco C. Weffort, Ática, São Paulo 2008. p. 69.

²²⁰ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 1ª reimpr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 115.

como sendo a reunião de uma coletividade de indivíduos que pretendem alcançar um fim comum²²¹, assim, o ente incumbido de proceder a interdição se materializa como sendo a resposta das luzes às trevas medievais partir de um ideal de pacificação em torno de uma pretensa vontade geral.

A razão como norte que se apresenta em um primeiro momento como resposta racional, já que dela advém a verdade, se tornará um problema a partir do momento em que há a percepção de que as arbitrariedades do monarca feudal se redesenham no déspota esclarecido que o sucede, resultantes da objetificação do sujeito a ser inserido em um molde monista, avesso à diversidade, de forma que, a razão que se apresenta como verdade, acaba por objetificar o sujeito que, subordinado, acaba por ser mais controlável.

Este Estado Moderno, tem como uma de suas características a ideia de soberania como um poder disciplinar contínuo e permanente, servindo ao desenvolvimento do capitalismo²²², e podendo ser identificado, principalmente, pelo aumento da complexidade da vida social e desenvolvimento do comércio e técnica²²³, estudado de forma mais aprofundada pelos contratualistas supramencionados, se apresenta como mediador e fiador do novo modelo societário que se estabelece a partir do medievo, tendo como uma de suas consequências o alcance de maior garantia de obrigatoriedade do direito²²⁴.

Pode-se dizer que, passada a modernidade, houve uma série de integrações crescentes em diversos sentidos ao homem, como com a elaboração de uma consciência de individualidade nacional e com a unificação da jurisdição segundo o princípio da igualdade de todos perante a lei, sendo uma das características da modernidade o surgimento da soberania como forma de poder, alcançada em decorrência deste referido grau de integração²²⁵, juntamente com a ideia da existência de um novo sujeito, com novas possibilidades e em uma sociedade que se apresenta mais complexa, o que leva à existência de um maior número de conflitos.

É importante, ainda, para a discussão do papel do Poder Judiciário, analisar a tripartição de poderes de Montesquieu, e, principalmente, das funções atribuídas ao

²²¹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44 ed. São Paulo: Globo, 2003. p. 2.

²²² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 179/180.

²²³ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44 ed. São Paulo: Globo, 2003. p.145.

²²⁴ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

²²⁵ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

Poder Judiciário, escolhido como ponto de partida para este tópico em decorrência da proximidade de sua teoria com o desenvolvimento do Estado Moderno, momento em que a norma escrita passou a ser concebida como um instrumento essencial para o afastamento do medievo, e, ainda, em que se identificou a necessidade de criação de novas estruturas políticas (vide capítulo 1.1).

Como uma das propostas de Montesquieu, pode ser identificada a busca por saber se há leis gerais que presidem à formação e o desenvolvimento da sociedade humana, sendo, somente a partir desse conhecimento das leis e das sociedades particulares, possível elaborar uma teoria da sociedade²²⁶, tendo, no que se refere às leis, duas afirmativas que podem ser extraídas, que são, respectivamente, de que todos os eres do mundo são governados por leis, e de que sempre se terá uma lei quando existem relações necessárias estabelecidas entre dois seres²²⁷.

Tem-se, dessa forma, a proposta de um Poder Judiciário que atuasse a partir da elaboração de sentenças observando estritamente o que fosse disposto pelo Poder Legislativo, como aqueles seres inanimados²²⁸, desenhados no modelo exegético e afastados de qualquer possível proximidade com questões políticas, atuando de forma totalmente restrita a espaços delimitados previamente, evitando, assim, uma prática que viesse de encontro à competência dos outros poderes. Assim, a proposta de criação de uma tripartição de poderes visa a criação de um sistema moderado e controlado de poder²²⁹.

Tal contenção e imparcialidade por ele desenhados são reproduzidas, com graus de sofisticação mais elevados em Kelsen, sem que o problema fosse superado. Tal modelo de tripartição originou, por um lado, na tradição do direito continental, a visão de um juiz limitado às práticas legislativas e atuando como o exegeta “boca da lei”, e, por outro lado, na tradição do *common law*, uma visão que tem o juiz como sendo o garante da Constituição e responsável pela imposição de limites ao Poder Legislativo²³⁰.

²²⁶ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 1ª reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 127.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 1ª reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 127. p. 128.

²²⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 175.

²²⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradutores: António Francisco de Souza, Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

²³⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Haveria, portanto, uma liberdade política, que consistiria na possibilidade de se fazer o que se deve querer, e não o que cada um quiser de forma individual, ou seja, a liberdade consiste na possibilidade de que se fizesse tudo que fosse legalmente permitido, evidenciando a existência de uma tensão entre o direito positivo e a consciência de que este seria necessário para que os indivíduos pudessem se determinar.²³¹

A tripartição equilibrada e equilibradora de poderes é concebida a partir de uma análise das leis que formam a liberdade política, estabelecendo uma relação com a Constituição, em sua concepção moderna²³², cabendo, ao Poder Legislativo a função de criação das leis, ao Poder Executivo, a função de execução das resoluções públicas, e, por fim, o poder de julgar, pelo qual além do julgamento dos casos, é realizada a punição sobre os crimes, sendo ressaltado, ainda, que não pode ser considerada como existente a liberdade em caso de junção de mais de uma função, dentre as três existentes, na mesma pessoa:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou mesmo o senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

Tampouco há liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo, será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será o legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais ou nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares.²³³

Assim, nota-se que caso o poder de julgar se confunda com as práticas dos outros poderes, que não o judiciário, considera-se a existência de arbitrariedade, não sendo possível, portanto, que se confunda em um só corpo o exercício de funções de diversos poderes. O problema é que, naquele cenário, não se antevê a dificuldade de impedir a competição entre os poderes, competição estabelecida no sentido de que

²³¹ AGUILAR, Enrique. *A liberdade política em Montesquieu: seu significado*. En publicacion: Filosofia Política Contemporânea: Controvérsias sobre Civilização, Império e Cidadania. Atilio A. Boron, 1a ed. - Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. Abril 2006.p. 77.

²³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 163/164.

²³³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 169.

um deles prevaleça sobre o outro, não se observa, portanto, que os freios e contrapesos não freiam adequadamente como de fato deveriam funcionar.

A teoria da tripartição de poderes se baseia na ideia de que para que não haja abuso de poder, há a necessidade de que o próprio poder se constitua como um freio, de forma que deve ser feita uma distribuição do poder a fim de que este não se concentre em sua integralidade nas mãos de somente uma pessoa, mas sim que esteja em equilíbrio em uma série de poderes parciais, sendo feita uma divisão de acordo com as funções fundamentais do Estado, que se resumem no Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo de seu interesse tão somente a divisão de acordo com as funções, e não em referências às partes propriamente ditas²³⁴. Assim, os poderes, se temendo/respeitando, se controlam e se limitam, sendo que, um poder supremo acabaria por abafar os demais, e seria, em última análise, o único.

Como medida de equilíbrio imaginava-se que a proposta exegética que tira o poder interpretativo do juiz fosse capaz de conte-lo (não foi). Assim, teria o Poder Judiciário, portanto, somente a responsabilidade de reprodução do que fosse produzido pelo Poder Legislativo, em total afastamento de questões políticas, o que, por consequência, afastava as possibilidades de questionamentos e indagações acerca das decisões proferidas e demonstrava um espaço mais restrito de atuação pelos magistrados, não sendo possível que estes agissem de forma distinta da determinada legalmente, sob pena de fossem externadas opiniões particulares do magistrado²³⁵.

Não haveria, portanto, a possibilidade de que o Judiciário exercesse funções de competência do Executivo ou do Legislativo, sob pena de que se tornasse arbitrário o poder exercido sobre a vida dos cidadãos, quando praticadas as funções do Legislativo pelo magistrado, ou até mesmo opressora a força exercida, quando usurpadas as funções do poder Executivo, pelo Poder Judiciário.

Assim, a partir de uma separação constitucional e institucional²³⁶ dos três poderes identificados em Montesquieu, o poder de julgar, de competência do

²³⁴ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 1ª reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 136/137.

²³⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A tripartição dos poderes em Montesquieu*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Embargos Culturais, 14 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-14/embargos-culturais-triparticao-poderes-montesquieu> Acesso em: 02 de julho de 2020.

²³⁶ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 40.

Judiciário, deveria ser exercido por pessoas que são tiradas do corpo do povo, formando um tribunal que dure tão somente o tempo necessário para a realização do julgamento, devendo o Judiciário ser um sistema composto sem a presença de profissionais, mas sim de pessoas que atuassem como juízes, quando necessário, levando praticamente a um sistema de júris, que sequer requereriam o conhecimento profissional de juízes em decorrência da clareza da lei²³⁷. A tripartição proposta com a finalidade de prevenção de possíveis abusos pelos poderes era (e é) tida como fundamental, sendo que, dentre as características existentes, era necessário que fosse utilizada como fonte do direito somente a lei²³⁸.

A perspectiva de Montesquieu, que levava em conta a impossibilidade de que os indivíduos se comandassem a partir de uma vontade que estivesse livre de constrangimentos, exigia que o historiador-juiz, quando do exercício da faculdade de julgar, realizasse uma aproximação (ou afastamento) das ações humanas à norma ideal de justiça²³⁹, sendo, o conhecimento da lei, elemento de contribuição para que fossem esclarecidas as condições pelas quais se daria a autonomia humana, não eliminando, em sua totalidade, as noções de valores universais.

Dessa forma, partindo da concepção contratualista que trata da existência da sociedade a partir da realização de um pacto entre os indivíduos, passando pelo conceito clássico do equilíbrio de poderes trabalhado por Montesquieu que evidencia a necessidade de uma contenção dos poderes em um mecanismo de freios e contrapesos que sirva como forma de manutenção de equilíbrio entre estes, há a necessidade de que seja compreendida, a partir deste momento, a forma do modelo social que se instala a partir do Constitucionalismo Contemporâneo e as migrações que se deram com relação à forma de equilíbrio entre os poderes, considerando o norte de sentido constitucional que se apresenta na contemporaneidade.

A razão construída a partir da filosofia da consciência, acaba por ser o fogo que forja o sujeito solipsista da modernidade, preso em sua nova liberdade assujeitadora e escondido por trás dos textos legais existentes, ocorre que, após a modernidade, há uma modificação do sujeito, do Estado e uma consequente perda do equilíbrio, de

²³⁷ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2nd ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 97.

²³⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 415.

²³⁹ JASMIN, Marcelo Gantus. *Alexis de Tocqueville: a historiográfica como ciência da política*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG: IUPERJ, 2005. p. 200.

forma que, da instabilização dos freios, vem a competição para o protagonismo no novo que se anuncia.

O Estado Moderno, que tem suas características principais decorrentes de algumas das deficiências da era medieval, como o território, o povo, o governo, o soberano; evidentemente se apresenta como algo novo, representando o momento em que o Poder passa a ser observado como sendo uma instituição, em uma desvinculação da autoridade e de quem a exerce, e tendo como titular o Estado²⁴⁰, que passa a centralizar o poder.

Sabe-se que, tal modelo estatal, que passou por diversas formas e transformações, chegou a um momento de nova modificação e até mesmo de exaustão. Assim, o Estado Moderno em crise, a globalização²⁴¹, as concepções plurais e o desenvolvimento urbano, acabam por preparar o solo para a multiplicação de possibilidades, que vão fazer com que o sujeito da modernidade venha a explodir multidirecionalmente em termos de possibilidades existenciais, o que vai gerando cada vez mais um aumento na tensão entre contenção e liberação.

Se o modelo moderno, baseado em limites e fronteiras claras, favorece à contenção, a ruptura de tais fronteiras faz com que haja um alto grau de flexibilização de limites, assim, a crise do Estado Moderno, que se deu em decorrência de uma série de fatores, se desdobrando em várias crises²⁴², anuncia um novo modelo de Estado, a fim de atender às demandas do sujeito da pós-modernidade, em gestação entre meados e fim do século XX.

Com relação às crises do Estado Moderno, é importante ressaltar que há uma subdivisão proposta por Streck e Bolzan em três vertentes, sendo a primeira relacionada à crise que atinge as características conceituais básicas, principalmente em relação à soberania, a segunda referente à evolução do modelo de Estado de Bem-Estar Social e os obstáculos existentes em decorrência deste modelo, e a

²⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8. ed. ver. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

²⁴¹ A globalização, segundo Boaventura de Souza Santos, pode ser considerada como um processo pelo qual há a extensão da influência determinada entidade local para todo o globo, desenvolvendo, dessa forma, a capacidade de designar como local uma condição social distinta desta. É importante lembrar que a globalização é sempre aquela que é bem-sucedida em determinado local. SANTOS, Boaventura de Souza. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2^a ed. São Paulo: Cortez, 2014. p. 31/32

²⁴² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8. ed. ver. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

terceira em decorrência da fragilização dos instrumentos de ordenação do poder político²⁴³.

Com relação à globalização, por outro lado, pode-se considerar que na globalização econômica foram observadas modificações de valores do Estado, levando, consequentemente, a uma transformação da noção de cidadania existente, que deixa de ser considerada como monopólio de força e política sobre um território e passa a ser considerada de forma entrelaçada para os Estados, sendo concebida a partir de uma relação de interdependência.²⁴⁴

As discussões acerca de igualdades (tanto formais quanto materiais) se perdem, ninguém é igual a ninguém a não ser pelo reconhecimento e respeito às diferenças existentes, de forma que o Estado Democrático de Direito acaba por demonstrar a necessidade de uma compreensão plural, tolerante, includente da qual as instituições não se apresentam totalmente preparadas.

Dessa forma, o novo decisionismo, trabalhado por Kelsen e apontado no primeiro tópico deste capítulo, volta a ser o foco das preocupações daqueles que buscam revitalizar a legitimidade do(s) pacto(s) social(is) existentes a partir de novos paradigmas, de forma que o novo se apresenta a partir de perspectivas diferenciadas. Se a guerra de todos contra todos foi afastada (ou mitigada) nos dias de hoje, surge uma nova guerra em busca de hegemonia em um Estado que passa por um processo de redesenho e ressignificação em tempos difíceis de alterações paradigmáticas que nos remetem à crise já mencionada acima. Os arranjos de poderes do Estado Moderno precisam ser contidos e, em uma perspectiva constitucional, passar por filtros de legitimidade/legitimização. Se o judiciário promove transformações sociais (e promove, na efetivação do *plus normativo* com a transformação das relações sociais existentes) não pode fazê-lo rompendo com o equilíbrio entre os poderes, condição *sine qua non* para a efetivação da democracia.

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8. ed. ver. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

²⁴⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 28/29.

2. A RECONFIGURAÇÃO DO MODELO SOCIAL A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

As demandas sociais que surgem a partir dos eventos mencionados no capítulo 1, levam ao constitucionalismo contemporâneo, que pode ser identificado como sendo o movimento que deu azo às Constituições do segundo pós-guerra, há a representação de uma espécie de alteração dimensional que se dá tanto no plano do Estado quanto da Constituição e da teoria do direito, na práxis político-jurídica, a partir da busca pela limitação de exercício dos Poderes, que se dá, por sua vez, com a garantia do exercício da cidadania²⁴⁵ e com a consequente reformulação da teoria das fontes²⁴⁶.

Segundo Streck, que optou pela adoção da nomenclatura constitucionalismo contemporâneo ao invés de neoconstitucionalismo, deve-se levar em conta que o segundo termo mencionado possa acabar por levar as pessoas ao cometimento de equívocos, principalmente em decorrência do fato de que as próprias características desse neoconstitucionalismo levaram a deturpações do texto constitucional, como, por exemplo, com relação à adoção da ponderação de valores e de uma pretendida constitucionalização do ordenamento a partir de conceitos vagos e sem sentidos²⁴⁷, não considerando, portanto, adequada a sua utilização.

Além disso, adotar a expressão neoconstitucionalismo pode levar a uma contradição no sentido de que, ao mesmo tempo em que ela demonstra a existência de um movimento que traz algo novo (neo), deve-se considerar que não há possibilidade de que haja a sua concretização a partir do protagonismo judicial²⁴⁸. Assim, a utilização da referida expressão por Streck tem a finalidade de, primeiramente, refutar o(s) neoconstitucionalismo(s), em especial aqueles surgidos no âmbito do constitucionalismo espanhol, levando à jurisprudência da valoração, e,

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 37.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum. 13 de março de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 03 de setembro de 2020.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – O constitucionalismo contemporâneo*. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v.1, n 02, p. 27-41, out. 2014. p. 29.

ainda, buscar a superação do positivismo jurídico²⁴⁹.

Faz-se necessário ressaltar que, a partir do fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, expressão adotada por Streck, e que será, também, utilizado nesta pesquisa, houve, principalmente, uma nítida ruptura com as ordens anteriores, com a reformulação da teoria das fontes, da norma e da interpretação²⁵⁰.

O constitucionalismo, que nasce das demandas sociais, volta-se para a questão da legitimidade, sem ainda haver superado o baixo grau de efetividade existente, de forma que, enquanto no positivismo jurídico as discussões estabelecidas deixavam de lado a questão da legitimidade da decisão tomada pelos poderes estatais, em uma aposta de isolamento do contexto prático existente²⁵¹, com o constitucionalismo contemporâneo, deixa o direito de ser considerado como sendo meramente regulador, passando a ter algo a mais, que é justamente uma feição transformadora das relações sociais existentes, o que Streck intitula *plus normativo*, promovendo o que se projeta para uma sociedade concreta.

A partir de 1988, momento em que há a elevação da Constituição Brasileira ao caráter de norma jurídica, tem-se o ideal de uma Constituição concebida a partir de um caráter normativo e que valoriza o conteúdo prescritivo dos direitos fundamentais existentes e previstos²⁵², podendo ser vista como um projeto que se encontra em constante reformulação em decorrência das necessidades existentes à época em questão²⁵³. Referida Constituição tem como ponto de destaque o fato de apresentar um caráter democrático, sem a imposição por déspotas ou a introdução por grupos de intelectuais, evidenciando desenvolvimento cultural e uma forma de que o próprio povo representasse seus interesses²⁵⁴.

O ponto fulcral do presente capítulo será, para que se chegue à forma de juiz identificada no Brasil em seu contexto atual, realizar uma reconstrução dos modelos

²⁴⁹ TASSINARI, Clarissa. *A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial*. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012, p. 38/39.

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – O constitucionalismo contemporâneo*. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v.1, n 02, p. 27-41, out. 2014. p. 30.

²⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo*. Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27. p. 15. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Os métodos do acharamento político*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

²⁵³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

²⁵⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

de juízes passíveis de serem vislumbrados em momentos históricos distintos, levando, assim, a uma discussão acerca da forma através da qual as decisões acabam por se perder da Constituição, acabando por serem baseadas em posturas decisionistas e na busca de álibis para a motivação de escolhas previamente realizadas pelo aplicador da norma.

É importante, ainda, ressaltar que no modelo constitucional brasileiro as decisões judiciais devem ser analisadas tendo em vista o contexto do Brasil e suas características, não devendo ser as tradições estrangeiras adotadas como modelo normativo sem que se analisem as peculiaridades do país, devendo ser realizados questionamentos referentes à argumentação pelo judiciário levando em conta, principalmente, o aumento da judicialização das questões sociais com a Constituição de 1988²⁵⁵. É a busca da superação da tensão entre questão de fato e questão de direito trabalhada por Castanheira Neves, que busca colocar fim na separação do mundo concreto e do mundo das ideias, abandonando, assim, a filosofia da consciência, e, consequentemente, pronunciando-se para o esquema de conhecimento baseado na intersubjetividade.

Assim, considerando a nova proposta constitucional e o caráter normativo que se pode identificar em seu texto, será, neste momento, realizada uma análise da forma pela qual se deu tal alteração de paradigmas que vai do dualismo moderno para a pluralidade característica do constitucionalismo contemporâneo, e, ainda, como se configura o modelo constitucional de 1988, garantista e principiológico. Serão, ainda, abordados modelos de juízes passíveis de serem identificados em três marcantes e distintos contextos históricos pelos quais o Brasil passa na formação de um modo de construção da decisão, com a finalidade principal de evidenciar as reconfigurações em relação ao poder de dizer o direito exercido pelo judiciário no Brasil, até que se chegue à atual configuração e forma estatal.

A partir desta construção do perfil dos juízes e do imaginário decorrente destes perfis, será possível se chegar à uma compreensão de como as demandas nascidas de anseios sociais, abrigadas pelo constitucionalismo contemporâneo, nos levam à uma crise de efetividade, que acaba por resultar em respostas fornecidas por um juiz boca da consciência. A partir daí, cabe, ainda, vislumbrar os rearranjos de poder decorrentes da nova vontade geral, bem como as formas de controle das decisões

²⁵⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 64.

proferidas pelos juízes, evidenciando a relação entre direito e poder estabelecida na contemporaneidade.

2.1. Os modelos de racionalidade judiciais particularmente considerados: quem são os nossos juízes na história?

Tendo o presente trabalho como um de seus objetivos a compreensão do processo pelo qual passa o Poder Judiciário do Brasil contemporâneo, levando-o a um protagonismo exacerbado que acaba trazendo como consequência, quase que inexoravelmente, uma série de posturas decisionistas, faz-se necessário um reconstruir histórico de como se dão os arranjos que sustentam o Estado Moderno, lembrando sempre que a compreensão fenomenológica dos entes se dá sempre em uma compreensão de sua mundialidade, em uma forma de desconstrução da metafísica para que seja possível reencontrar o sentido do ser, levando em conta que o ser-aí, próprio de cada caso, acaba por ser sempre um ser no mundo²⁵⁶, levando em conta que o mundo em que o ser humano vive se relaciona com o próprio ser, não sendo possível olhar para os indivíduos dele separados, em aspectos naturais, mas sim levando em conta que cada um se desenvolve de acordo com o tempo e o espaço, não só habitando o mundo, mas também o constituindo junto a ele.

Não é por outra razão que Castanheira Neves afirma que o direito pode ser considerado uma função culturalmente condicionada, o que impossibilita o alcance de soluções universais e inalteráveis²⁵⁷, assim, para a compreensão da estrutura do Poder Judiciário no Brasil no corrente século XXI, é importante, primeiramente, realizar uma retrospectiva histórica que remeta às relações de poder existentes com relação à interpretação jurídica, e, ainda, na consequente prática do Poder Judiciário, objeto do presente trabalho.

Deve-se levar em conta, ainda, que para a compreensão da racionalidade do direito é fundamental compreender, também, a atuação dos juízes, sendo a prática

²⁵⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenêutica da facticidade*. Tradução de Renato Kirchner. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 86.

²⁵⁷ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 3. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 12.

diretamente ligada aos modelos de racionalidade judicial adotados nas decisões proferidas, sendo, somente assim, possível chegar aos conceitos de fundamentação de decisões (tidos a partir dos modelos de racionalidade judicial existentes) e da relação dos juízes com o estado de direito²⁵⁸.

O juiz, figura legitimada pelo Estado que o apresenta como sendo sua legítima representação, notadamente no que diz respeito à função de dizer do direito e de resolver conflitos, apontoando sentidos em questões controversas, inclusive dizendo da “vontade da lei”, e que é concebido, por muitas vezes, como um ser diferenciado e provido de todos os poderes, acaba por ser assim considerado em decorrência da criação de um mito sobre a figura do juiz, considerado de forma heróica e diretamente relacionado com a esperança, como se coubesse única e exclusivamente ao Poder Judiciário a função de fazer valer um direito existente, sem qualquer ênfase às demais formas de composição existentes²⁵⁹.

A apostila nos juízes não é coisa nova, e se apresenta inclusive no conto do Moleiro de Sans-Souci, de François Andrieux, que narra, em síntese, a situação que ocorre quando Frederico II, Rei da Prússia, resolve construir um palácio (Sans-Souci), nas cercanias de Berlim, no século XVIII, onde funcionava um antigo moinho, de propriedade de um moleiro antigo da região. Com o passar do tempo e com o crescimento do palácio, o Rei entende que seria necessária a remoção do moinho, para que fosse dado lugar a uma nova ala de seu palácio, em expansão. Ao comunicar o moleiro acerca da decisão em expandir seu palácio e tentar fazer a compra para retirar o moinho que há muito se encontrava no local, este não concordou, alegando que naquele local haviam trabalhado seus antigos familiares e que trabalhariam também seus filhos. Posteriormente, utilizando de seu poder real, Frederico II ameaçou o moleiro, que, prontamente, respondeu ao Rei a respeito da questão que “ainda há juízes em Berlim”²⁶⁰.

Tal expressão remete à ideia de que, com a desvinculação da justiça com relação ao poder Real, em decorrência do advento do Iluminismo e o afastamento dos

²⁵⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* : para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 66.

²⁵⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. *O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2019. p. 129/131.

²⁶⁰ CHUEIRI, Vera Karam. *Direito, história e memória: ainda há juízes em Berlim (?)*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2019. p. 142.

ideais monárquicos, havia a criação de possibilidades de que os juízes pensassem com consciência independente, sendo a frase emblemática símbolo de enaltecimento da independência e imparcialidade do Poder Judiciário²⁶¹, assim, a gradual separação entre os poderes aponta para uma autonomia do Poder Judiciário, evidenciada no presente conto.

É importante, nesse sentido, ressaltar que, quando da Revolução Francesa, momento em que se evidenciava a presença dos ideais iluministas, abordados no conto do Moleiro de Sans-Souci, com a redação dos cadernos redigidos em 1789, no que se refere ao Poder Judiciário, consta que os tribunais não poderiam ser perturbados no exercício de suas funções sem que houvesse o consentimento dos estados gerais, sendo que, para que houvesse a nomeação dos juízes pelo rei, quando fosse formulado um requerimento ao povo²⁶², seria o poder dos magistrados subordinado, em grande parte, às assembleias gerais existentes. Dessa forma, em referência ao Poder Judiciário, haveria uma delegação temporária para as funções a serem exercidas, sendo que não seria possível qualquer participação, direta ou indireta, dos três poderes nas esferas distintas das que cada um deveria de fato atuar²⁶³.

Assim, sobre o conto do moleiro e o papel exercido pelo Poder Judiciário, pode-se observar além da confiança na justiça, um próprio questionamento à esta, sendo levantada uma certa dúvida quanto à sua atuação de fato em face da existência do poder real, superior a todas as questões sociais quando do período monárquico, segundo Vera Karam Chueiri:

Pois bem, o moleiro de Sans Souci, ao responder ao rei Frederico II que não sairia da sua propriedade, na qual seu pai viveu e seus filhos viverão, afinal, *ainda há juízes em Berlim*, não só afirma sua posição confiando na possibilidade da justiça, mas também coloca esta (a justiça) em questão. Daí o caráter provocador da literatura em relação ao direito, daí o fascínio dessa relação.²⁶⁴

²⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. "Ainda existem juízes em Berlim"? – O STF e a liberdade de expressão. In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Direitos Fundamentais, 21 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-21/ainda-existem-juizes-berlim-stf-liberdade-expressao> Acesso em: 25 de maio de 2020.

²⁶² TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. 4 ed. Tradução: Yvonne Jean. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 208.

²⁶³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 494.

²⁶⁴ CHUEIRI, Vera Karam. *Direito, história e memória: ainda há juízes em Berlim (?)*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2019. p. 146.

Tem-se, portanto, a partir do referido conto, a evidência de um ideal de juiz imparcial e autônomo, que se opõe ao despotismo sendo a única força e a última esperança de quebrar o egocentrismo do princípio, em um processo de desvinculação da justiça do poder real, à época, em uma demonstração da crença a esta nova forma do Judiciário, e evidenciando a necessidade do controle a ser feito sobre quem tem o poder, sendo, neste caso, o próprio rei controlado. Entretanto, o que se observa com o passar do tempo é o desequilíbrio do Poder Judiciário para com os demais poderes, a partir da busca por maiores espaços de poder em uma demonstração de desequilíbrio da ideia existente de freios e contrapesos entre os poderes. Só um gigante contém um gigante, só um Leviatã tem forças para combater outro Leviatã, assim, o Judiciário somente tem sentido se dotado de força descomunal, daí a ideia de nascer e permanecer forte.

Para a compreensão da atual estrutura do Judiciário e da forma existente a partir do constitucionalismo contemporâneo, é importante recobrar historicamente a forma tomada pelo Judiciário no tempo, sendo que, para tanto, partiremos do século XIX, momento em que se constatou a insuficiência do positivismo jurídico para as demandas decorrentes da complexidade social instalada, e, ainda, em que foi elaborado o Código Civil napoleônico, com a finalidade de estabelecer uma normas que levassem à uma melhor forma de conhecimento do direito aos juízes e cidadãos, espelhando o desejo de conciliar conquistas civis e políticas da Revolução Francesa.

No que se refere especificamente ao Brasil do século XIX, há que se observar uma estrita ligação dos juristas às funções de Estado, a partir de um direcionamento dos cursos jurídicos para a composição de carreiras burocráticas e aplicação das leis nacionais existentes, demonstrando uma certa intimidade do jurista com o poder, sendo a magistratura, em especial, considerada como sendo o primeiro passo para a adoção de uma carreira política²⁶⁵.

Nesse sentido, Tocqueville ressalta que em todos os povos tem-se como uma das características do Poder Judiciário a realização de pronunciamento de casos particulares, e não sobre princípios gerais, agindo somente quando provocado, colocando em movimento os casos a serem analisados, sendo possível estender a influência dos juízes, a partir do controle exercido sobre os demais poderes, para

²⁶⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. 3. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2011. p. 206-207

esferas políticas, podendo se pronunciar sobre a constitucionalidade de leis²⁶⁶. Assim, considera que:

Por sua natureza, o poder judiciário não tem ação; é preciso pô-lo em movimento para que ele se mexa. Se lhe denunciamos um crime, ele pune o culpado; se o convocamos a corrigir uma injustiça, ele a corrige; se lhe submetemos um ato, ele o interpreta; mas não vai por conta própria perseguir os criminosos, procurar a injustiça e examinar os fatos. O poder judiciário violentaria, de certa forma, essa natureza passiva, se ele mesmo tomasse a iniciativa e se erigisse em censor das leis.²⁶⁷

A partir dos ideais de Tocqueville, é conferido, ainda, destaque ao Poder Judiciário como forma de contraposição aos excessos da maioria identificados tanto no Poder Executivo quanto no Legislativo, em uma crença de que houvesse a possibilidade de que instituições nascidas no regime democrático contivessem o impulso da maioria²⁶⁸, o que evidenciaria a modificação do pensamento de Montesquieu, anteriormente exposto, no que se refere à atuação do magistrado, agindo tão somente como boca da lei.

Com o passar do tempo, nota-se, já na segunda metade do século XIX, que o método jurídico adotado no positivismo se mostrou insuficiente para as exigências práticas sociais²⁶⁹, sendo que, primeiramente, constatou-se que no ato de aplicação do direito não era possível realizar uma mera subsunção do direito ao caso específico, sendo inevitável a passagem por momentos de valorações²⁷⁰, além de que, o que possibilitava o ato de seleção da norma a ser aplicável a um caso concreto ou a subsunção a ser realizada, era a formulação de um juízo autônomo pelo julgador.

Quanto à legitimidade das decisões proferidas, esta poderia ser considerada a partir do momento em que havia uma observância a critérios racionais e formais, e não à vontade do soberano, devendo ser proferidas decisões a partir de um ordenamento jurídico produzido pelo Legislativo, de forma totalmente completa,

²⁶⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução Eduardo Brandão. 2^a ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 117.

²⁶⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução Eduardo Brandão. 2^a ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 113.

²⁶⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alexis de Tocqueville: o profeta da democracia?* Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 89/2014. p. 351. Out/2014. p. 9.

²⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 2. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 308

²⁷⁰ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 2. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 309.

evidenciando que, além do controle entre os poderes, havia uma espécie de autoinibição existente em cada poder analisado isoladamente²⁷¹.

Há, dessa forma, no século XIX, um papel crescente da jurisprudência com a finalidade de proporcionar maior segurança jurídica e uniformidade nas decisões que fossem proferidas, características essas asseguradas pelo controle exercido pelo Supremo Tribunal, sendo tal desenvolvimento, no entanto, pouco aceito pelos chefes da Revolução Francesa, que consideravam ser necessário que somente o Legislativo realizasse a interpretação da lei²⁷².

Fala-se do equilíbrio pretendido para que sejam determinadas as consequências do desequilíbrio de fato, desequilíbrio este que sempre se fez (e faz) presente, mas que pode ser notado com mais clareza em momentos de crises paradigmáticas²⁷³, quando os parâmetros de definição de esferas de competência são postos em xeque em virtude das novas concepções de sujeitos e de anseios sociais que resultam na abertura de novos papéis e de espaços de atuação, que se dão, por sua vez, a partir de uma nova racionalidade que dá uma nova significação a elementos essenciais para a compreensão dos papéis institucionais.

É importante lembrar, antes de tratar especificamente dos modelos de juiz que serão abordados, que o termo protagonista, atribuído no campo jurídico, dentre outras possibilidades, à questão judicial, na forma da expressão “protagonismo judicial” se refere à concepção do juiz a partir da posição central que ocupa no cenário do Estado Constitucional de Direito²⁷⁴, posição esta que sofreu alterações com o passar do tempo, sendo, em diversos momentos, observado um destaque no Poder Judiciário, que se apresenta com relevância social a partir de práticas muitas vezes desviadas da real função atribuída ao poder em questão.

²⁷¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁷² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 504-507.

²⁷³ Podendo ser paradigma concebido, de acordo com Thomas Kuhn, como a forma de definição dos problemas existentes e os métodos legítimos de um campo investigativo específico, possuindo como características a necessidade da existência de precedentes que possibilitasse a atração de apoiadores, que seriam alertados acerca dos aspectos referentes à competência da atividade científica, e a incompletude para que restassem problemas para serem resolvidos pelo grupo de cientistas. KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975. p. 33.

²⁷⁴ TRINDADE, André Karam. *O protagonismo judicial sob a perspectiva da literatura*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2019. p. 3.

Tal reconstrução se apresenta relevante para o presente trabalho, considerando principalmente que o direito deve ser visto como tradição, e, neste sentido, devem ser levadas em conta as práticas e crenças passadas que são determinantes para a sal construção e forma atual de compreensão, nas palavras de Ost:

No centro de uma temporalidade que pretende “ligar o passado”, encontramos necessariamente a tradição, esse elo lançado entre as épocas, essa continuidade viva de transmissão de crenças e de práticas. Mais ainda do que qualquer outra disciplina, o direito é tradição: ele constitui-se por sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de forma genealógica de argumentos e de razões dignos de crédito num outro momento do passado.²⁷⁵

Passa-se, portanto, neste momento, à busca da compreensão os problemas centrais do juiz e de seus papéis, sendo que, conforme se dão as mutações sociais nos mais diversos aspectos, também são gerados movimentos na valorização da jurisdição e do papel do juiz²⁷⁶. Se buscarmos a compreensão dos juízes que se constroem no tempo em *terrae brasiliis*²⁷⁷, há que ser feita uma anamnese do Poder Judiciário e dos juízes que dele surgem, bem como identificar os períodos históricos em que cada um dos modelos apresentado melhor se enquadra, sendo, para os efeitos do presente trabalho, elencados três modelos de juiz, trabalhados por François Ost, que espelham diferentes formas de exercício de poder pelos julgadores, sendo importante ressaltar que a forma de atuação dos juízes, bem como o tipo de raciocínio adotado por cada um deles, pode se dar a partir de diversas classificações considerando as tipologias de juízes e padrões de argumentação existentes²⁷⁸.

Das mudanças paradigmáticas que decorreram com o passar do tempo, mudanças de racionalidade e das formas de exercício prático dos poderes estatais podem ser observadas, razão pela qual será abordada neste capítulo a alteração das práticas especificamente relacionadas ao Poder Judiciário e sua forma de protagonismo em momentos distintos, de acordo com o contexto histórico de cada um dos momentos mencionados, ressaltando não há apenas um modelo que seja

²⁷⁵ OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 63/64.

²⁷⁶ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 3. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 161.

²⁷⁷ Expressão utilizada por Lenio Luiz Streck.

²⁷⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 17.

suficiente para que se compreenda toda complexidade existente com relação à função do magistrado na contemporaneidade²⁷⁹.

Ost, em sua obra “*Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*”, descreve, logo no início a concepção do judiciário evidenciada na década de 90 pela Revista da Escola Nacional da Magistratura, que deixa clara a sua característica multiforme e pluralista, sendo um campo heterogêneo e complexo que impede a existência de referência a um único modelo, sendo, portanto, a crise dos modelos existentes, decorrente justamente do excesso de referenciais existentes²⁸⁰.

O primeiro modelo de juiz, intitulado Júpiter, tem como foco a ideia do juiz como sendo a boca da lei, e apresentando referência clara à figura hierárquica exposta na pirâmide kelseniana, com a redução do direito a um simples sistema fechado, e a posição do julgador como sendo focado tão somente na lei, visando o seu fiel cumprimento²⁸¹.

Embora há muito tal posicionamento e forma de compreensão e aplicação do direito já devesse ter sido superada, ainda é possível identificar, no século XXI, posturas adotadas por magistrados que, ignorando a existência de legislação específica existente acabam por julgar inclusive contra o texto da lei por fundamentações que evidenciam a utilização de opiniões pessoais típicas daquela Escola acima mencionada, como ressalta Streck, por exemplo, em referência a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que entendeu pela inclusão de netas em partilha da avó que as excluiu de seu testamento em decorrência de serem fruto de relacionamento não matrimonial (sendo necessário ressaltar que a suposta fundamentação não consta do testamento), sendo uma ilação do juiz²⁸².

²⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Moraes da. *Complexo de MacGyver e os modelos de juiz (episódio 1)*. Revista Consultor Jurídico, 2 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio>. Acesso em: 13 de dezembro de 2020.

²⁸⁰ OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*. Doxa. Cuadernos de Filosofía. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>>. Acesso em 15 de dezembro de 2020. p. 169.

²⁸¹ AZEVEDO, SILVAGNER ANDRADE DE. Direito e Jurisdição: *Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost*. Direito Público, [S.I.], v. 8, n. 44, ago. 2013. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2070>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Para juiz, vovó pode testar para Lenio, mas não para netos queridos*. Revista Consultor Jurídico, 2 de agosto de 2018. Coluna Senso Incomum. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/senso-incomum-juiz-vovo-testar-lenio-nao-netos-queridos>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

É possível vislumbrar, assim, a partir dessa concepção de juiz, uma limitação estabelecida ao Poder Público, inclusive no que se refere à atuação do Poder Judiciário, sendo que, para que qualquer ato fosse praticado, fazia-se necessária a existência de uma norma jurídica que concedesse tal autorização²⁸³, sendo que, quando da aplicação da norma pelo órgão responsável para tanto, haveria a realização de uma interpretação autêntica, sendo realizada uma escolha que fosse considerada mais pertinente em face das possibilidades existentes, cirando um novo direito a partir da norma individual originada²⁸⁴. Aqui, nota-se a prevalência de um juiz com uma nova forma, que parte de um pensamento totalmente solipsista, voltado única e exclusivamente aos seus interesses, de forma que, além de aplicar a norma, acabava por criá-la quando lhe fosse conveniente.

Não se deve esquecer que a preocupação na contenção do juiz sempre assombrou Hart e Kelsen, certos de que esta seria talvez a tarefa mais árdua a ser enfrentada por suas construções teóricas, como se verá abaixo, ainda neste capítulo.

Tal modelo, que passará a ser descrito, representa algumas diferenciações específicas com relação ao anteriormente relatado, deixando clara a modificação da posição do juiz a partir de uma inviabilidade de que não haja a sua atuação política, apresentando, por sua vez, criatividade quando não houvesse clareza e precisão em determinada norma jurídica existente, atuando, portanto, como uma espécie de legislador²⁸⁵ em decorrência da necessária criação de normas que não fossem evidentes o suficientes para sua aplicação sem que houvesse incertezas. É importante lembrar, ainda, que a acentuação da criatividade judiciária se deu, dentre outros fatores, por consequência do crescimento de ramos políticos e da necessidade de que existisse um controle efetivo desses, tornando necessário que o judiciário desenvolvesse uma maior competência institucional, dando mais respostas de acordo com as demandas existentes²⁸⁶.

Há, dessa forma, a previsão acerca de possibilidade de que o Poder Judiciário, excepcionalmente, crie normas gerais, competência típica do Poder Legislativo, sendo

²⁸³ ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 173;

²⁸⁴ BILLIER, Jean-Cassien. MARYOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Braueri, SP: Manole, 2005. p. 222.

²⁸⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 89/90.

ressaltado por Kelsen que os três poderes estatais evidenciam os diferentes estágios da criação e aplicação da ordem jurídica²⁸⁷. Com relação a tal possibilidade, que é retratada neste momento justamente para demonstrar a mudança com relação à forma de atuação do juiz, são vislumbradas inúmeras possibilidades de que os tribunais exerçam a função legislativa, como por exemplo quando autorizados a anular leis inconstitucionais, quando são autorizados a anular um decreto-lei ou quando, no ato de decidir, acabam por criar um precedente para decisões futuras²⁸⁸.

A partir da concepção kelseniana, em que a ordem jurídica seria originada de algo externo ao direito, que é a aceitação de uma Constituição ou de normas de reconhecimento pela sociedade²⁸⁹, a regra a ser aplicada por um juiz em um caso concreto, demonstra ao magistrado a forma pela qual este deveria decidir, e não como irá decidir de fato, sendo que, o direito que será aplicado não se apresenta como um tratado científico que descreve fatos reais, mas sim um conjunto de prescrições referentes a atos de vontade²⁹⁰. Segundo Streck, este primeiro juiz trabalhado por Ost, intitulado Júpiter, seria, portanto, retrato do modelo liberal-legal com uma feição piramidal-dedutivo, representado pelos códigos e Constituições modernas, com a dedução de decisões particulares²⁹¹.

Há, dessa forma, uma concepção do Poder Judiciário distinta da existente anteriormente, e até mesmo da atualmente identificada, sendo que além de julgar, caberia ao juiz a realização de posturas atinentes ao Poder Legislativo, responsável pela elaboração de leis. Assim, o direito seria expressado a partir de um imperativo, seja este sagrado, referente a tábulas de leis, códigos ou constituições modernas, de forma que, a partir deste direito, emanado o restante a partir das decisões particulares que viessem a ser proferidas²⁹².

²⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 369.

²⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 389

²⁸⁹ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 244-245.

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *O (Pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) - dois decálogos necessários*. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, (7), 2010, p. 13-44. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/O-PÓS-POSITIVISMO-E-OS-PROPALADOS-MODELOS-DE-JUIZ-HÉRCULES-JÚPITER-E-HERMES---DOIS-DECÁLOGOS-NECESSÁRIOS.pdf>

²⁹² OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*. Doxa. Cuadernos de Filosofía. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>>. Acesso em 15 de dezembro de 2020. p. 170.

Nota-se uma figura de um juiz que tem as respostas necessárias, cumprindo funções legislativas com a finalidade de anulação de leis inconstitucionais e de decretos-lei que pudessem violar outra lei, sendo que, além disso, poderá atuar com papel Legislativo quando da formação de precedentes das decisões proferidas²⁹³, evidenciando a ausência de limitação de criação do direito ao Poder Legislativo.

Aqui, o juiz atua a partir de uma atividade interpretativa que tem como pressuposto a crença em uma teoria do ordenamento jurídico, constando, no direito, a forma principal de lei e de imperativos, entretanto, ainda observamos aqui, independentemente do formalismo exacerbado, o subjetivismo e a ausência de fundamentação para as decisões proferidas²⁹⁴. Assim, a justiça justa seria aquela que tem um caráter metafísico, transcendente aos homens, sendo o juiz responsável por distribuir a justiça a partir de critérios que lhe são óbvios, sendo possível mencionar, neste sentido, a ideia de que a palavra sentença vem de “*sentire*”, o que não pode ser concebido, tendo em vista que sentença é decisão tornando necessária uma responsabilidade política dos julgadores quando dos atos por eles praticados²⁹⁵.

Assim, retirando da ciência do direito qualquer possível influência externa, para Kelsen o cientista deveria tão somente realizar uma descrição do fenômeno jurídico, e em relação à interpretação, somente poderia este elencar as possíveis significações sem o apontamento de qual seria a correta, e, segundo Streck, tal situação pode ser atribuída a dois fatores:

1 – sendo a decisão um ato de vontade e não um ato de conhecimento, não haveria como prever ou afirmar o que outra pessoa, dentro ou fora de um marco normativo, poderia decidir conforme a sua vontade; 2 – sendo o Positivismo um paradigma relativista não seria adequado um conceito como o de uma interpretação correta, sobretudo, num espaço de pluralidade de interpretações que possibilitariam várias decisões igualmente corretas. Assim, ao mínimo, a “maldição” do capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito seria o reconhecimento da inexorabilidade da discricionariedade judicial.²⁹⁶

²⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 389.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Os modelos de juiz e a literatura*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2019. p. 233/234.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo?* Revista Consultor Jurídico de 17 de maio de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo?pagina=3> Acesso em: 28 de dezembro de 2020.

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2019. p. 46.

Tem-se, assim, a constatação de que, já no positivismo kelseniano, era possível identificar a discricionariedade do julgador quando do ato de aplicação do direito, sendo possibilitada a escolha de qual das possibilidades inseridas na moldura do direito aplicar, tendo em vista a existência de múltiplas respostas igualmente corretas, a partir da utilização de critérios não definidos.

Ocorre que, com o passar do tempo e alteração de paradigmas, com a superação (mesmo que não por completo) do positivismo, houve uma nítida alteração da forma de decidir do magistrado, que passa, posteriormente, a ter um outro papel, exercendo poder sobre a vida coletiva²⁹⁷, tanto em decorrência do aumento de busca por justiça, quanto em decorrência da crise da sociedade moderna. Chega-se, portanto, ao segundo modelo de juiz, chamado Hercules.

O segundo modelo de juiz, por outro lado, chamado Hércules, seria aquele responsável por reunir em torno de si a responsabilidade da decisão no caso concreto e pela criação da norma jurídica a ser aplicada, não sendo necessária a realização de uma descoberta acerca de qual norma deveria ser aplicada em um determinado caso concreto quando da identificação de um conflito, a regra seria, portanto, criada e aplicada por ele²⁹⁸. É o solipsismo, o individualismo, o egocentrismo levado às últimas consequências, o juiz se desvincula do verbo enquanto mero reproduutor, e torna-se o criador.

Quando Ost se refere a este segundo modelo de juiz, chamado Hércules, há claramente uma referência à mitologia grega, sendo a figura de Hercules representada pelo filho de Zeus com uma mortal, e, após matar sua esposa e seus filhos, é punido pelo oráculo Delfos com 12 tarefas a serem executadas, deixando evidente a característica laborativa existente em decorrência da necessidade de sanar a dívida existente em decorrência da falta cometida. Neste passo, o juiz deve fazer mais do que tão somente aplicar a lei, sendo imprescindível a sobreposição dos fatos para que se chegue às soluções dos casos concretos²⁹⁹.

²⁹⁷ TRINDADE, André Karam. *O protagonismo judicial sob a perspectiva da literatura*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2019. p. 3.

²⁹⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Moraes da. *Complexo de MacGyver e os modelos de juiz (episódio 1)*. Revista Consultor Jurídico, 2 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio> Acesso em: 13 de dezembro de 2020.

²⁹⁹ AZEVEDO, SILVAGNER ANDRADE DE. *Direito e Jurisdição: Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost*. *Direito Público*, [S.I.], v. 8, n. 44, ago. 2013. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2070>>. Acesso em: 13 dez. 2020

O Juiz Hércules, trabalhado por Ronald Dworkin, representa um modelo que acabaria por utilizar do direito, de forma complexa, a partir da atribuição de respostas que seriam mais adequadas para o caso concreto, após uma interpretação organizada e que leva em conta uma interpretação de fatores que levam à melhor solução ao caso, se caracterizando como um juiz criterioso e metódico³⁰⁰.

Tal modelo é caracterizado por uma sustentação que se daria na figura do juiz, considerado por Ost, por sua vez, como única fonte do direito válido³⁰¹, concebido como um juiz “engenheiro social”, sendo ele próprio e o caso concreto os limites para a possibilidade de atuação judicial, que passa a ser exercida de forma indutiva³⁰².

Na visão de Ost, Dworkin é responsável pela revalorização a figura do juiz moderno³⁰³, visto que, a partir da figura hercúlea por ele adotada, deve ser concedida liberdade ao juiz para a resolução dos casos difíceis, ampliando a discricionariedade, possibilitando além da interpretação da tradição pelo juiz, a possibilidade de que decida acerca da forma adequada pela qual deveria a tradição ser prosseguida no caso concreto³⁰⁴.

O juiz, assim, na visão de Dworkin, deveria proferir suas decisões buscando uma integridade principiológica, utilizando-se do desenvolvimento de uma teoria para solucionar cada caso existente³⁰⁵, sendo o juiz, a partir de um dedicado trabalho exercido, responsável por descobrir o direito que as partes efetivamente têm em um caso concreto, analisado minuciosamente³⁰⁶.

³⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 288.

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *O (Pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) - dois decálogos necessários*. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, (7), 2010, p. 13-44.

³⁰² AZEVEDO, SILVAGNER ANDRADE DE. *Direito e Jurisdição: Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost*. Direito Público, [S.I.], v. 8, n. 44, ago. 2013. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2070>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *O (Pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) - dois decálogos necessários*. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, (7), 2010, p. 13-44.

³⁰⁴ HESPAÑHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 140/141.

³⁰⁵ LOPES, Ziel Ferreira. *Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais*. Tese apresentada para doutorado em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2020. p. 153.

³⁰⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Morais da. *Complexo de MacGyver e os modelos de juiz (episódio 1)*. Revista Consultor Jurídico, 2 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio>>. Acesso em: 13 de dezembro de 2020.

O direito como integridade, assim mencionado, acaba por demandar uma admissão pelos juízes acerca da estruturação do direito por princípios que envolvem a justiça, a equidade e o devido processo legal, devendo ser aplicados a todos os novos casos que vierem a surgir, respeitando a ambição de uma sociedade pautada em princípios³⁰⁷. Os juízes que decidem de acordo com essa concepção do direito como integridade, decidem os casos difíceis em busca da melhor interpretação referente tanto à estrutura política quanto à doutrina política na comunidade em questão, a partir de uma análise dos conjuntos de princípios existentes³⁰⁸.

Assim, considerando essa revalorização do juiz moderno trazida por Dworkin, tendo em vista principalmente a meticulosa prática do judiciário no ato de interpretar, o direito jurisprudencial passa a ser o necessário para que seja criada a autoridade necessária, sendo identificada uma superposição do caso concreto à lei, que se apresenta, por sua vez, de forma generalizada e abstrata³⁰⁹.

É importante ressaltar, ainda, que embora sejam observadas semelhanças entre as ideias do modelo de juiz Hércules desenvolvidas por Ost e por Dworkin, é importante ressaltar que existe uma distinção, consistente no fato de que, em Dworkin, a jurisdição de Hércules seria representativa do exercício da jurisdição com responsabilidade política, sendo o juiz aquele que a partir de um dedicado trabalho de análise acaba por descobrir o direito existente, sendo, por outro lado, a partir do Hércules de Ost, o juiz responsável pela criação da regra quando da decisão do caso e aplicação retroativa à data dos fatos³¹⁰.

Segundo Streck, Hércules acaba por funcionar como um arquétipo para a descrição a respeito da forma de afirmação de uma teoria dos direitos, sendo necessário ressaltar, por outro lado, que para que se chegue à forma pela qual devem se comportar os juízes quando do exame do direito, que deve se dar com responsabilidade, é necessário que haja uma construção do direito a partir de

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 305.

³⁰⁹ OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*. Doxa. Cuadernos de Filosofía. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>>. Acesso em 15 de dezembro de 2020. p. 170.

³¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Morais da. *Complexo de MacGyver e os modelos de juiz (episódio 1)*. Revista Consultor Jurídico, 2 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio> Acesso em: 13 de dezembro de 2020.

princípios que estão inseridos na moralidade política, sendo sempre existente algo que não é empírico a ser observado que retira a possibilidade de uma análise comportamental com critérios exclusivamente objetivos³¹¹.

Assim, levando em conta a divisão apresentada por Ost, o juiz Hércules decide e aplica as normas como seu antecessor, intitulado Júpiter, que, por sua vez, buscava amparo no código existente, entretanto, além disso acaba por exercer outras funções concomitantemente, como orientar, prevenir, adaptar suas decisões às circunstâncias e necessidades identificadas, de forma que, enquanto o juiz Júpiter se apresentava como o homem da lei, o juiz Hércules pode ser considerado como um engenheiro social³¹².

Em um terceiro momento, Ost identifica outro modelo de juiz, intitulado, por sua vez, Hermes. Ao contrário dos modelos anteriores, Hermes representa uma atuação estruturada em rede que se identifica a partir de informações disponíveis instantaneamente³¹³, sendo considerado um avanço com relação aos demais modelos anteriormente expostos.

Tal modelo seria, portanto, adequado para o modelo de direito pós-moderno, visto que capaz de operar e dialogar com os códigos e valores existentes³¹⁴, justamente em decorrência da estruturação em rede de sua atuação, mencionada anteriormente. Assim, a partir de uma diversidade de regras, atores, e poderes, Hermes analisa diversos significados e informações sem que se prenda à legislação ou a decisões proferidas³¹⁵.

³¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes?* In: Revista Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum de 12 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes> Acesso em 16 de dezembro de 2020.

³¹² OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*. Doxa. Cuadernos de Filosofía. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>>. Acesso em 15 de dezembro de 2020. p. 177.

³¹³ STRECK, Lenio Luiz. *O (Pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) - dois decálogos necessários*. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, (7), 2010, p. 13-44. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/O-PÓS-POSITIVISMO-E-OS-PROPALADOS-MODELOS-DE-JUIZ-HÉRCULES-JÚPITER-E-HERMES---DOIS-DECÁLOGOS-NECESSÁRIOS.pdf>

³¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; ROSA, Alexandre Morais da. *Complexo de MacGyver e os modelos de juiz (episódio 1)*. Revista Consultor Jurídico, 2 de novembro de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio> Acesso em: 13 de dezembro de 2020.

³¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O (Pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) - dois decálogos necessários*. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, (7), 2010, p. 13-44. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/O-PÓS-POSITIVISMO-E-OS-PROPALADOS-MODELOS-DE-JUIZ-HÉRCULES-JÚPITER-E-HERMES---DOIS-DECÁLOGOS-NECESSÁRIOS.pdf>

Para que se comprehenda o modelo de juiz existente no século XXI, momento em que, no que se refere ao Brasil, se observa a vigência de uma Constituição principiológica e com carga valorativa, deve-se levar em conta que não há mais uma concepção estritamente legalista do direito, a partir de uma visível afirmação de direitos fundamentais impostos à lei, como forma de condicionamento de sua validade jurídica³¹⁶, e, ainda, de princípios normativos que transcendem a lei e são considerados como fundamentais para a compreensão do direito em vigor.

O terceiro modelo de juiz, Hermes, seria o ideal de um juiz que, de forma análoga à apresentada na mitologia grega, realizaria a interpretação do direito a partir da utilização da comunicação e mediação, interligando os diversos discursos existentes e construindo uma forma intersubjetiva que fosse suficiente para a solução de casos concretos³¹⁷, de forma distinta do juiz Júpiter, restrito à letra da lei, e do juiz Hércules, em que há a criação da lei para o caso em concreto levando em conta as questões sociais existentes.

Nem a boca da lei, nem um engenheiro social, Hermes traduz a vontade dos deuses e é seu mensageiro, é quem comprehende e reproduz, adequa e aplica alinhando texto e norma, para aplacar a tensão entre ambos, tendo a Constituição enquanto horizonte, sem pessoalidades morais ou justiças, mas apenas a adequação constitucional entre a estrutura jurídica e a existência social concreta. É necessário, portanto que o juiz, na prática de seus atos, demonstre as interações existentes e a forma pela qual se dá o fluxo de informações existentes, de forma que o direito produzido não seja considerado imprevisível, sendo sempre necessária a interpretação dos textos, interpretação esta que, por sua vez, não pode se dar de forma discricionária e criativa, mas sim em observância às necessárias correlações que devem ser realizadas.³¹⁸

POSITIVISMO-E-OS-PROPALADOS-MODELOS-DE-JUIZ-HÉRCULES-JÚPITER-E-HERMES—
DOIS-DECÁLOGOS-NECESSÁRIOS.pdf

³¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 3. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 164-165.

³¹⁷ AZEVEDO, SILVAGNER ANDRADE DE. Direito e Jurisdição: Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost. *Direito Público*, [S.I.], v. 8, n. 44, ago. 2013. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2070>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

³¹⁸ OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes*: tres modelos de juez. Doxa. Cuadernos de Filosofía. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>>. Acesso em 15 de dezembro de 2020. p. 182/183.

Embora tal modelo seja o esperado e desejado na atualidade, com a realização de uma interpretação do texto legal existentes relacionada com os discursos e questões intersubjetivas que possam se alinhar às questões concretas, nota-se, na contemporaneidade, um afastamento do modelo de Hermes em uma demonstração de ausência de compromisso com os textos vigentes e com a interpretação necessária levando em conta o caso concreto.

Há que se ressaltar, neste sentido, que com a promulgação da Constituição, embora não sejam passíveis de observância tantas mudanças estruturais com relação ao que se refere ao Poder Judiciário, pode-se observar grande modificação institucional, passando a ser tal poder concebido como guardião das normas, e a ter, consequentemente, a atribuição de uma conotação diferenciada, passando a ser visualizada a necessidade de exercício de controle jurídico sobre a legislação existente antes de sua aplicação³¹⁹. É importante ressaltar, ainda, que os modelos anteriores (ainda) marcam o juiz concreto, impregnado pelos vícios identificados nas versões apresentadas.

Aqui, ainda, cabe ressaltar a cooriginariedade estabelecida entre direito e moral, sendo que, embora o Direito e a moral não se confundam, sendo campos distintos, ele não a ignora, sendo necessário para que haja uma formação do conteúdo dos princípios existentes, sejam prestadas informações que advenham da moral.

O fato de existir um aspecto moral da Constituição, acaba por, em muitos momentos, trazer a ideia de uma aproximação do juiz como sendo alguém que vai além das amarras da lei, entretanto, não deve ser confundida a relação entre o direito e a moral, que de fato existe, com a utilização da moral como fundamento para justificação das decisões adotadas, de forma que, mesmo considerando o elevado grau de autonomia do direito, não se pode dizer que há um afastamento de todo e qualquer conteúdo moral existente, sendo identificada, ao contrário, uma cooriginariedade entre o direito e a moral, de forra que somente será válido o direito que passou pela prova de uma “razão hermenêutica”³²⁰.

³¹⁹ SILVA, Denival Francisco da. *A democracia no Brasil e o guardião do descuidado: a contribuição do poder judiciário no desmonte democrático*. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, para obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica. Itajaí/SC, 2018. p. 128.

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O direito como um conceito interpretativo*. Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 500-513, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2138> Acesso em: 24 de dezembro de 2020.

Assim, a questão existente reside na dificuldade de se romper com a moral no ato de decidir, sendo necessário que se compreenda que, o fato de existir uma carga moral da norma, não implica a possibilidade de que sejam proferidas decisões moralmente fundamentadas, e é justamente isso que prepara o campo para a construção deste terceiro modelo de juiz, escravo e senhor de um novo solipsismo.

Neste contexto, os dois primeiros modelos apresentados, nitidamente marcados por um exercício de um decisionismo solipsista, em que há a construção de uma própria verdade pelos juízes por intermédio das decisões proferidas, dão lugar para um terceiro momento de caracterização do Juiz, e principalmente do Poder Judiciário como um todo, sendo objetivada a realização de um trabalho em rede e em observância aos discursos existentes em uma relação de intersubjetividade.

Segundo a divisão de modelos de juízes realizada por Ost, tal forma adotada pelos juízes pode ser definida pelo juiz Hermes, que se relaciona com o direito a partir de uma rede que interliga atores jurídicos e políticos³²¹, a partir de uma conexão de discursos diversos e da realização de mediação com a atribuição de sentido aos textos. Tal modelo, que deveria ser esperado par ao juiz da contemporaneidade, na realidade acaba por não exercer sua função da forma idealizada por Ost, principalmente em relação ao Brasil, país de modernidade tardia em que se observa a ausência do *welfare state* e o advento do Estado Democrático de Direito com o *plus normativo*.

Assim, com a demanda emergente do constitucionalismo contemporâneo, agregada à impossibilidade do *non liquet*³²², que pede do juiz contemporâneo no brasil respostas para as quais ele não possui ferramentas adequadas para fornecer, sobrecarregado pelos altos graus de insatisfação decorrentes, dentre outros fatores, do próprio decisionismo e da morosidade do Judiciário, tem nos déficits de produção

³²¹ AZEVEDO, SILVAGNER ANDRADE DE. *Direito e Jurisdição: Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost*. Direito Público, [S.I.], v. 8, n. 44, ago. 2013. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2070>>. Acesso em: 07 dez. 2020

³²² Tem-se, a partir da ideia de proibição do *non liquet*, a ideia de que não é possível que o juiz deixe de julgar qualquer caso sob a alegação de inexistência de comando legal para a situação em questão, sendo tal posicionamento já adotado tanto pelo STJ quanto pelo STF, que caminham no sentido de que é proibida a não resolução de uma causa, sendo necessária a liquidação da questão para o fim de correspondência ao texto constitucional quando se refere, em seu artigo 5º, XXXV, à não exclusão da lei de lesão ao ameaça a direito da apreciação do Judiciário. In: KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58741/57534>>. Acesso em: 26 Set. 2020. p. 174.

de respostas que impactam negativamente inclusive o Legislativo e o Executivo, que sofrem pela falta de confiabilidade popular³²³ e com a hostilidade do povo, em especial para com os governantes³²⁴, um momento para que o decisionismo pessoal se tornasse em relevante trunfo institucional marcado pelos discurso ligados a uma promoção de efetividade, administrativa, por meio de realização de políticas públicas e de decisões de cunho político, ligado ao Legislativo, com o fim de suprir a ausência de ação legislativa, ou, ainda, no sentido de atender à vontade popular, de forma que o Judiciário, que administra e que decide de maneira majoritária, aparece como protagonista na virada do século XXI. Nesse mesmo sentido, constata Jânia Maria Lopes Saldanha a queda na confiança da atuação da jurisdição, que indica uma expressão de uma crise do Estado e, ainda, das instituições e valores produzidos na modernidade no Ocidente³²⁵.

Aqui surge outro ponto que gera uma certa confusão no tocante à identidade do juiz, que, dentro de um panorama do estado democrático de direito, diante do desgaste dos agentes eleitos, sente o respaldo popular como sendo elemento de legitimação, esquecendo-se do moleiro e da sua postura hermenêutica, onde só os compromissos democraticamente firmados previamente são seu objeto de trabalho, de prestação, daí a pretendida isenção para estabilizar poderes, funcionando como freios e contrapesos. O fetiche da busca do justo, do certo, da vontade da maioria e da voz das multidões, fere a democracia e os arranjos previamente firmados e que devem ser defendidos, estes sim, pelo judiciário.

Assim, partindo do pressuposto de que um novo juiz se molda de tempos em tempos, reconstruindo-se no seu tempo a partir da sua história e de seus contextos, nota-se, no século XXI, uma nova modificação a partir da qual há a migração de um juiz senhor da verdade, de forma totalmente egoísta, para um poder que se apresenta egocêntrico, sendo o Judiciário o senhor dos poderes. Tal transformação decorrente

³²³ Nesse sentido pesquisas evidenciam a ausência de confiabilidade popular no executivo e no legislativo: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasileiro-e-quem-menos-confia-em-politico--diz-pesquisa-mundial,10000050380> e <http://www.revista.pucminas.br/materia/crise-de-credibilidade/>

³²⁴ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *Cidadania e democracia*. Lua Nova, São Paulo , n. 33, p. 5-16, Ago. 1994 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 Set. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000200002> p. 15.

³²⁵ SANDANHA, Jânia Maria Lopes. *A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro*. Estudios Constitucionales, Santiago, v. 8, n. 2, pp. 675-706, 2010. Disponível em: http://www.repository.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 03 de março de 2021.

do alto grau de complexidade do constitucionalismo contemporâneo, interfere diretamente na fragmentação da identidade do juiz, que se volta para a tentativa de construção da identidade do judiciário.

No processo de afastamento dos modelos ideais da modernidade, a facticidade se apresenta como o *locus* e objetivo do direito, a justiça dos justos e a prudência do julgador mostra cada vez mais um rosto decisionista, que, por sua vez, frustra os anseios do novo sujeito da (pós)modernidade. Nota-se, no corrente século XXI, uma nova modificação na compreensão acerca da ocupação dos espaços de produção de sentido do direito, sendo que, atualmente, o campo jurídico pode ser considerado como pertencente à magistratura, e não mais à advocacia, que passa a ser vista com menor grau de relevância para a construção interpretativa do direito, nesse sentido:

O capital jurídico já não é mais um atributo dos bacharéis, como se pensou no século XX a respeito de juízes e advogados. O capital jurídico parece ser, no presente, um saber exclusivo da magistratura e de quem ela concede uma certa consideração, como é o caso de algumas carreiras da advocacia pública e pouquíssimos advogados privados ligados a partidos políticos ou outras entidades políticas importantes.³²⁶

Assim, analisando o direito constitucional brasileiro contemporâneo, pode-se observar como uma característica a relevância atribuída ao Poder Judiciário, que exerce grande interferência na sociedade, podendo ser considerado o responsável pela solução das demandas judiciais existentes, que anteriormente eram identificadas como questões políticas. Tem-se, assim, a demonstração da concretização do fenômeno da judicialização da política, com maior interferência judicial que, por consequência, deveria levar a um maior comprometimento por parte dos juízes e tribunais para com a legislação³²⁷.

É importante, ainda, mencionar o fenômeno da judicialização da política, identificado a partir da década de 80 e que aponta para a existência de um novo ativismo judicial em que há a disposição dos tribunais judiciais de forma a ampliar a gama de questões a serem formados entendimentos jurisprudenciais, a fim de

³²⁶ ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; VEDOVATO, Luís Renato; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Os novos donos do saber jurídico: a disputa pela ocupação dos espaços de produção de sentido do Direito no Brasil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 10(2):183-196, maio-agosto 2018. Unisinos. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.08>. Acesso em: 28/05/2020. p. 184.

³²⁷ TASSINARI, Clarissa. *A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial*. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012, p. 33.

alcançar interesses de políticos e autoridades administrativas³²⁸, que, embora possa ser entendido uma forma de interação entre os três poderes, deve, na realidade, ser visto como uma forma de intervenção indevida que se relaciona diretamente com o comprometimento da democracia.

Existindo uma relação entre direito e política, e, mesmo assim, não pode ser autorizada a existência de ativismos judiciais, que por sua vez não se apresentam como sendo o mesmo fenômeno que a judicialização da política. No que se refere à judicialização, em que há uma mutação funcional com a atuação do Judiciário nas esferas de responsabilidade do executivo e legislativo, há a necessidade de que seja considerado um determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo judicial, por outro lado, diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais³²⁹.

A questão da discricionariedade judicial no Brasil ganha destaque com a Constituição de 1988, momento em que se observa, o nascimento de um novo constitucionalismo que é voltado para a concretização de direitos fundamentais, em uma demonstração de ruptura com o positivismo, tornando necessária uma nova teoria da Constituição³³⁰. Nesse sentido, é importante ressaltar que, enquanto a judicialização da política trata, por um lado, de uma questão social em que se relacionam Direito, Política e Judiciário, podendo ser considerada como sendo a constatação do que vem ocorrendo na contemporaneidade em decorrência da existência de uma maior gama de direitos e regulamentações constitucionais que possibilitam um maior número de demandas que desaguam no judiciário, por outro lado o ativismo judicial se apresenta como uma decorrência do exercício do poder de revisão de atos praticados pelos demais poderes, evidenciando uma maior interferência do Poder Judiciário e uma abertura para a discricionariedade no ato

³²⁸ CASTRO, Marcus Faro de. *O supremo tribunal federal e a judicialização da política*. XX Encontro Anual da ANPOCS Caxambu-MG, 1996. p. 2. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/20-encontro-anual-da-anpocs/gt-19/gt03-5/5342-mfaro-o-supremo/file> Acesso em: 18 de maio de 2020.

³²⁹ TASSINARI, Clarissa. *Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2012. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>

³³⁰ KALLÁS FILHO, Elias. FUZARI, Tiago de Souza. *Da crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck ao jurisprudencialismo de Castanheira Neves: um caminho para a superação da discricionariedade do juiz na atual realidade jurídica brasileira*. Revista Quaestio Iuris. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 122-139.

decisório, levando a um consequente aumento de possibilidade de que o julgador realize um gerenciamento processual³³¹.

A partir das intituladas teorias dialógicas, que vem crescendo inclusive nas decisões proferidas no STF³³², a partir das quais muitos doutrinadores consideram que deve haver uma interação entre as instâncias de poder, a partir do estabelecimento de relações entre a política e o direito, sendo incorporada a atuação política de outros atores, e, com relação ao método judicial, há uma utilização pelo Poder Judiciário de técnicas utilizadas com a finalidade de estimular debate quanto ao sentido constitucional existente, e, ainda, entre os poderes políticos³³³, evidenciando a fragilização democrática já mencionada anteriormente, e levando, no início do século XXI no Brasil, a uma supremacia do Poder Judiciário, que passa a ser concebido como instância capaz de levar à superação da inefetividade dos princípios previstos constitucionalmente³³⁴.

A questão existente que deve ser levantada acerca da judicialização da política se refere à indagação de como as questões que são judicializadas devem ser decididas, devendo a Constituição oferecer os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política, sendo o ativismo judicial suficiente para demonstrar sério risco para a representação política, sendo tal ofensa destacada inclusive porque deveria partir do próprio judiciário a guarda constitucional³³⁵, competência estabelecida expressamente no artigo 102 da Constituição da República.

Ainda nesse sentido, em que se observa um posicionamento voltado para a necessidade judicialização da política, o que, ressalta-se, acaba por fragilizar a democracia e a tripartição de poderes, segundo Thamy Pogrebinschi, por outro lado, não há qualquer demonstração acerca da hipótese de que em caso de inércia do

³³¹ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

³³² TASSINARI, Clarissa, LOPES, Ziel Ferreira. Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial? Revista Consultor Jurídico, Coluna Diários de Classe de 19 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial> Acesso em: 29 de dezembro de 2020.

³³³ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza e VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá. 2010. p. 92.

³³⁴ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza e VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá. 2010. p. 101

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Revista Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum de 13 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns> Acesso em 23 de dezembro de 2020.

Poder Legislativo há, necessariamente, um ativismo do Poder Judiciário, sendo tal compreensão necessária para afastar os ataques sofridos acerca de uma possível judicialização da política em decorrência de atos falhos do Legislativo e Executivo³³⁶.

A perda do norte constitucional, resultante das disputas de poderes e do seu consequente desequilíbrio, faz com que a ansiedade pela busca de um protagonismo institucional se mostre um caminho para uma melhor alocação no mencionado rearranjo de poderes. Assim, o ato de conceder a qualquer um qualquer pretensão em decorrência de um clamor popular acaba por se apresentar como um artifício utilizado tão somente para que o Poder Judiciário acabe por se sobrepor sobre os demais, sendo praticados atos que não são de sua competência sob pretextos de necessidade da prestação em questão, o que, ressalta-se, vai contra os ideias da tripartição de poderes.

Em que pese o fato de que as teorias neoconstitucionalistas tenham a intenção de contraposição ao positivismo, pode-se observar que em sua maioria acaba por se observar uma renovação do positivismo jurídico através da proposição de uma Constituição jurisprudencial, a partir da qual há um tribunal constitucional que acaba por se assenhorar da Constituição, representando ser o cume da soberania³³⁷.

Tal atuação judicial em extração às suas funções, acaba por, de certa forma, ajudar a moldar o decisionismo do século XXI, que pode ser retratado, por exemplo, a partir de pronunciamentos do Ministro Luiz Roberto Barroso, quando realiza, por exemplo, crítica ao garantismo sob o argumento de que os seus defensores de são tolerantes com este quadro do país, deixando de lado, assim, a compreensão de que o garantismo deve ser entendido a partir da necessidade de cumprimento da legalidade constitucional, sendo imprescindível que, para que haja a punição de quem descumpra com a lei, sejam observadas as garantias previstas constitucionalmente³³⁸.

Neste contexto, José Rodrigo Rodriguez considera que a justiça brasileira pode ser denominada justiça opinativa, justamente pelo fato de que de forma geral são

³³⁶ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 5.

³³⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma revelação difícil*. Lua Nova: revista de cultura e política. São Paulo, v. 61, pp. 5-24, 2004. Disponível em: http://www.cedec.org.br/files_pdf/luanova/LN-61.pdf Acesso em: 03 de março de 2021

³³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Ministro Barroso, minha dor é perceber que apesar de tudo, tudo...* Revista Consultor Jurídico, Coluna: Senso Incomum de 24 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-24/senso-incomum-ministro-barroso-minha-dor-perceber-apesar-tudo-tudo> Acesso em: 23 de dezembro de 2020.

adotados argumentos de autoridade para a elaboração de decisões, sendo agregadas opiniões individuais e a sua legitimação decorrente do funcionamento do Poder Judiciário como um todo, e não dos juízes considerados em sua individualidade³³⁹. Nota-se, portanto, a ausência de norte constitucional e utilização de questões pessoais e individuais para a solução das demandas social existentes, em total ausência de compromisso com as normas e princípios previstos e válidos em um Estado Democrático de Direito.

Faz-se necessário, ainda, neste sentido, ressaltar o pensamento de Streck acerca da necessária aplicação da lei, mencionando, de acordo com o proposto por sua Crítica Hermenêutica do Direito, que será trabalhada a fundo no próximo capítulo, a necessidade de que a teoria do direito leve em conta a existência de critérios e questionamentos a serem realizados antes da prática de atos pelos julgadores, que devem observar a lei existente, visto que se trata de um dever fundamental, sendo válido que não haja a sua aplicação tão somente em seis hipóteses elencadas, que são: (i) quando a lei for inconstitucional; (ii) aplicação dos critérios de resolução de antinomias; (iii) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição; (iv) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; (v) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando deixar de aplicar uma regra em decorrência de um princípio. Caso haja a não aplicação de uma lei excetuando as hipóteses acima mencionadas, pode-se considerar que o Judiciário está se sobrepondo à legislação produzida³⁴⁰.

Não há a possibilidade, portanto, que a lei seja aplicada tão somente quando houver interesse, sendo necessário cuidado na utilização da teoria do direito³⁴¹, levando em conta os preceitos constitucionais e a legislação vigente, que não pode ser aplicada tão somente quando se considerar adequado.

A proposta de um Estado Democrático de Direito existente, traz como ponto crucial a lei fundamental de Bonn, da Alemanha, com a proposta de reconstrução da democracia, apresentando como direitos fundamentais aqueles que se encontram na

³³⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 62/63.

³⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 606

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 jan-abr 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308> Acesso em: 28 de dezembro de 2020.

tradição liberal-burguesa, baseada em duas bases: a democracia e a dignidade humana, sendo decisiva, neste aspecto, a vontade do povo³⁴².

Neste contexto, em que, por um lado há uma desconstrução acerca de algumas das promessas da modernidade, e, por outros, há a abertura de oportunidades para o novo³⁴³, é necessário observar que há uma mudança complexa da lógica autoritária para democrática, que ocorreu de forma pacífica e sem uma ruptura com o passado. A noção de constitucionalismo, que trouxe à Constituição matérias antes referentes à esfera privada, passa por um processo de publicização, momento em que, consequentemente, os princípios surgem com a finalidade de alteração do paradigma interpretativo existente, a partir da inclusão da facticidade³⁴⁴.

O sujeito, portanto, conta com novas possibilidades, passa a ser detentor de uma gama de direitos, podendo, ainda, exigir sua aplicabilidade considerando a garantia de que sejam aplicados a todos. Assim, com mais direitos, as demandas continuam a se multiplicar, surgindo novos pleitos que tornam ainda mais necessária a atuação do Poder Judiciário, considerando a ampla disposição de direitos fundamentais.

Assim, pode-se observar, a partir dos modelos de juízes apresentados por Ost e trabalhados na presente pesquisa, que há, em um primeiro momento, um juiz que toma suas decisões utilizando somente da lei vigente, intitulado Júpiter, passando, posteriormente, a se tornar Hércules, atuando como juiz social levando em conta a lei existente, mas, além disso, realizando uma sobreposição dos fatos para que se chegasse às soluções dos casos concretos, sendo, no terceiro modelo, justamente na virada do Juiz Hércules para Hermes, que há a busca por relações de intersubjetividade.

O juiz Júpiter, “boca do soberano”, em um processo darwiniano, torna-se o juiz “boca da lei”, e continua evoluindo de Júpiter para Hércules, momento em que encontra dois caminhos solipsistas, o solipsismo individual e o solipsismo institucional. Ao evoluir do solipsismo individual para o institucional, o juiz continua se mantendo como Hércules, associando um ideal de estado social a um majoritarismo que o

³⁴² ALEY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Org. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 100

³⁴³ BOLZAN DE MORAES, José Luiz. *O Brasil pós-1988: Dilemas do/para o Estado Constitucional*. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 98.

³⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 66.

legitima, afastando-se cada vez mais de Hermes, que representa um ideal de correlações e observância a diálogos para a aplicação do direito.

O objetivo existente é justamente construir um panorama que faça com que Hércules deixe de ser forte como Deus, e que efetivamente construa respostas que se adequem ao Estado, social, sim, mas, antes disso, democrático de direito. Se promotor de transformações, que é (e deve ser), tal modelo deve efetivar a redução dos déficits sociais a partir da Constituição e de toda uma complexidade própria do constitucionalismo contemporâneo.

Assim não basta a boa intenção dos bons, a justiça dos justos, sendo necessário um engajamento ao jogo democrático constitucionalmente desenhado, entendendo-se “jogo” como dinâmicas de atuação regradas exaustivamente, tendo os princípios como norteadores do sentido das regras, que se compreendem em um plano espaciotemporal direcionados pela vontade geral democraticamente constituída em 1988. A força do juiz/do judiciário não está (como imaginaria Hércules) na inquestionabilidade de suas decisões ou na ausência de parâmetros para que elas se deem, mas tão somente na materialização dos desígnios constitucionais dentro de parâmetros explicitados na fundamentação, correspondente ao direito fundamental de uma resposta constitucionalmente adequada e suficientemente fundamentada. Nesse sentido podem ser observados artigos constantes do CPC, que estabeleceu algumas blindagens contra a subinterpretação do artigo 93, IX, da CF: o artigo 10, que trata da proibição de não surpresa, o artigo 371, que trata do fim do livre convencimento, 489, que trata dos diversos incisos que trazem uma verdadeira criteriologia para decidir, e o artigo 926, que estabelece a obrigatoriedade de a jurisprudência ser estável, integra e coerente³⁴⁵.

As questões a serem enfrentadas pelo judiciário podem ser desenhadas a partir da ideia de que em um estado democrático de direito, que pressupõe uma associação a direitos fundamentais, há uma espécie de síntese das fases anteriormente percebidas para que sejam criadas condições de possibilidade de uma evolução voltada para o resgate das promessas da modernidade³⁴⁶, com a Constituição se

³⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*. Revista Consultor Jurídico de 23 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc> Acesso em: 29 de dezembro de 2020.

³⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil*. Revista Novos Estudos Jurídicos, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003 p. 261

mostrando como uma formação histórica, cultural de uma identidade que reproduz uma existência concreta, e, os valores que dela decorrem, de um povo concreto, devem, por sua vez, ser observados quando da aplicação do direito. Segundo José Rodrigo Rodriguez, podem ser mencionados como efeitos da Constituição de 1988:

Cabe insistir num ponto: para o bem e para o mal, a Constituição de 1988 é o marco de referência para qualquer discussão sobre o direito no Brasil. Ela representa uma possibilidade real de mudança no padrão de institucionalização que vigorou em nosso país por pelo menos um século. Esse padrão caracterizou-se pela ruptura institucional constante, por iniciativa das elites (tivemos nada menos que seis Constituições ao longo do século XX: 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988), com a finalidade de implementar mudanças políticas e econômicas que fizessem frente às demandas nascidas da luta de classes, sem permitir que esta pressão levasse a mudanças significativas nas posições de poder.³⁴⁷

É possível constatar a modificação de paradigma e de ideais com a nova Constituição que, com alta carga principiológica, trouxe a novidades como a incorporação da questão da igualdade a ser garantida por intermédio da dignidade da pessoa humana, além de uma perspectiva solidária, sendo tratados problemas referentes à vida dos homens tanto individual quanto coletivamente, adotando um caráter transgressor e reestruturador, objetivando garantias futuras, e não passadas³⁴⁸.

Nessa mudança paradigmática, Streck ressalta a alteração de um direito que era tido tão somente como legitimador das relações de poder, para um direito que passa a apresentar uma potencialidade de transformação da sociedade, regulando, dentre outras coisas, a forma de intervenção estatal na economia, apresentando uma gama de direitos fundamentais (tanto individuais quanto coletivos) e determinando a realização de políticas públicas³⁴⁹. No contexto de um Estado Democrático de Direito, para os efeitos do presente trabalho, é importante ressaltar, ainda, o papel que passou a ser atribuído ao Poder Judiciário, que passou a atuar como controlador do exercício das funções dos demais poderes, levando inclusive a conflitos institucionais³⁵⁰.

³⁴⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* : para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 53/54.

³⁴⁸ BOLZAN DE MORAES, José Luiz. *O Brasil pós-1988: Dilemas do/para o Estado Constitucional*. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 105.

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59/60.

³⁵⁰ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.) *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2019. p. 28.

Assim, a partir dos modelos de juiz desenhados, chega-se o momento de apresentar de maneira mais sólida a existência da tensão entre poderes que se estabelece no Brasil contemporâneo, e como essa referida tensão acaba por desequilibrar os freios e contrapesos, que, por sua vez, são imprescindíveis para que haja uma construção republicana e democrática, pelo menos nos moldes constitucionalmente delineados.

Para que se comprehenda o Poder Judiciário do corrente século XXI e a sua representatividade no constitucionalismo contemporâneo, é importante, primeiramente, compreender algumas questões acerca do texto constitucional vigente, que se deve ser concebida como norte de sentido para a interpretação, compreensão e aplicação das demais normas jurídicas existentes.

A Constituição de 1988, que se apresenta a partir de um modelo principiológico³⁵¹, inova o modelo estatal vigente, ao passo que amplia a esfera de direitos fundamentais, além de trazer novos procedimentos de ações constitucionais, mas, se destaca principalmente, por revisar o modelo democrático anterior, adotando uma fórmula participativa³⁵². A Constituição, portanto, através de uma dinâmica de participação popular e de um conteúdo essencialmente social, passa a produzir direitos fundamentais, sendo, dessa forma, a função da lei transformar a sociedade, e não mais se caracterizar por um modelo conservacionista.

A questão que deve ser respondida, referente ao constitucionalismo contemporâneo brasileiro, se refere à produção efetiva que é realizada a partir da Constituição, considerando que houve uma nítida tentativa de modificação no sistema de representação, passando a existir uma função representativa do povo inclusive pelos tribunais, o que deve ser combatido, de forma que o direito passa a poder ser reconstruído a partir de decisões judiciais, nas mutações legais, momento em que há a alteração do sentido da norma sem alteração de texto. Tentar modificar o caráter constitucional com qualquer objetivo, é o mesmo que violar o pacto, e consequentemente todo o modelo democrático existente, é a relação entre fins e meios subvertida em nome das boas intenções e da justiça dos justos.

³⁵¹ É necessário deixar claro que o principiológismo dos neoconstitucionalismos deve ser compreendido como uma porta de entrada dos valores, não podendo ser confundido com os princípios gerais do direito art. 4 da LICC, reproduzidos, ainda, no artigo 4 da LINDB.

³⁵² BOLZAN DE MORAES, José Luiz. *O Brasil pós-1988: Dilemas do/para o Estado Constitucional*. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 103/104.

Desde que promulgada a constituição de 1988, responsável pela consolidação de avanços com relação às constituições anteriormente vigentes, foi possível constatar uma procura mais elevada do Poder Judiciário com o objetivo de busca por soluções das demandas sociais existentes em decorrência, principalmente, das políticas públicas de responsabilidade do Legislativo e Executivo³⁵³, sendo nítida a sua posição no centro da estrutura de poder com uma expectativa nova com relação à forma de serem proferidas as decisões, que leva a um alto grau de protagonismo, uma mais elevada incidência de decisionismo, maior volume de expectativas, maior exposição e maior cobrança.

Ocorre que, mesmo considerando os avanços trazidos pelo texto constitucional, que conta com uma gama de princípios e garantias aos indivíduos, há que ser realizada uma crítica com relação tanto à ausência de aplicabilidade do texto constitucional (que deveria ser concebida como imprescindível), quanto com relação às modificações estruturais do texto constitucional, a inércia do judiciário, deixando, por muitas vezes, de aplicar o constitucionalismo vigente³⁵⁴, e a falta de controle no que diz respeito aos critérios utilizados nas respostas para as demandas existentes.

Atualmente, é possível observar tanto nos meios jurídicos quanto a partir da mídia, uma produção em massa de decisões proferidas nos tribunais, principalmente nos superiores, que acabam por deixar de lado o texto constitucional para dar lugar à produção do direito a partir de investidas criadoras, carentes de referenciais teóricos e que deturpam o sentido que de fato deveria ser atribuído. Por muitas vezes, tais decisões proferidas acabam por explicitar opiniões pessoais por julgadores, que, com a finalidade de cumprir com a obrigação de fundamentação existente, acabam por apresentar razões que apenas justificam a opinião pessoas explicitada³⁵⁵.

Quanto ao constitucionalismo, primeiramente é necessário deixar claro que não é possível falar apenas em uma teoria da Constituição, sendo que, mesmo existindo um núcleo comum aos países que adotam formas democráticas, cada texto constitucional depende de questões específicas de cada Estado, mantendo seu

³⁵³ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *A atuação do juiz no estado democrático de direito: Em busca do ponto de equilíbrio*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 101.

³⁵⁴ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *A atuação do juiz no estado democrático de direito: Em busca do ponto de equilíbrio*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 105.

³⁵⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 74.

contexto histórico, sendo possível concluir, portanto, que não há que se falar em apenas um constitucionalismo³⁵⁶.

O Estado Constitucional pode ser considerado como sendo a representação de uma fórmula do Estado de Direito, considerando que, por ser essencial à esta forma estatal a submissão do poder ao direito, quando existe de fato uma Constituição, a mencionada submissão também compreende o Poder Legislativo, sendo necessário ressaltar, para tanto, que não há que falar na Constituição como forma de obstrução da democracia, pode-se dizer, ao contrário que ela se apresenta como condição de possibilidade do exercício do regime democrático³⁵⁷, podendo ser considerada como algo destinado à democracia em decorrência de seu valor simbólico, que, além de assegurar o exercício de minorias e maiorias, acaba por impedir que o regime democrático acabe por ser abalado por regras que ultrapassem os limites constitucionais.

No caso do Brasil, não é identificado um caráter revolucionário no texto constitucional, sendo, na realidade, presente tão somente uma transformação do modelo de Estado adotado, que passa a ser democrático, com bases sociais. Neste contexto, surge a noção de Constituição Dirigente que acaba por vincular o poder Legislativo à materialidade da Constituição, visto que, é a partir do direito, que são implementadas as políticas públicas decorrentes das bases sociais estatais³⁵⁸.

Nesse sentido, segundo Paulo Bonavides, o direito Constitucional passa por um delicado processo nos países periféricos, ou seja, de modernidade tardia, considerando que a concretização dos direitos fundamentais muitas vezes não satisfaz à consciência social e jurídica³⁵⁹. A função da Constituição deve ser observada de acordo com o contexto brasileiro, ressaltando sua função de preservação e aplicação dos direitos fundamentais existentes:

A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil*. Revista Novos Estudos Jurídicos, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003 p.274/275.

³⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76/78.

³⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil*. Revista Novos Estudos Jurídicos, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003 p.277.

³⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Revista Estudos Avançados 18 (51), 2004. p. 128. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf> Acesso em: 14 de setembro de 2019.

fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes³⁶⁰.

Entretanto, o que se observa no Brasil é por muitas vezes a incoerência existente entre o texto constitucional e a forma de utilização/aplicação deste pelas instituições estatais, principalmente pelo Poder Judiciário, que, utilizando das decisões que profere, acaba por descumprir o núcleo de direitos constantes da norma constitucional, evidenciando o risco de que o texto constitucional seja deixado de lado para dar lugar às práticas decisionistas e à aplicação de princípios carentes de sentido.

Cabe, aqui, ressaltar alguns aspectos acerca da vontade geral, que traduz pontos compartilhados por todos em uma comunidade, tida como indispensável para a vida social, sendo que, enquanto, por um lado, há o dever do Poder Legislativo de construir um sistema jurídico que reflita essa vontade, por outro, há o papel do direito, através do Poder Judiciário, de exercer a limitação política em face dos direitos das minorias³⁶¹, de acordo com sua função contramajoritária³⁶², ressaltando que, tal função não pode implicar em decisões proferidas sem observância à Constituição Federal.

Entretanto, o que se observa é que, por muitas vezes, decisões são proferidas afastadas dos valores e princípios constitucionalmente previstos, levando a um distanciamento do que de fato a Constituição traz em sua essência, aumentando a possibilidade de que sejam proferidas decisões políticas desprovidas de legitimidade, sem a devida análise e fundamentação de acordo com o texto constitucional, vigente e de aplicabilidade necessária.

Neste sentido, o que Streck denomina *panprincipiologismo*³⁶³ retrata a proliferação de enunciados de forma desenfreada com a finalidade de solucionar questões concretas, como se fosse possível, através dessa criação aleatória de

³⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). Revista Estudos Avançados 18 (51), 2004. p. 127. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf> Acesso em: 14 de setembro de 2019.

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum. 12 de julho de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>

³⁶² Para Lenio, a função contramajoritária vai além da imposição de limitações às eventuais maiorias, representando materialidade do núcleo político constitucional. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77.

³⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

princípios sem carga valorativa, apresentar respostas à todas as questões existentes no universo jurídico³⁶⁴, o que evidencia a postura por muitas vezes adotada no Poder Judiciário, sendo proferidas decisões desprovidas de sentido constitucional, com a criação de princípios que acabam por justificar qualquer fundamento que cumpra com a finalidade de justificar a decisão tomada.

Tal fenômeno, se dá em decorrência da ideia de positivação de valores de forma indiscriminada, como se fosse possível criar quantos princípios fossem necessários para a correção em caso de incertezas da linguagem³⁶⁵, e acaba por evidenciar, atualmente, uma utilização larga de “princípios” que mais se apresentam, segundo Streck, como standards interpretativos sem critérios para que sejam definidos, muitas vezes evidenciando pretensões de metarregras.

Não se pode considerar qualquer coisa como sendo um princípio, sob pena de uma fragilização do direito em decorrência da imposição da moral sobre as normas jurídicas³⁶⁶, a partir da elaboração de conceitos (que deixariam totalmente vaga a função do legislador) elaborados para atender aos anseios individuais e solipsistas do julgador. Tal situação pode ser observada em grande medida nas decisões judiciais proferidas que se utilizam, indiscriminadamente, de princípios sem conteúdo ou fundamento, muitas vezes com a finalidade de trazer soluções para as demandas existentes em sociedade.

A proliferação dos princípios pode acabar por enfraquecer autonomia do direito, justamente pelo fato de, alguns deles, acabarem por se apresentar tão somente como uma espécie de álibi para que sejam proferidas decisões que estejam além do que está disposto no texto constitucional, levando ao risco de que haja uma espécie de retorno aos ideias dos princípios gerais do direito, utilizados em caso de detecção da ausência de leis apropriadas para determinada situação³⁶⁷.

Há, na realidade, que se compreender o que de fato são princípios e a sua real função de apresentar uma descontinuidade, institucionalizando o mundo prático e

³⁶⁴ Segundo Streck, dentre estes princípios, criados sem critérios, possuem pretensão retórico-corretiva, sendo citados, dentre os diversos exemplos, o princípio da simetria, princípio da efetividade da constituição, princípio da precaução, princípio da não surpresa, princípio da confiança, etc. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 536.

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 518

³⁶⁶ FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial*: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas. Belo Horizonte: Dialética, 2019. p. 276.

³⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento. 2017. p. 151.

afastando os dualismos anteriormente existentes que apontavam para a aplicação de princípios gerais do direito que tinham a finalidade de solucionar eventuais problemas ocasionados pela insuficiência da linguagem³⁶⁸, na realidade, os princípios constitucionais devem ser compreendidos e utilizados como forma de garantia e espelho dos valores e ideais de uma sociedade específica, servindo de norte para todo o ordenamento jurídico.

Tem-se a necessidade de que haja a observação da Constituição como um *locus* de reprodução de valores, e não somente como uma carta de intenções sem efetividade e que acaba por ser aplicada sem a atribuição de sua carga valorativa, de forma arbitrária e incoerente com o que existe em sua essência, de forma que, caso a Constituição não seja considerada como o norte de sentido do sistema jurídico vigente, há, consequentemente, uma perda de referenciais que leva à possibilidade de que o juiz decida qualquer coisa sobre qualquer coisa³⁶⁹, buscando depois uma justificativa para tanto.

É imprescindível que, além de conservar os valores e princípios que fazem parte de um núcleo constitucional básico, resgatar os que, mesmo construídos historicamente, estão se perdendo com o passar do tempo por serem aplicados indevidamente, o que gera o risco de que a Constituição se torne um latifúndio improutivo³⁷⁰, sendo necessária a análise acerca do que se reproduz a partir da Constituição afastando as investidas criadoras e compreendendo o referido núcleo base de princípios e valores, que, por sua vez, não são voláteis.

Em caso de relativização dos princípios existentes, pode-se dizer que há uma espécie de apropriação Alexiana de expressões como “ponderação” e “sopesamento”, sem que, entretanto, haja de fato a sua aplicação nos termos propostos por Alexy em sua teoria, limitando-se o julgador a realizar uma leitura superficial da referida teoria, deixando de levar em conta que a ponderação não é uma operação em que há a colocação de dois princípios em uma balança em uma busca

³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 542.

³⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Como se prova qualquer tese em Direito*. Revista Consultor Jurídico, 26 de abril de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito> Acesso em: 26 de setembro de 2020.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171.

por qual tem maior peso a partir da escolha do intérprete, deixando os pressupostos lógicos que sustentam a mencionada teoria³⁷¹.

Se a Constituição fecha a interpretação, e de fato fecha, o juiz busca artifícios para abri-la e retomar seu poder de decidir conforme seus próprios critérios de justiça. Assim, superada a questão de ser a Constituição um modelo baseado em regras e princípios, e estando mais ou menos claro qual o papel das regras, busca-se uma válvula de escape nos princípios. Surge, então, a discussão proposta por Streck quando traz à luz a questão das teses de continuidade e de descontinuidade dos princípios em relação aos princípios gerais do direito.

Assim, os princípios, se vistos como abertura, servem de álibi teórico para justificar decisões, não sendo possível, entretanto, que o intérprete atribua sentidos aos textos de forma arbitrária como se houvesse cisão entre texto e norma, de forma que, mesmo que não exista um método suficiente para demonstrar que determinado processo de interpretação está correto, isso não abre a possibilidade de que os julgadores atribuam sentidos às coisas aleatoriamente, devendo ser afastadas todas e quaisquer formas de decisionismo e discricionariedade passíveis de ser identificadas³⁷².

2.2.A nova tensão entre o ser plural e o dever ser dual da modernidade deslocada para o judiciário

Considerando, portanto, a existência de um novo sujeito com novas possibilidades, em um Estado Democrático de Direito que tem como premissa a efetivação das promessas incumpridas da modernidade e a execução de medidas necessárias para a garantia dos direitos expostos no texto constitucional, cabe realizar um apanhado da nova tensão que se instala em decorrência do deslocamento do poder de dizer o direito, que, conforme apresentado no tópico anterior, se modifica de tempos e tempos, para o Poder Judiciário, que, como instituição, passa a ter maior

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 286/287.

³⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 306/307.

domínio sobre as questões jurídicas, agindo muitas vezes a partir de decisões proferidas em atos discricionários e sem fundamentação constitucional.

Segundo Streck, em entrevista realizada por colunista do CONJUR, pode-se dizer que anteriormente à Constituição de 1988 o Poder Judiciário se apresentou em certa dívida com a sociedade, inexistindo direitos efetivos garantidos aos indivíduos, que acabavam se encontrando a mercê da criatividade dos juízes, que acabavam por buscar uma forma de driblar o autoritarismo judicial existente³⁷³.

Até a Idade Média, pode-se dizer que a vida comunitária, entendida como a vida em comum, duradoura e autêntica³⁷⁴, tinha como característica a existência de um centro que fornecida orientações necessárias para o agir humano, sendo na Grécia Antiga a *pólis* e na Idade Média a Igreja. Ocorre que, passada a Idade Média, com o início da modernidade, surge o conceito de indivíduo e a ideia de que este é o novo centro orientador da ação.

Como consequência da modernidade e da nova concepção de indivíduo, que passa a ter local de destaque e se enxergar como detentor de possibilidades, surge a hipótese do contrato social, já trabalhada anteriormente), que trabalha, basicamente, com a ideia de que há uma união dos indivíduos a partir de um pacto que permite a integração das ações sem que seja necessário deixar de lado a diversidade e o pluralismo³⁷⁵. Assim, pode-se dizer que as constituições modernas, trouxeram como características a organização política com a separação de poderes e a existência de direitos individuais, justamente em decorrência da nova visão atribuída ao indivíduo³⁷⁶.

Segundo Boaventura de Souza Santos, a modernidade surge a partir da questão da identidade cultural, e, ainda, juntamente com ela, podendo esta ser compreendida como o como resultado de processos de identificação³⁷⁷. Tal questão

³⁷³ PINHEIRO, Aline. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. In: Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2009Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul> Acesso em: 13 de novembro de 2020.

³⁷⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, Adércio Leite, CRUZ, Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 48

³⁷⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, Adércio Leite, CRUZ, Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 51/52.

³⁷⁶ SAMPAIO, José Adércio de Leite. *O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional*. SAMPAIO, José Adércio de Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 45/46

³⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pelas mãos de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 169.

se apresenta no início da modernidade a partir da questão da subjetividade, passando o indivíduo a assumir posição central, momento marcado por tensões, como a existente entre a subjetividade individual e coletiva e entre uma concepção concreta e abstrata de subjetividade.

A primeira tensão é estabelecida em decorrência da necessidade de que, a partir da ideia de que a ação humana produz o mundo, é necessário também conceber a comunidade em que se dá tal produção, sendo após a era medieval identificado um colapso da comunidade que não é preenchido integralmente no Estado Moderno, já a segunda se refere às concepções concreta/contextual e abstrata da subjetividade, em que não há nenhum estabelecimento de tempo ou espaço³⁷⁸.

Na origem do Estado Moderno, pode ser mencionada como um dos ideias fundantes deste a unidade do poder político, evidenciando a transição do feudalismo para a nova forma assumida, que deixa de ser marcada por um poder político disperso e passa a se caracterizar por um monopólio da produção e da aplicação do direito, e é justamente tal unidade que possibilitará a emergência do caráter soberano que se apresenta como um traço do Estado Moderno³⁷⁹.

Assim, tem-se a partir da modernidade, além da centralização do indivíduo e atribuição de direitos e promessas que giram em torno dos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade que, entretanto, não foram efetivados naquele momento embrionário do Estado Moderno, sendo o Estado, por um lado, responsável pela atribuição de tais direitos, e, por outro, simultaneamente, responsável por não conceder direitos ao indivíduo que demonstrassem a efetivação da sua posição em ascensão, limitando-o e contendo o gozo social.

O projeto moderno se apresenta como um projeto ambicioso e revolucionário, considerando principalmente sua riqueza, complexidade e diversidade³⁸⁰ em referência às ideias que carrega consigo, contemplando, por um lado o excesso de promessas existentes, e por outro o déficit em sua realização/efetivação. O surgimento da modernidade pode ser relacionado diretamente com ao descentramento decorrente da dissolução de polos no agir humano, sendo a religião

³⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pelas mãos de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 170.

³⁷⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Afinal: quem é o estado? Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 154.

³⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pelas mãos de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 100/101.

incapaz de manter o monopólio da verdade, vindo à tona o pluralismo, com a valorização da pessoa humana³⁸¹, que, contudo, ainda não era vista com alto grau de subjetividade.

O sujeito da modernidade, por sua vez, passa a ser colocado em primeiro plano, sendo-lhe dada a possibilidade de determinar os sentidos a serem atribuídos às coisas, diferentemente da filosofia medieval em que se acreditava em uma existência ontológica das coisas, assim no esquema intitulado sujeito-objeto, havia a adoção de uma postura objetivista em que, embora não se acreditasse mais na essência dos objetos a serem conhecidos, o homem atribuiria os seus sentidos como se fosse o dono dos mesmos, criando o significado do mundo ao seu redor³⁸².

A legitimidade do direito, como comando, se dava a partir dos fins a que ele servia, passando a ser inserido na filosofia do *homo faber*, em decorrência da passagem do homem que antes era visto como animal para ser que trabalha, assim, a troca de produtos era a principal atividade política identificada, e a força empregada para o trabalho era tida tão somente como meio de produção de objetos utilizados para troca, de forma que, o direito, ao mesmo modo seria um bem produzido, visto como um conjunto abstrato de normas, independentemente das situações fáticas que viessem a acontecer, como um sistema neutro³⁸³.

Há, dessa forma, uma nítida dicotomia entre o certo e o errado, o dado e o negado, o possível e o vedado, de forma que os direitos acabam por ser concebidos como favores, espécies de concessões dadas aos indivíduos, considerando que ainda a sociedade não poderia ser identificada como pluralista, e consequentemente tolerante, visto que esta se apresenta como característica do Estado Democrático de Direito, em que tal questão se apresenta, inclusive, como projeto social.³⁸⁴ Na realidade, a modernidade se apresenta como um projeto que não se sustenta e que

³⁸¹ SARMENTO, Daniel. *Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – (pós-modernidade constitucional)*. In: LEITE, José Adércio. *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 404.

³⁸² FERREIRA, Rafael Alem Mello. O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas. Belo Horizonte: Dialética, 2019. p. 149/151.

³⁸³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25/26.

³⁸⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, Adércio Leite, CRUZ, Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 53.

não promove o indivíduo como sujeito, mas sim enquanto gênero, idealizado com um padrão específico, em uma evidente limitação da diversidade³⁸⁵.

Assim a partir da modernidade surgiu a concepção de sujeito, Estado, Direito e instituições, sendo, em decorrência das questões sociais proporcionadas pelo liberalismo, passíveis de identificação diversas formas de apresentação do Estado, que a princípio uma feição absolutista, posteriormente, liberal, para somente depois se apresentar na forma de Estado Contemporâneo, sendo a criação do Estado Social consequência da necessidade de que houvesse uma compatibilização do capitalismo, em desenvolvimento, com a efetivação das promessas incumpridas da modernidade³⁸⁶.

É importante ressaltar, ainda, que segundo Streck o próprio conteúdo da Constituição de 1988, já em um Estado Democrático de Direito, está diretamente ligado a uma busca por implantação das promessas incumpridas da modernidade³⁸⁷, evidenciando que o projeto moderno de fato fracassou e tornou necessária uma reformulação a partir de uma alteração de paradigmas, que passou de uma busca por ideais individuais e limitadores, com uma redução de complexidades, para uma proposta transformadora da sociedade.

No caso do Brasil, especificamente em relação à Constituição de 1988, pode-se perceber um aprimoramento no controle de constitucionalidade e a maior participação civil neste processo³⁸⁸, sendo possível observar, ainda, ampliação do papel exercido pelo Poder Judiciário, que, conforme já ressaltado anteriormente, em decorrência do aumento de demandas sociais, passou a ocupar papel de destaque no que diz respeito a decisões sobre políticas públicas, anteriormente de exclusividade do Legislativo, evidenciando o protagonismo do judiciário retratado no presente trabalho.

³⁸⁵ COSTA, Débora Laís dos Santos. *Fundamentar ou não fundamentar? Eis a questão: um debate a partir da chain novel de Dworkin sobre o artigo 489, § 1º e sua aplicabilidade no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019. p. 90

³⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 23/24.

³⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira*. In: SAMPAIO, Adércio Leite, CRUZ, Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 250.

³⁸⁸ AVRITZER, Leonardo. *O novo constitucionalismo latino-americano: o prisma sociológico-histórico*. In: AVRITZER, Leonardo [et. al.]. *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 33.

De qualquer forma, há que se considerar que não há um consenso quanto ao fim da modernidade, e se este de fato ocorreu, sendo possível considerá-la como um processo que não foi acabado e que em determinados locais sequer começou, é o caso da chamada modernidade tardia, identificado no Brasil e que demonstra a ausência de efetivação do *welfare state*, assim como nos demais países de terceiro mundo³⁸⁹, sendo, inclusive, afirmado por Streck, que no Brasil sequer ocorreu a referida fase³⁹⁰.

Assim, é necessário considerar que não existe somente uma Constituição (e consequentemente um só constitucionalismo), mas sim vários, de acordo com a identidade nacional em questão e com as peculiaridades existentes que levam à necessidade de caráteres diferentes nos textos das constituições dos mais diversos países, sendo necessário que, nos países de modernidade tardia, haja uma concepção da Constituição levando em conta os mecanismos necessários para a efetivação das promessas incumpridas da modernidade³⁹¹.

Para uma análise das formas de posturas a serem adotadas a respeito da Constituição, é importante destacar alguns pontos de divergência entre as teorias substancialista e proceduralista, que têm concepções diferentes acerca da forma de utilização do texto constitucional, levando, consequentemente, a objetivos distintos, e a um questionamento quanto à sua caracterização ou não como sendo o pacto fundante do Estado.

A partir do pensamento substancialista, adotado por Streck, Paulo Bonavides, dentre outros, há uma visão de que a decisão judicial se apresenta como uma espécie de auxílio para que haja uma afirmação dos direitos fundamentais, há uma espécie de valorização da Constituição que é concebida como diretriz do Estado Democrático de Direito, devendo ser concebida a linguagem constitucional como sendo condição de possibilidade do novo, sendo necessária para que constitua a sociedade. Há que se ressaltar que tal postura em muito se difere da visão proceduralista, em que a Constituição é vista tão somente como uma forma de garantir que a política ocorra

³⁸⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate - proceduralismo versus substancialismo*. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 16, nov./dez. 2010. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

³⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67.

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. Revista Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. p. 275/276.

nos termos da lei, sendo responsável por determinar procedimentos políticos que podem ser perseguidos pelos indivíduos³⁹². Segundo Streck, acerca da necessidade de observância da Constituição a partir de uma perspectiva substancialista:

Mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contém direitos fundamentais, sociais, coletivos que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Há que se deixar assentado que o constitucionalismo dirigente-compromissório não está esgotado. A Constituição ainda deve “constituir a ação”, mormente porque, no Brasil, nunca constituiu.³⁹³

A partir da concepção do mencionado autor, portanto, observa-se a necessidade de que o texto constitucional se adeque à realidade do país em questão, sendo, nos países de modernidade tardia, como o Brasil, necessária para a sua efetivação, resguardadas as questões que evidenciam uma identidade específica de cada país em questão. O constitucionalismo, assim, é compreendido para além de um texto legislado, assumindo o papel de um documento histórico-cultural³⁹⁴, sendo observada, além do seu conteúdo normativo, a ideia de que devem ser garantidos direitos aos cidadãos, com o impedimento da violação estatal destes.

Nota-se, portanto, que juntamente com os ideais do Estado Democrático de Direito, momento em que a intersubjetividade de direitos se apresentará como forma de inclusão e reconhecimento³⁹⁵, e com o texto constitucional, rico em princípios, temos um aumento exponencial de demandas sociais por sua efetividade, sendo, conforme já mencionado anteriormente, identificada uma proliferação exacerbada de princípios vazios de fundamento que Streck nomeia *pan-principiologismo*, o considerando como uma espécie de usina de produção de princípios despidos de normatividade.

³⁹² HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate - proceduralismo versus substancialismo*. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 16, nov./dez. 2010. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

³⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171.

³⁹⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional*. In: *Democracia, Constituição e Reforma Política*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martopio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 245/246

³⁹⁵ MOREIRA, Luiz. *Constituição, direito e normatividade*. In: LEITE, José Adércio. *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 181.

Para que os princípios sejam considerados como normas, e tenham de fato sua normatividade identificada, é necessário que se identifique o sentido normativo nas disposições existentes, sendo a sua ausência sintoma de uma construção realizada sem comprometimento com os valores existentes no direito, comprometendo, inclusive, o ensino jurídico, que passa a ser baseado em simplificações³⁹⁶.

A Constituição, na realidade, deveria ser considerada e utilizada como morada da justiça, dos poderes legítimos, e, ainda, dos princípios, sendo imprescindível o controle de constitucionalidade com a finalidade de que seja preservada a força legitimadora das instituições³⁹⁷. Não há, de qualquer forma, como considerar a atribuição de princípios, mesmo que existentes e válidos, de forma vazia e sem a preservação de sua normatividade.

Assim, a ideia do *pan-principiologismo* se consubstancia na ideia de uma associação de algo como sendo um princípio, sendo que, na realidade, se apresenta como um instrumento retórico que tão somente traz fragilidade à autonomia do direito. Em sua obra *Verdade e Consenso*, Streck apresenta, a título de exemplo da referida produção, 39 princípios³⁹⁸ sem normatividade utilizados frequentemente na prática jurídica como álibis, ou mandados de otimização.

Streck ressalta, ainda, que muito dessa ideia decorre da importação indevida de modelos internacionais sem levar em conta o contexto do local específico a que se refere, como, por exemplo, a utilização do pensamento Alexyano de que os princípios são mandatos de otimização³⁹⁹, abrindo espaço para a atuação totalmente subjetiva do Juiz, que entende ser possível, em decorrência da aparente abertura dos princípios, atribuir o sentido a eles que melhor convir.

A utilização de princípios é, de fato, extremamente importante e demonstra muitas das conquistas dos indivíduos que surgiram com o texto constitucional, entretanto, deve-se observar a necessária fundamentação a ser utilizada inclusive

³⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum, 22 de março de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto> Acesso em 17 de novembro de 2020.

³⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Revista Estudos Avançados, 18 (51), 2004, p. 127-150

³⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 519/534.

³⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Zimmermann, Schmidt, Streck e Otávio: todos contra o pan-principialismo*. In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum de 5 de março de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-05/senso-incomum-balde-agua-fria-pan-principialismo-clausulas-gerais2> Acesso em: 27 de novembro de 2020.

para a aplicação dos mesmos, de forma a aplicá-los com conteúdo, e não de forma vazia e carente de sentido constitucional.

Nesse sentido, como demonstração da criação arbitrária de princípios sem normatividade, Streck menciona questão⁴⁰⁰ do Concurso Público para Ingresso na Carreira de Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, do ano de 2010, que relata um caso de indivíduo que desejava realizar alterações corporais com implantes de esferas de silicone no rosto e posteriormente realizar tatuagem semelhante à pele de um anfíbio, razão pela qual buscou a defensoria pública para assisti-lo. A resposta considerada correta a ser atribuída à questão seria de que caberia o ajuizamento da ação pela defensoria pública a partir da invocação do princípio da felicidade. Nota-se, assim, um perfeito exemplo da consideração do direito como se estivesse a disposição para qualquer coisa que os indivíduos desejassem obter, como se os princípios fossem a “pedra filosofal da interpretação”⁴⁰¹.

Observa-se, ainda, a partir do intitulado “princípio da afetividade”, a compreensão do direito de forma subsidiária a juízos morais, podendo ser identificado, novamente, um princípio totalmente utilizado como álibi para a justificação de decisões que sejam proferidas a partir de entendimentos pessoais e morais, sem argumentos de princípio, como de fato deveria ser, em uma total ausência do necessário caráter deontológico.⁴⁰²

A criação indiscriminada de princípios, ou até mesmo a utilização de princípios com carga valorativa de forma indiscriminada, levam, inexoravelmente, a um enfraquecimento da Constituição e de seu conteúdo, sendo utilizadas palavras vazias de conteúdo (que que têm seu conteúdo esvaziado) para servir de álibi para a motivação de decisões já adotadas de forma discricionária, não podendo os princípios serem considerados como cláusulas abertas que deixam à margem do juiz o sentido que lhe deve ser atribuído.

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum de 22 de março de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto> Acesso em: 19 de novembro de 2020

⁴⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Quando o Direito só serve para dizer o que é "feio" fazer*. In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum de 5 de julho de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-05/senso-incomum-quando-direito-serve-dizer-feio> Acesso em: 19 de novembro de 2020

⁴⁰² STRECK, Lenio Luiz. *O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito*. In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum de 10 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito> Acesso em 23 de novembro de 2020.

De qualquer forma, independentemente das críticas que podem ser mencionadas com relação à não compreensão da forma adequada de utilização de princípios, há que se ressaltar a sua importância e imprescindibilidade no ordenamento jurídico, constando no texto constitucional com a finalidade de que sejam preservadas garantias para uma melhor compreensão e aplicação do direito, sendo justamente em decorrência de sua relevância que deve-se atentar para as suas possíveis utilizações errôneas na sociedade.

A Constituição de 1988 se apresenta como um ponto fundamental para o processo de abertura democrática do Brasil, sendo possível identificar, primeiramente, que no processo constituinte houve uma forte participação da sociedade civil, ponto marcante que demonstra a ausência de imposição do texto constitucional, e, além disso, merece destaque o fato de que, foi com a Constituição que foram instauradas práticas marcadas por uma mediação do conflito social através do estado de direito, com a imposição de limites aos poderes da república⁴⁰³.

Nesse sentido, deve-se ter a visão de que a Constituição garante as relações democráticas que são firmadas entre o Estado e a sociedade, tendo como significado constituir alguma coisa, ou seja, fazer um pacto, sendo, consequentemente, o seu descumprimento equivalente ao descumprimento do pacto social estabelecido, razão pela qual deve ser compreendida como a materialização da ordem jurídica do contrato social, que é justamente o pacto estabelecido que conta com a participação da sociedade⁴⁰⁴.

Assim, pode-se considerar o Estado Democrático de Direito como sendo sinônimo de Estado Constitucional, visto que há uma sujeição dos agentes estatais à lei, que deve, por sua vez, estabelecer coerência com o texto constitucional, sendo clara a existência de uma limitação ao poder público para que pratique seus atos de acordo com a normatividade constitucional⁴⁰⁵.

De qualquer forma, é necessário ressaltar que houve, com o advento da Constituição de 1988, uma alteração em sua representatividade, sendo que, sobre a

⁴⁰³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 56.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 345/346.

⁴⁰⁵ CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2020. p. 19.

modificação da forma de representação da Constituição, que não se apresenta mais como mera reguladora de poderes, ressalta Clémerson Merlin Clève:

As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *auctoritas*, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera com fora normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos.⁴⁰⁶

O texto constitucional vigente pode, dessa forma, ser concebido com extrema importância em decorrência tanto da participação civil em sua elaboração quanto pelo avanço identificado a partir dos princípios e direitos fundamentais que nele constam⁴⁰⁷. Assim, considerando a sua relevância, não deve mais ser concebida a Constituição como sendo uma mera forma de concentração de princípios políticos, mas sim como um complexo normativo vinculadora de todos os órgãos estatais e, ainda, como lei superior do Estado⁴⁰⁸, que deve observá-la para todos os atos que forem ser praticados.

A normatividade do texto constitucional deve ser observada e seu conteúdo deve ser aplicado às relações sociais existentes, observando a necessidade de fundamentação e da interpretação do texto em acordo com o caso concreto, levando em conta as peculiaridades e características individuais de cada situação, para que, assim, possam ser proferidas decisões que preservem garantias (existentes e previstas), afastadas de práticas decisionistas.

Sendo assim, é possível observar que uma das maiores conquistas que o texto constitucional trouxe, é a gama de princípios constantes de seu texto que direciona todo o ordenamento jurídico para uma compreensão voltada a garantias e direitos individuais e coletivos que devem ser preservadas e nortear o entendimento dos intérpretes quando do processo de compreensão/aplicação do direito. Há, dessa forma, prevalência de princípios em que se baseia o Estado Democrático de Direito de acordo com a realidade brasileira, explicitados a partir do texto constitucional,

⁴⁰⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

⁴⁰⁷ MORAES, Filomeno. *Democracia, Constituição e Reforma Política*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martopio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 163

⁴⁰⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 28.

princípios estes que representam extrema importância, servindo como norte de sentido das regras a serem seguidas pelo intérprete, sendo que, sem a sua correta compreensão, não há como se realizar uma Constituição e seus preceitos corretamente, podendo ser considerados como responsáveis por toda coerência do sistema⁴⁰⁹.

Há, dessa forma, a necessidade de que se observe a realidade brasileira para que se possa falar em uma coerência entre os atos jurisdicionais praticados e a norma existente, sendo a Constituição o norte para a sua aplicação levando em conta os direitos e garantias dos indivíduos (tanto considerados individualmente quanto coletivamente), com o afastamento de arbitrariedades e decisões que se apresentem contrárias aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Pode-se dizer, ainda, que para que haja a concretização dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, deve ser realizada uma adequação à Constituição, tendo em vista a necessária *accountability hermenêutica*⁴¹⁰, ou seja, o direito dos indivíduos de terem suas respostas às demandas existentes construídas em consonância com o texto da Constituição, de forma coerente, tal prestação de contas é necessária para que se demonstre que de fato foram observados os ditames constitucionais e as garantias existentes para que se chegasse a uma decisão concreta, sendo tal providência necessária para que sejam proferidos atos válidos pelo judiciário.

Dentre as inovações que podem ser observadas na Constituição, merece destaque o modelo de democracia participativa, a partir da criação de mecanismos para que o povo pudesse participar de algumas das tomadas de decisões políticas, como a partir do referendo, plebiscito e iniciativa popular, por exemplo, mecanismos estes que, embora previstos e de suma importância para o fortalecimento da democracia, não foram amplamente utilizados desde a promulgação do texto constitucional, tendo baixa eficácia principalmente em decorrência da morosidade nas respectivas regulamentações sobre os temas mencionados⁴¹¹.

⁴⁰⁹ GONÇALVEZ, Antonio baptista. *Hermenêutica e a linguagem: um estudo sobre sua relação com a filosofia, o Direito, o neoconstitucionalismo e a defesa da dignidade da pessoa humana*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 117/118.

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada*. Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], 17(3), 721-732.

⁴¹¹ MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *A regulamentação da democracia direta e a divisão de poderes no Brasil*. In: *Democracia, Constituição e Reforma Política*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda;

Assim, o referendo e o plebiscito se apresentam como mecanismos de participação popular responsáveis pelo fortalecimento democrático, sendo possibilitado ao povo participar da tomada de decisões em sociedade de forma direta, sem que seja através de atos praticados pelos representantes eleitos.

O texto Constitucional de 1988 trouxe, como uma de suas conquistas, estabilidade institucional e um regime democrático, após longas décadas de autoritarismo, sendo evidente a sua importância tanto técnica quanto como em decorrência da responsabilidade por mobilizar o imaginário de pessoas em busca de garantias, direitos e prerrogativas⁴¹². Sobre a questão democrática, segundo Warat, pode-se dizer que para o estabelecimento de uma ordem simbólica que seja democrática, a existência de incertezas e os múltiplos desejos são aspectos essenciais, sendo o sentido de democracia totalmente dependente do afastamento de referencias à certeza, sendo necessário, ao contrário, mobilidade discursiva⁴¹³.

Nota-se, assim, um deslocamento do pensamento dual da modernidade, em que o homem, embora reconhecido formalmente como sujeito, não tinha direitos individuais efetivamente garantidos, e não era considerado como sujeito plural, mas sim como gênero, passa a ser visto, no Constitucionalismo Contemporâneo, considerando principalmente a realidade constitucional de 1988 a partir de um texto repleto de princípios e garantias individuais, como indivíduo plural, detentor de direitos em sua individualidade, o que leva, inexoravelmente, a um aumento de demandas sociais, que serão solucionadas pelo Poder Judiciário.

O sentido, que na metafísica clássica estava no objeto, a partir do acesso ao mundo das ideias e consequente obtenção das essências, passa na modernidade a se encontrar na mente, com a intitulada filosofia da consciência, momento em que o homem passa a dar os sentidos às coisas, passando a compreensão do objeto, por sua vez, a ser fonte da própria subjetividade⁴¹⁴. Nota-se, assim, um salto da compreensão do juiz como sendo a boca da lei, apenas reproduzindo os textos legais

LIMA Martopio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47/48.

⁴¹² MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 62/63.

⁴¹³ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13.

⁴¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento. 2017. p. 63/64.

existentes de forma objetiva, para um juiz senhor dos sentidos existentes em uma postura totalmente voluntarista.

Deve-se ter atenção, entretanto, para que não se confunda a superação do esquema sujeito-objeto, decorrente da necessária relação intersubjetiva a partir da qual existem sujeitos em interação, com a interposição da linguagem como condição de possibilidade, com a prevalência do esquema sujeito-objeto quando se destaca, no constitucionalismo contemporâneo, a necessidade de que existam limites semânticos da Constituição, visto que há, de fato, a necessidade de que seja obedecido à risca o texto da lei que foi democraticamente construído, razão pela qual atualmente podemos dizer que há uma legalidade baseada na existência de princípios estabelecidos a partir de um texto constitucional, que deve, de fato, ser estritamente observado⁴¹⁵.

O direito deve, portanto, apresentar as condições para que o sistema político no Brasil de fato funcione, sendo necessário ressaltar, ainda, que o maior reconhecimento de novos direitos pelo Constitucionalismo Contemporâneo leva, consequentemente, a uma atuação mais destacada do Poder Judiciário, que, por sua vez, deve manter o compromisso com a Constituição, de forma afastada de decisões discricionárias e que levem em conta percepções pessoas dos magistrados⁴¹⁶.

A partir da concepção da Constituição dirigente, o texto constitucional não pode ser visto como um mero documento de intenções sem que seus mecanismos e seus ditames sejam efetivamente utilizados, sendo necessário que seu cumprimento seja realizado independentemente da vontade do intérprete, de forma que ela acabe por, de fato, dirigir e constituir algo:

Nesse sentido, a pretensão efetiva é de que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se “interpõe” entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar A “Letra da Lei” É Uma Atitude Positivista?* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. p. 169/170.

⁴¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada.* Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], 17(3), 721-732.

mais importante – o seu – núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois!⁴¹⁷

Assim, tendo a Constituição como condição de possibilidade, visto que se apresenta como o norte de sentido para a compreensão e aplicação das normas do ordenamento jurídico, e, ainda, um novo sujeito plural, includente e tolerante que possui novas demandas, nota-se uma migração de favores que eram concedidos para o homem moderno, que embora já fosse visto como sujeito (gênero) ainda não era visto em sua pluralidade, para uma demanda incessante por tudo, levando a uma perda de sentido entre o que é devido pelo Estado e o que é dado.

Há uma relação intrínseca entre a Constituição, a cultura e os valores de uma sociedade⁴¹⁸, não sendo possível que haja uma total desconsideração do contexto social existente para a compreensão constitucional, sendo necessário ressaltar que, ainda, existem normas constitucionais que, embora vigentes, não possuem efetividade, sendo a hermenêutica responsável por possibilitar que a cidadania brasileira passe a ser uma cidadania efetiva. Tem-se, portanto, a partir da necessidade de que haja uma compreensão voltada para o estabelecimento de uma relação com o mundo concreto, um texto constitucional que transmite muito mais do que somente ditames jurídicos.

2.3. A questão do majoritarismo e do contramajoritarismo do judiciário enquanto álibi de um solipsismo institucional

A partir de um contexto em que se observa um Poder Judiciário buscando assumir novas formas de poder e alterar limites existentes, e, ainda, levando em conta que o direito tem o papel de limitar a política em decorrência dos direitos das minorias, em uma definição de limite das decisões contramajoritárias⁴¹⁹, serão, neste momento,

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170.

⁴¹⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010. p. 25.

⁴¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum. 12 de julho de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro> Acesso em 01 de janeiro de 2020.

trabalhadas as dinâmicas do poder de dizer livremente e constitucionalmente do direito, utilizadas pelo Judiciário, levando por muitas vezes a decisões distantes do norte constitucional e solipsistas.

Para adentrar nessa questão, é importante primeiramente lembrar que, em decorrência do reconhecimento e da necessidade de se respeitar a diversidade, protegendo-a e promovendo-a por meio de políticas estruturadas a partir da inclusão e tolerância, compreendendo a complexidade como inexorável e digna de proteção, é gerado um problema de divergências entre os interesses existentes, sendo necessária a constituição de uma ordem⁴²⁰ para a sua regulação, tal ordem, no Brasil, tem como base um texto constitucional, e, ainda, a existência de uma legislação, cabendo aos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), o exercício de suas funções delimitadas para fazer prevalecer a democracia e os princípios e valores constantes do texto constitucional, que são fundamentais para as normas jurídicas em vigor.

Considerando, dessa forma, uma concepção formal de democracia, a partir da qual há uma preocupação com a forma de representação política existente, tem-se a atribuição ao Poder Legislativo, eleito pelo povo, da função de elaboração de leis⁴²¹. Ocorre que, quando nos referimos ao contramajoritarismo, que será abordado neste trabalho, estamos tratando do impedimento de que sejam adotadas práticas excessivas pela maioria, por intermédio das vias democráticas, em opressão das minorias e muitas vezes em um distanciamento dos preceitos constitucionais. Dessa forma, serve o controle judicial de constitucionalidade justamente como instrumento para a concretização do contramajoritarismo, tendo como parâmetro os ditames constantes do texto constitucional.

Há que se observar, para tanto, que há a necessidade de preservação constitucional quando dos atos de decidir as questões levadas ao judiciário a fim de que se atenda ou não aos anseios populares, de forma que, para que haja uma decisão contramajoritária, não há a possibilidade de que deixe de ser observada a Constituição, sob pena de uma representação da utilização do contramajoritarismo como álibi para a manutenção do solipsismo do Judiciário. Assim, querer ou não

⁴²⁰ BECKER, Anelise. Notas sobre a importância da compreensão jurisprudencialista do Direito. In: MONTEIRO, António Pinto; AMARAL, Francisco; LINHARES, J. M. Aroso; MARCOS, Rui de Figueiredo. *Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos diálogos com Castanheira Neves*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. p. 45.

⁴²¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. No 17. Ano: 2008.2 Salvador, Bahia. 93-130.

atender às minorias por questões pessoais ou políticas acaba por ser algo irrelevante, não se trata de um processo de legitimação pela aceitação geral (se é que ela pode ser reconhecida), deve-se, por outro lado, ser observada e preservada a Constituição para as decisões que forem proferidas.

A construção da vontade constitucional, quando em um modelo democrático, passa ao largo da percepção de legitimidade do Judiciário e/ou do Executivo, desembocando em quem institucionalmente tem o encargo de perceber e sintetizar a vontade geral, que é o Legislativo. Assim, a correção da lei, baseada na vontade geral ou nas maiorias é invasão de esfera de competência e antidemocrática, ferindo a tripartição de poderes e as funções estabelecidas, que devem ser respeitadas.

Para a compreensão de tal questão central, primeiramente, é necessário ressaltar alguns aspectos sobre o controle de constitucionalidade, instrumento utilizado, dentre outras finalidades, para fiscalização da pertinência das leis existentes no ordenamento jurídico. É necessário deixar claro que o controle de constitucionalidade preserva a estrutura do direito, não devendo, por outro lado, corrigir ou modificar a “vontade” do legislador ou da lei. Não se trata de definir se a escolha realizada pelo Legislativo é correta, mas sim se está adequada à Constituição.

No Brasil, houve a introdução do sistema de controle de constitucionalidade com a Constituição de 1891, momento em que, ainda, houve uma reformulação das instituições políticas no país, sendo, dentre outras modificações, destacadas a adoção da República, do presidencialismo, da *judicial review* e da admissão da fiscalização pelo Judiciário da efetiva legitimidade das leis⁴²². O controle de constitucionalidade praticado neste período era difuso e incidental, sendo existente, ainda, exigência para que a inconstitucionalidade fosse expressa pra que houvesse o seu reconhecimento pelo judiciário.

Atualmente, no Brasil existem diversos instrumentos para se exercer o controle de constitucionalidade, que se dá de forma mista, sendo a sua tarefa a garantia de condições processuais como o devido processo legislativo democrático e o devido processo constitucional, o que, entretanto, não permite que se faça da jurisdição

⁴²² CLÈVE, Clémerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 82.

constitucional uma espécie de guardião do processo político e da cidadania, sob pena de sua transformação para um poder constituinte permanente⁴²³.

O controle de constitucionalidade pode ser exercido incidentalmente, a partir da resolução de casos individuais aplicando normas constitucionais, de forma a afastar ao somente o sentido inconstitucional das normas em questão. Há, por outro lado, o controle principal, que é aquele que se refere às condições procedimentais para a realização do processo democrático, bem como das normas de deliberação da formação política, possibilitando um processo legislativo que seja efetivamente democrático⁴²⁴. Tem-se, assim, a existência de mecanismos que, por diversas formas, deveriam acabar por acarretar a preservação constitucional sem que fossem adotadas práticas decisionistas que colocassem em xeque os princípios e valores constitucionais.

Para que tratemos do exercício da Jurisdição Constitucional, bem como das práticas pelo Judiciário para a implementação de algumas políticas sociais, é necessário compreender que, para tanto, há uma admissão acerca da inefetividade da Constituição e da inércia dos Poderes Públicos para a concretização de tais políticas, sendo que, havendo tal inércia dos Poderes Públicos, sob pena de não efetivação dos direitos sociais-fundamentais assegurados constitucionalmente, não somente é possível como se torna necessária a intervenção da justiça constitucional⁴²⁵.

Não pode, entretanto, ser considerada a jurisdição constitucional, no Estado Democrático de Direito, como sendo responsável por praticar atos como legislador concorrente, não sendo adequada a redução do texto constitucional a uma ordem concreta de valores, devendo ser levada em conta a autonomia pública e o direito⁴²⁶. Poder Legislativo e Judiciário são independentes e possuem atribuições distintas, não

⁴²³ OLIVEIRA, Marecelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 193.

⁴²⁴ OLIVEIRA, Marecelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 194.

⁴²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil*. Revista Novos Estudos Jurídicos, Vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003 p. 260.

⁴²⁶ OLIVEIRA, Marecelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 208.

sendo adequado considerar que o judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade, acabe por legislar.

Há, de fato, a necessidade e relevância da jurisdição constitucional, que deve ser utilizada com a finalidade de preservação da força normativa constitucional, realizando a correção de violações ao texto da Constituição, de forma que, principalmente com relação ao Brasil, que é um país de modernidade tardia, há a necessidade de intervenção da justiça constitucional para a efetivação de direitos fundamentais, sendo notável, após o segundo pós-guerra, um deslocamento do polo de tensão dos poderes em direção ao judiciário, que passa a ser fortalecido principalmente em decorrência do exercício da jurisdição constitucional⁴²⁷.

Com a Constituição de 1988, foi possível observar um maior ganho de atribuições pelo STF, principalmente com relação ao exercício do papel de guardião da Constituição⁴²⁸, e é relevante ressaltar, nesse sentido, que neste modelo misto de sistema jurídico, adotado no Brasil, é possível observar um destaque atribuído às súmulas vinculantes, que acabam por ser compreendidas de forma errônea como sendo uma instância controladora de sentidos, entretanto, não é razoável que se admita a existência de súmulas com a finalidade de substituição do próprio controle de constitucionalidade, justamente porque, em caso de inconstitucionalidade de uma lei, não há a necessidade de que se edite uma súmula para comprovar tal constatação⁴²⁹.

Mesmo considerando um cenário no Brasil em que se conta com um judiciário sobrecarregado de demandas, a adoção de efeito vinculante das súmulas do STF não pode ser vista como a solução de todos os problemas existentes na justiça brasileira, de forma, que, neste caso, seriam os juízes meros aplicadores das súmulas existentes⁴³⁰. Os casos levados ao judiciário devem ser decididos em observância ao seu conteúdo concreto, e não de forma genérica e abstrata, como se houvesse um modelo de decisão a ser utilizada para casos que tratem da mesma matéria jurídica.

⁴²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 187/190.

⁴²⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcos. 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 308

⁴²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 391.

⁴³⁰ STRECK, Lenio Luiz. As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira. ARGUMENTUM - Revista de Direito n.4 - 2004 - UNIMARp. 15.

Em virtude dessa abertura e sobrecarga, percebe-se um novo campo de batalha ideológico que reflete imediatamente na aceitação popular dos poderes, o que acarreta inclusive uma espécie de formação de torcidas, de forma que as decisões acabam por, cada vez mais, ocupar maiores espaços na mídia, sendo tal questão temerária, visto que pode haver a deturpação dos sentidos reais das decisões proferidas.

Ocorre que, por muitas vezes, há uma busca nas súmulas vinculantes como se fossem conceitos que contenham todas as hipóteses de aplicação possíveis com o afastamento do que seria necessário: o elemento hermenêutico, com a interpretação realizada em cada caso concreto existente de acordo com a Constituição⁴³¹. É o abandono do caso concreto em nome de uma universalização generalizante bem própria do século XIX e da filosofia da consciência.

Assim, acaba-se decidindo antes da análise do mérito sem conhecer o caso propriamente dito, não sendo tal postura passível de ser adotada pelo Judiciário, conforme apresenta Streck na metáfora da transposição do abismo gnoseológico⁴³², a partir da qual tem-se que tal abismo, responsável pela separação entre o homem e as coisas e sua compreensão não depende de pontes construídas posteriormente à a travessia.

Percebe-se, aqui, tanto o fortalecimento da participação do Judiciário tanto para a aplicação das súmulas vinculantes de forma equivocada, quanto para a análise de validade de leis existentes a partir do controle de constitucionalidade. A utilização destes mecanismos, a edição de súmulas vinculantes e o controle de constitucionalidade, acabam por possibilitar ao judiciário que decida o que pode ou não ser considerado válido juridicamente, em algumas das vezes, de forma dissociada do texto constitucional. Ainda com relação à edição de súmulas vinculantes e a tensão estabelecida entre as funções exercidas pelo Judiciário, que acaba por praticar atos de competência do Poder Legislativo, levando a uma consequente quebra da independência entre os Poderes, Streck menciona:

Ninguém ignora que até no sistema em vigor – ao editarem uma súmula, o STF, o STJ e o TST passam a ter o poder maior que o Poder Legislativo. Com o poder constitucional de vincular o efeito das Súmulas do Supremo Tribunal

⁴³¹ STRECK, Lenio Luiz. ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 102/103.

⁴³² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista.* Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008. p. 143.

Federal, o Poder Judiciário, por sua cúpula, passará a legislar, o que, à evidência, quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. Daí é urgente que se indague acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tal.⁴³³

Tal aplicação indiscriminada de súmulas vinculantes sem que se leve em conta o caso concreto, as normas de fato aplicáveis e a necessária interpretação e conformação do caso à norma e ao texto constitucional, muitas vezes com o argumento de facilitação para solução dos casos em decorrência da sobrecarga do judiciário, acaba por comprometer a qualidade das decisões proferidas, sendo de forma praticamente automática selecionadas decisões (com efeitos vinculantes) para as demandas existentes, sem que se analise quais as questões individuais de cada situação concreta, o que seria necessário.

Resta claro, portanto, que o aumento de possibilidades de controle de constitucionalidade, e até mesmo das súmulas vinculantes, utilizados por muitas vezes de forma equivocada, a partir da desconsideração do norte constitucional existente e consideração interesses institucionais do Judiciário, não só pode como vem levando a um cenário de judicialização da política, em que o judiciário tem abertas possibilidades de decidir qual lei deve ou não integrar o ordenamento jurídico por questões que por muitas vezes não estão vinculadas ao texto constitucional, mas sim às suas convicções pessoais adotadas, sendo tais mecanismos utilizados de forma deturpada.

Segundo José Rodrigo Rodriguez, a judicialização da política e o ativismo judicial são como lados de uma mesma moeda, sendo que, no primeiro caso, há uma perspectiva de invasão da política pela lógica judicial, e no segundo caso o próprio judiciário se configura como o invasor, sendo, no Brasil, identificado um modelo de redesenho institucional em que nos deparamos com diversas possibilidades institucionais concretas⁴³⁴. O que não pode acontecer é justamente a fragilização dos poderes em decorrência de tal abertura, sendo necessária a preservação da autonomia dos poderes e da ideia de existência de um sistema de freios e contrapesos.

⁴³³ STRECK, Lenio Luiz. As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira. ARGUMENTUM - Revista de Direito n.4 - 2004 – UNIMAR. p. 18/19.

⁴³⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 185/187.

Tal processo consiste, portanto, em uma nova atribuição de papéis que é conferida a o Judiciário, que acaba por solucionar demandas sociais em uma arena política⁴³⁵, o que fere a democracia considerando a tripartição de poderes existente que confere competências específicas ao Legislativo, Executivo e Judiciário, que possuem funções delimitadas. O fato de haver a possibilidade de um controle constitucional pelo Judiciário não permite a adoção de práticas com cunho político sob o álibi do contramajoritarismo.

Quando nos referimos a uma democracia, que é o caso do Brasil, não há que se pensar tão somente na expressão traduzida pelo maior número de votos, há que se levar em conta, ainda, a necessidade de preservação dos valores existentes e dos direitos fundamentais⁴³⁶. Caso não haja tal preservação, o que de fato se observa, pode-se, a partir das decisões construídas de forma majoritária, acabar por se autorizar uma contrariedade à Constituição e à estrutura normativa jurídica legitimada pela vontade geral (que não é a vontade de todos, conforme se verá abaixo), que é, por sua vez, legítima por vir do povo. Assim, a partir de algumas das decisões contramajoritárias, utilizadas como álibi para a prática de ativismo judicial e decisionismos, graves riscos são gerados à democracia, visto que os próprios membros do Poder Executivo e Legislativo se veem abertos à violação da vontade soberana do poder constituinte.

Existindo um corpo social, há a necessidade de uma ordem, e, para tanto, há a necessidade de que seja criado um corpo que exerça determinadas funções, sendo o corpo dos representantes da sociedade, a que está confiado o poder Legislativo ou o exercício da vontade comum, existirá na forma que a nação lhe quis dar⁴³⁷, a partir do exercício dos fins a que se destinam os poderes e da consideração da existência de uma vontade geral.

Para tanto, é importante mencionar que, quando nos referimos à existência de uma vontade geral, não se trata de um sinônimo de vontade de todos, devendo a primeira, segundo Rousseau, ser considerada como aquela que tende à utilidade

⁴³⁵ VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009.

⁴³⁶ BARROSO, Luiz Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

⁴³⁷ COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Constituição» em perspectiva histórico-cultural e os limites e o sentido do poder constituinte. Leitura jurisprudencialista da lição fundadora de Emmanuel Joseph Sieyès. In: MONTEIRO, António Pinto; AMARAL, Francisco; LINHARES, J. M. Aroso; MARCOS, Rui de Figueiredo. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. p. 151.

pública, e considerada a partir da soma da vontade dos particulares, com a extração das vontades mais e as menos, que se destroem⁴³⁸. Ressalta, ainda, que a vontade geral é sempre constante, e se mantém pura e inalterável, estando somente submissa às outras vontades subsequentes que venham a superá-la⁴³⁹.

O que ocorre é que, na realidade, em que pese a necessidade de que sejam considerados os interesses existentes em sociedade para a tomada de decisões, o que ocorre é que por muitas vezes as maiorias frequentes causam danos às minorias existentes⁴⁴⁰, sendo necessárias, para tanto, decisões contramajoritárias que preservem estes interesses e a adoção do norte constitucional para a solução das questões existentes,

Com a judicialização da política, percebe-se a politização da justiça e altos graus de solipsismo nas decisões que se valem do discurso de proteção de minorias, ocorrendo por muitas vezes a exacerbação pelo Judiciário dos limites jurisdicionais previstos constitucionalmente em um exercício de funções que competem aos outros poderes, em especial o Legislativo, deixando passar ao largo, principalmente, a falta de legitimidade do judiciário de compreender e fazer reverberar a vontade geral. Explica-se:

Cabe ao Legislativo, dentre suas funções, a de representação do povo a partir da edição de leis que transmitam a vontade geral existente⁴⁴¹, entretanto, o judiciário acaba, por muitas vezes, solucionando questões não abordadas pelo Poder Legislativo, sendo que na realidade não deveria adotar tais providências por ausência de competência para tanto, atendendo reivindicações políticas que não lhe competem, o que leva, consequentemente, a uma fragilização da democracia, visto que, a partir do momento que o judiciário, não competente para solução de algumas questões, acaba por atendê-las, há o desequilíbrio entre os três poderes e as suas funções. Dentre tais questões, sem adentrar ao mérito das demandas nota-se a existência de

⁴³⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 41.

⁴³⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 101.

⁴⁴⁰ DAHL, Robert A. A democracia e seus críticos. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro, revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 262.

⁴⁴¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social ou princípios do direito político. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 48.

diversas decisões proferidas pelo STF⁴⁴² regularizam situações realizadas com efeitos para toda a sociedade.

Considerando a ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional no texto constitucional, há que se fiscalizar as decisões judiciais proferidas para que a redução do “poder” da legislação cause danos à democracia⁴⁴³, não sendo possível que, um poder incompetente formalmente para criar leis, faz valer a sua percepção do que seria uma vontade geral *ad hoc*, construída a partir de critérios institucionais, deixando de lado muitas vezes a intenção do legislador de decidir determinadas questões em tempos adequados para tanto. Tanto para a compreensão da vontade geral quanto para a interpretação das leis ou até mesmo das súmulas, há a necessidade de que haja uma reconstrução do caso em exame, em uma cadeia interpretativa que estabelece uma vinculação, para que seja, assim, possível compreender se a dispositivo jurídico em questão é ou não aplicável, não podendo os sentidos serem atribuídos às coisas de forma aleatória, no que Streck denomina um grau zero de sentido⁴⁴⁴.

Dessa forma, em que pese a existência de um diálogo institucional que deve ser estabelecido entre os poderes, não pode o Judiciário tratar sobre o significado que deve ser atribuído ou não aos direitos existentes utilizando de questões dissociadas de sua competência de jurisdição constitucional, em um exercício de complementação e não de superposição entre os poderes:

Assim, o Judiciário, por suas atribuições típicas e por seu isolamento político, põe-se em vantagem para identificar situações nas quais os objetivos fixados pelo legislador restrinjam indevidamente direitos individuais (questões de princípios), sem que isso acarrete uma maior competência para resolver o desacordo sobre o significado dos direitos.⁴⁴⁵

⁴⁴² Dentre as decisões proferidas, podem ser mencionadas a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, que tratou da constitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que trataram do reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo. Sem adentrar ao mérito das questões, o que se observa é a incompetência do STF para decidir a respeito de tais casos, que são matéria de competência do Poder Legislativo. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

⁴⁴³ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar A “Letra Da Lei” É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. p. 163

⁴⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 102/103.

⁴⁴⁵ SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza e VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogos institucionais e ativismo. Curitiba: Juruá. 2010. p. 99.

Há que se observar, ainda, a presença da função da jurisdição constitucional, que consiste justamente no mecanismo que possibilita o estabelecimento da instrumentalização dos direitos constitucionais e a aferição da (in)conformidade das leis à Constituição⁴⁴⁶, acaba por muitas vezes demonstrar o papel exercido pelo judiciário de antecipação ou correção do Legislativo a fim de que se realize supostamente o que seria entendido como bem comum, materializando questões sociais existentes⁴⁴⁷. Aqui, mais uma vez, há uma nítida atuação do judiciário no sentido de decidir politicamente o que deve estar contido ou não ao ordenamento jurídico, independentemente dos procedimentos adotados para aprovação e promulgação de leis, pelos meios adequados.

Assim, da mesma forma que Canotilho expõe a respeito do constitucionalismo português, a posição adotada pelo juiz no Brasil não pode ser relacionada ao desenvolvimento de atividades de direção política⁴⁴⁸, sendo necessário que as práticas por ele adotadas sejam dotadas de responsabilidade política sem que, entretanto, sejam decisões políticas. O que ocorre é que, juntamente com o controle de constitucionalidade realizado pelo STF, foram provocados mecanismos processuais de repercussão judicial ampla, gerando, consequentemente, decisões polêmicas que desencadearam nas críticas decorrentes tanto do ativismo judicial quanto da judicialização da política⁴⁴⁹, mencionadas anteriormente.

Ocorre que, de certa forma, o judiciário, dizendo-se portador da vontade geral, se entende competente para alterar até os próprios desígnios constitucionalmente construídos por um povo, reconstruindo o sistema a partir de práticas decisionistas, chamando, para isso, o respaldo popular a partir do discurso das decisões democraticamente construídas, porém, não cabe ao Judiciário reconstruir ou corrigir a vontade geral existente.

⁴⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 112/113.

⁴⁴⁷ OLIVEIRA, Marecelo Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 169.

⁴⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7^a ed. 9^a reimp. Coimbra: Edições Almedina. p. 658.

⁴⁴⁹ BORGES, Ivan Cláudio Pereira. O modelo metodológico-jurídico do jurisprudencialismo de António Castanheira Neves como proposta de superação de funcionalismos: o exemplo do neoconstitucionalismo. In: MONTEIRO, António Pinto; AMARAL, Francisco; LINHARES, J. M. Aroso; MARCOS, Rui de Figueiredo. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. p. 76.

Aqui está o cerne do problema, não se pode corrigir a vontade geral a partir de percepções institucionais sob o álibi de que o clamor popular ou social se movimenta em um ou outro sentido. Assim sendo, teríamos que o majoritarismo acabaria por sustentar decisões (isso caso ele pudesse ser definido pelas instâncias judiciais) permitindo a violação das estruturas constitucionalmente determinadas, dos seus valores e princípios, tudo em nome de uma vontade popular subtraída do Legislativo. É justamente este o desequilíbrio entre freios e contrapesos. Para o exercício da jurisdição constitucional, que não é só possível como necessária, há a necessidade de prevalência da Constituição contra as maiorias eventuais⁴⁵⁰, de forma que, caso não haja tal compromisso, a partir de decisões sem um norte de sentido adequado e baseadas em fundamentos pessoais, há um sério risco de se recair em violações à democracia e à tripartição de poderes.

Os mecanismos da jurisdição constitucional, para serem utilizados, devem levar em conta o texto constitucional e o papel do judiciário de guardião da Constituição, o que, por outro lado, não pode se confundir com a ideia de que cabe ao judiciário decidir quais normas estão ou não legítimas para figurar no ordenamento jurídico por questões pessoais. Daí o contramajoritarismo nos defender de maiorias eventuais que ferem os princípios sobre os quais fundam-se o projeto civilizatório constitucionalmente desenhado, levando em conta a Constituição não como um documento que tenha sentido em si mesmo, mas sim como um modo-de-ser⁴⁵¹, levando em conta as condições históricas da comunidade dos intérpretes do texto constitucional.

É importante ressaltar que para que haja uma noção do que é democracia, não pode ser levada em contra uma ideia unicamente majoritária, sendo necessário levar em conta a participação, tolerância e liberdade, de forma que o Poder Judiciário pode atuar de forma independente dos interesses das maiorias preservando o sistema de freios e contrapesos em face do crescimento político existente, e, ainda, dos demais poderes existentes no Estado⁴⁵².

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. Revista Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. p. 271.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 83.

⁴⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 107.

Dessa forma, para que haja a jurisdição constitucional, mencionada anteriormente, deve ser mantida a prevalência da Constituição como norte de sentido contra as eventuais maiorias, sem que, para tanto, haja abertura para a prática de ativismos ou decisionismos na prática do judiciário, sendo tal prevalência necessária para que se garanta que não haja o enfraquecimento estrutural do Estado Social⁴⁵³, que, segundo Streck, sequer se concretizou no Brasil, visto que se apresentou como um simulacro a partir do qual se evidenciou uma maior desigualdade social em decorrência da função intervencionista estatal⁴⁵⁴.

Quando nos referimos ao modelo de Constituição escrita, democraticamente construída e adotada no Brasil, temos que levar em conta o fato de que sua legitimidade decorre tanto do conteúdo de seu texto quanto do fato de emanar da vontade do povo, não sendo mais existente uma forma de legitimação baseada na vontade divina ou na tradição, mas sim na existência de um consenso entre os cidadãos que pode se dar tanto pelos representantes do povo quanto pelo referendo⁴⁵⁵.

A Constituição de 1988, resultante do mais amplo e democrático pacto estabelecido entre os diversos setores da sociedade, buscou assegurar direitos aos indivíduos em sociedade com uma fragmentação do exercício de poder⁴⁵⁶. Assim o texto constitucional não deve ser como um compilado de verdades ou de decisões acertadas, mas sim como um conjunto normativo de escolhas promovidas e conservadas que está hierarquicamente em posição superior, ocupando posição central no ordenamento jurídico e se apresentando como um projeto existencial, responsável por estabelecer as regras que darão sentido à existência dos indivíduos⁴⁵⁷, e, consequentemente, às normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico.

Para que decisões sejam proferidas, portanto, além de que haja a observância ao texto constitucional e aos limites de legitimidade existentes, deve ser observada a

⁴⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 431.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 62.

⁴⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 112.

⁴⁵⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 24.

⁴⁵⁷ CLÉVE, Clemerson Mérlin. *O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio de Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 386.

necessária responsabilidade política para a prática de atos pelo judiciário. Dessa forma, as decisões proferidas devem observar as normas existentes a partir de uma adequação à Constituição e às bases do Estado Democrático de Direito⁴⁵⁸, não sendo suficiente uma simples subsunção, que pode levar a decisões muitas vezes equivocadas, tendo em vista o afastamento do mundo concreto e das peculiaridades de cada caso, necessárias para a compreensão e tomada de decisões. O afastamento do mundo concreto para a prática de atos pelo judiciário remete à mesma questão levantada no capítulo 1.1 acerca da separação entre mundo ideal (dever ser), e mundo concreto (ser) em Kelsen.

Tem-se, dessa forma, que mesmo considerando a existência de uma responsabilidade política do Poder Judiciário, há que se ressaltar a necessidade de que tal questão não se confunda com a prática de fazer política a partir da utilização de decisões judiciais, de forma que, quando são proferidas decisões por políticas, o Judiciário acaba por elaborar decisões baseadas em argumentos que demonstram uma avaliação que leva a resultados supostamente mais benéficos para o bem-estar social, sem que se leve em conta o reconhecimento de um direito preexistente, de uma Constituição válida, devendo ambos serem considerados como sentido para o exercício das atividades praticadas pelos poderes, sendo suas funções vinculadas às normas jurídicas vigentes e aos princípios norteadores do direito.

A partir das práticas solipsistas adotadas pelo Poder Judiciário, inclusive a partir da utilização dos mecanismos de controle de constitucionalidade como álibi para a manutenção dessa prática afastada do norte constitucional, pode ser notado é um judiciário em expansão que, embora esteja limitado pela Constituição, acaba por atribuir o sentido à esta, dizendo o que a Constituição de fato deve ser. Assim, os guardiões da Constituição apresentam risco ao próprio texto constitucional, em um processo a partir do qual a Constituição estabelece os limites do judiciário, mas o judiciário, por sua vez, diz o que é a Constituição, sendo responsável, portanto, por estabelecer o seu próprio limite.

Tal situação remete ao capítulo I deste trabalho quando se faz referência às práticas adotadas no positivismo exegético, momento em que o juiz era o responsável por dizer o que a lei é, de forma que, ao estabelecer seus próprios limites e decidir o que deve ou não constar no ordenamento jurídico como lei, a Constituição acaba por

⁴⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 320.

se tornar o que o judiciário diz que ela deve ser. Tal situação leva, inevitavelmente, a uma fragilização do direito, sendo necessário, por outro lado, que haja uma preocupação da teoria do direito para com a forma de exercício interpretativo, que deve se dar afastada da consciência, e compromissado com a lei vigente, ressaltando que, cumprir a letra da lei não pode ser considerada uma atitude positivista⁴⁵⁹, mas sim é o que deve se esperar em um Estado Democrático de Direito, que está diretamente ligado à realização dos direitos fundamentais, devendo ser considerada, ainda, uma legislação vigente e um texto constitucional que deve ser utilizado como base para o processo interpretativo.

Há a necessidade, portanto, de que seja preservado o modelo normativo sobre o qual se funda o Estado Democrático de Direito brasileiro, sob pena de sucumbirmos à bondade dos bons e à justiça dos justos, e, para a indicação de quais são os limites do Poder Judiciário, a Hermenêutica jurídica vem para estabelecer, a partir de uma reconstrução histórica institucional do direito, quando uma questão a ser decidida se refere a uma pauta principiológica ou política⁴⁶⁰.

3. A COMPREENSÃO DOS ATORES E DAS DINÂMICAS DO PODER DE DIZER O DIREITO

Para o início do terceiro capítulo deste trabalho, serão abordadas questões referentes às formas de exercício do poder por meio do dizer o direito pelo judiciário e as relações estabelecidas especificamente entre o direito e poder, considerando que, embora se tratem de matérias distintas, se relacionam intimamente e estabelecem vínculos cuja compreensão se faz necessária para que se entenda as dinâmicas decisórias adotadas no Brasil atualmente, considerando que a decisão é a materialização do poder, principalmente quando nos referimos a decisões de cunho político, como ressalta Weber:

⁴⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. Supremo pode deixar de aplicar lei sem fazer jurisdição constitucional? Revista Consultor Jurídico. Coluna Observatório Constitucional de 25 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-out-25/observatorio-constitucional-stf-deixar-aplicar-lei-jurisdicao-constitucional> Acesso em 21 de janeiro de 2021.

⁴⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 196.

Quando se afirma que uma questão é “política”, quando um ministro do Gabinete ou uma autoridade é considerado como “político”, ou quando uma decisão é tida como “politicamente” determinada, o que se está querendo dizer, sempre, é que os interesses na distribuição, manutenção ou transferência do poder são decisivos para a resposta às questões e para se determinar a decisão ou a esfera de atividade da autoridade.⁴⁶¹

Assim, com a existência de leis, editadas e promulgadas por intermédio da atuação de um poder Legislativo constituído com tal finalidade, tem-se como função primária da lei a restrição, e não uma ampliação, sendo comprimidos os espaços de liberdade existentes a fim de que haja uma limitação às práticas humanas em sociedade, a fim de viabilizar o convívio entre os indivíduos⁴⁶². Para os conflitos existentes, há a necessidade de que, a partir de uma interpretação das normas relacionadas ao caso concreto, haja uma decisão acerca de qual o direito passível de aplicação, chegando a uma solução para as demandas sociais.

Quando nos referimos à palavra decisão, temos que levar em conta as considerações feitas por Tércio Sampaio Ferraz Júnior acerca da visão que deve ser adotada a seu respeito no sentido de considerá-la como sendo um procedimento muito mais complexo do que uma deliberação individual, visto que sempre se apresenta como um ato referente a outrem em diversos níveis, sendo a decisão, para tanto, um procedimento institucionalizado a partir do qual é dado fim aos conflitos jurídicos existentes, impedindo seu prosseguimento em sociedade⁴⁶³.

É necessário ressaltar que, em um Estado Democrático de Direito, para que uma decisão seja considerada legítima, há a necessidade de que, diferentemente da concepção de Kelsen a partir da qual o fundamento máximo do direito se apresenta como a norma fundamental, como foi trabalhado no capítulo 1, há a necessidade de que haja uma comunicação normativa mantendo a racionalidade do sistema jurídico. Para tanto, os métodos interpretativos se apresentam com a finalidade principal de apresentar uma garantia contra a arbitrariedade, de forma que, a partir deles que é possibilitada uma articulação das crenças que configuram uma ideologia específica para o direito⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5^a ed. LTC Editora. p. 98.

⁴⁶² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4^a reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 29.

⁴⁶³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 312/314.

⁴⁶⁴ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 90/91.

Para a compreensão das dinâmicas utilizadas no exercício do poder de dizer o direito, há a necessidade de que sejam feitas algumas observações sobre em que consiste o poder. Pode-se entender o poder a partir de uma um modelo que tem como objetivo promover a dominação, a partir da qual há uma manifestação intersubjetiva em que há uma determinação ou o exercício de influência de comportamento dos outros aos próprios objetivos⁴⁶⁵, se apresentando, consequentemente, uma forma de exclusão, o que torna necessário o estabelecimento de limites ao seu exercício. Tem-se, dessa forma, que o controlar é poder, e o ser controlado é submeter-se ao poder.

Boaventura de Souza Santos propõe, para a compreensão das formas mais representativas de exercício de poder existentes, que se entenda o capitalismo como configuração política constituída por quatro modos de reprodução de poder, que geram, consequentemente, quatro formas básicas de poder, que são o patriarcado, a exploração, a dominação e a troca desigual, decorrentes, por sua vez, dos espaços doméstico, de produção, da cidadania e mundial, respectivamente⁴⁶⁶, sendo relevante, para o objeto da nossa pesquisa, o espaço da cidadania, que aborda especificamente as relações estabelecidas entre os cidadãos e o Estado.

Uma das grandes questões é que no constitucionalismo contemporâneo, e em grande parte dos neoconstitucionalismos, amplia-se drasticamente o conceito de valores sociais como liberdade, diversidade, tolerância e inclusão, abrindo o leque de dinâmicas passíveis de poder, tornando seu exercício mais complexo e extremamente sofisticado, e é daqui vem a fratura que abre espaços que permitem o redesenho da soberania, com novos papéis, novas dinâmicas e novos atores. Adaptar-se a isso é mais que darwiniano, é maquiavélico, não é apenas uma evolução, mas sim uma estratégia evolutiva com fins nem sempre confessáveis, e quase nunca declarados.

O problema passível de identificação em relação ao poder no capitalismo, se refere à existência de uma sociedade complexa, a partir da qual se observa uma fragmentação das classes sociais que passam a apresentar diversas propostas para a realização de seus interesses, sendo necessário que o direito absorva, mesmo que parcialmente, os projetos econômicos, políticos e sociais existentes dando novas respostas a partir de novas perspectivas, sendo justamente dessa abertura de papéis

⁴⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 3. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 502.

⁴⁶⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pelas mãos de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. p. 158.

que o espaço decisionista se alimenta. Há, ainda, uma reorganização dos poderes, vide capítulo 1.3, a partir da qual passa o decisionismo a ser enaltecido, sendo as decisões jurídicas por muitas vezes baseadas em critérios não jurídicos.

Assim, considerando as relações de poder exercidas em sociedade, inclusive quando das práticas de atos pelo Poder Judiciário, faz-se necessário ressaltar a necessidade de que não seja deixada de lado a adequação ao texto constitucional, sendo imprescindível que, para o exercício das funções do judiciário, haja a preservação do norte de sentido que embasa todo o ordenamento jurídico. A adequação do papel exercido pelo judiciário à Constituição não enfraquece o juiz nem retira poder do judiciário, pelo contrário, enfraquece o decisionismo, o que, por sua vez, estrategicamente no jogo de poderes é um problema, sendo possível considerar a aposta no decisionismo como uma carta privilegiada, como menciona Streck sobre a história da *katchanga*⁴⁶⁷, sendo necessário levar em conta a existência de fatores que influenciam na decisão a ser proferida que vão além das análises estritamente relacionadas ao fenômeno jurídico, retratando o papel da dogmática jurídica.

Não pode o judiciário, que se aproveita do perfil decisionista individual, e o eleva a um perfil institucional, se valer da arbitrariedade como forma de exercer o poder fazendo prevalecer sua vontade, o que não é válido em um Estado Democrático de Direito, sendo que, nessa hipótese, o decisionismo, que antes era um fenômeno, passa a ser uma política interna adotada muitas vezes com a utilização de fins dissociados do norte constitucional.

A legitimidade da qual se aproxima intimida e assusta por ter em sua dinâmica a redução de possibilidades, a necessidade da *accountability*, a prestação de contas de uma fundamentação detalhada para decisões⁴⁶⁸, resultando o abrir mão do decisionismo em abrir mão do poder, e, se não abrir mão, compartilhá-lo. Assim, a disputa que se estabelece, se mal compreendida, resulta no recorrente regresso ao antigo como ponto de segurança, e, ao contrário do que se alega ou do que se pode imaginar, a *accountability* não debilita o poder, pelo contrário, fortalece-o na medida

⁴⁶⁷ Trata-se de uma história inicialmente contada por Warat contou a estória como forma de crítica à dogmática jurídica, que seria equiparada a um jogo de cartas marcadas a partir do qual após ser possível compreender as regras do jogo, a própria dogmática jurídica acabaria por decidir a questão ao seu modo. In: STRECK, Lenio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum de 28 de junho de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil> Acesso em: 01 de fevereiro de 2021.

⁴⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 401.

em que lhe confere legitimidade. Prestar contas fragiliza, e tem como o seu real objetivo fragilizar o poder exercido de maneira arbitrária.

3.1 Direito e poder

Considerando, portanto, que por muitas vezes os atos praticados pelo judiciário se dão sem a necessária observância ao texto constitucional, a partir da utilização de questões políticas, institucionais e até mesmo estratégicas, como se verá neste tópico, cabe, inicialmente, trabalhar algumas das concepções de poder e qual a relação estabelecida entre o direito e o poder, para que se possa entender a forma através da qual o judiciário exerce o poder em suas práticas, principalmente nas decisões proferidas, e quais as limitações para tanto, considerando as faculdades e limitações existentes.

Primeiramente, para tratar da relação estabelecida entre direito e poder, primeiramente, há que ser apresentado um conceito para a palavra poder, possibilitando, assim, delimitar certamente qual a relação estabelecida com o direito e qual a sua relevância no campo jurídico, de forma que, dentre todas as instâncias de exercício de poder, pode-se considerar como *locus* privilegiado de construção de instâncias do exercício efetivo do poder. Isso porque a obediência ao direito é premissa da constituição do Estado Moderno, e não se questiona o jurídico enquanto instância legítima de construção da interdição e de solução dos conflitos resultantes das violações normativas, mas sim questiona-se a legitimidade da forma de construção/aplicação do direito.

Dessa forma, partiremos de Thomas Hobbes para que seja dado início a um entendimento das formas de compreensão da palavra poder, sendo considerado como sendo o poder de um homem, para Hobbes, a disposição de meios que possibilitam obter algum bem futuro, sendo o poder natural decorrente das faculdades corporais e espirituais, e os poderes instrumentais adquiridos por intermédio dos naturais ou pelo acaso. Ressalta, ainda, que o poder exercido por diversos homens em conjunto, em uma só pessoa, representa o maior dos poderes humanos, sendo

citado como exemplo o Estado⁴⁶⁹.

A ciência política, nessa linha de pensamento, teria o contrato social como sendo a base do Estado e do poder, de forma que os homens abrem mão do direito de autogoverno existente no estado de natureza, para confiar ao soberano o poder de condução das situações da vida em sociedade a fim de viabilizar o convívio social, sendo necessário lembrar que, no estado de natureza, por muitas vezes há uma sobreposição da força à razão. Tem-se, portanto, que há a necessidade de um poder para conter os apetites e paixões dos homens, sendo que, caso contrário, sempre haverá uma guerra de uns para com os outros⁴⁷⁰.

Segundo Streck, Thomas Hobbes pode ser considerado o fundador do positivismo jurídico moderno, uma vez que em seu pensamento aparece mais nitidamente a relação estabelecida entre o Estado e o Direito, bem como a ruptura com a metafísica clássica e sua representação⁴⁷¹. Em seu pensamento, para que houvesse a consolidação do Estado Absolutista se fazia necessária a existência de um direito que atuasse imperativamente a fim de garantia a segurança, apontando para a base do positivismo jurídico com uma concepção monista do direito.

Em Maquiavel, por outro lado, há a consideração de que o poder vem do povo, e a política decorre da vontade do homem, sendo que é o a luta por conquista do poder é o fator responsável pela movimentação política, chegando, inclusive, a concluir que é necessário ao príncipe, detentor do poder, ter a proximidade do povo, como se fossem amigos, sendo que, caso contrário, não teria qualquer possibilidade na adversidade⁴⁷². Segundo ressalta Castanheira Neves, um poder absoluto e ilimitado só pode ser cogitado posteriormente ao pensamento de Maquiavel acerca da autonomização do poder político na práxis, o projetando como uma técnica e

⁴⁶⁹ HOBBES, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. p. 45. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf Acesso em: 02 de fevereiro de 2021.

⁴⁷⁰ HOBBES, Th. *Elementos de Filosofia - Primeira Seção - Sobre o Corpo. Parte I - Computação ou Lógica*. 57 Tradução e apresentação de José Oscar de A. Marques. Campinas: IFCH/Unicamp, 2005. p. 57. Disponível em: https://www.unicamp.br/~jmarques/trad/HOBES-Sobre_o_Corpo-Parte_I-Logica.pdf Acesso em 07 de janeiro de 2021.

⁴⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. O direito como um conceito interpretativo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 500-513, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/viewFile/2138/1736>.

⁴⁷² MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Maurício Santana Dias. Penguin Companhia das Letras. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4377771/mod_resource/content/1/O-PRÍNCIPE-NICOLAU-MAQIAVEL.pdf Acesso em: 05 de fevereiro de 2021.

permitindo, a partir daí, que ele fosse considerado como uma alternativa intencional.⁴⁷³

Paulo Bonavides, por sua vez, entende o poder como sendo essencial para a constituição do Estado, representando a energia responsável por animar a existência de uma comunidade humana em um local, sendo que, a partir dele, há um entrelaçamento que envolve a força e a competência, sendo que, a partir do Estado Moderno, houve uma espécie de despersonalização do poder, visto que é deixada de lado a ideia de que o poder vem de uma pessoa, para que passe a ser atribuído a um poder de instituições⁴⁷⁴, de forma que a proposta de um ente abstrato e despersonalizado tinha como objetivo afastar as ameaças do princípio na construção de suas decisões.

Já em Weber, temos o conceito de poder como sendo a possibilidade de que alguém, de forma individual ou coletiva, faça prevalecer sua vontade em uma ação comunitária, até mesmo contra a resistência de demais que venham a participar de tal ação⁴⁷⁵. Neste contexto, a partir de sua percepção, a democracia é considerada como sendo uma forma de minimizar o poder existente, sendo uma espécie de freio para o exercício do autoritarismo⁴⁷⁶, e a partir do poder há a possibilidade de que se chegue a uma obediência à imposição de uma ordem, o que pode se dar por motivos distintos, como por interesses, costumes, por uma tendência afetiva ou por razões jurídicas, que ocorre nas relações estabelecidas entre governantes e governados⁴⁷⁷.

A partir desses conceitos apresentados, é importante observar a relação estabelecida entre o direito e poder, e mais especificamente com relação ao poder exercido pelo Judiciário, sempre associado ao ideal de justiça e à ideia de soberania, o que acaba por evidenciar seu caráter político⁴⁷⁸, sendo justamente este o ponto de preocupação existente: qual a forma da prática de atos pelo judiciário para interpretação constitucional, considerando o conteúdo político existente e a inobservância dos métodos interpretativos a partir da utilização de sua autoridade

⁴⁷³ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 1. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 300.

⁴⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 133.

⁴⁷⁵ WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5^a ed. LTC Editora. p. 211.

⁴⁷⁶ WEBER, Max. Ciência e política: duas vocações. Coleção Obra-Prima de Cada Autor. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Matin Claret., 2004. p. 18.

⁴⁷⁷ WEBER, Max. Três Tipos Puros de Poder Legítimo. In: Max WEBER, Três tipos de poder e outros escritos, Tribuna da História, Lisboa, 2005. Tradutor: Artur Morão. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/weber_3_tipos_poder_morao

⁴⁷⁸ REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Democratização do Poder Judiciário no Brasil. São Paulo: Editora Contarcorrente. 2018. p. 58/59.

institucional⁴⁷⁹.

Considerando o direito como responsável por tratar da construção, reprodução e imposição de poder, acaba-se, por muitas vezes, sendo observada uma espécie de mixagem a partir da qual há uma busca pela essência da lei e ao mesmo tempo uma busca pela vontade do legislador, sendo que, no momento em que as duas buscam não apresentam resultado, há o enaltecimento da “vontade do intérprete”, deixando de lado o texto legal existente e a própria Constituição, levando a posturas decisionistas e arbitrárias, a partir da qual cada jurista acaba por realizar interpretações da forma mais conveniente, não só individualmente falando, mas com relação ao judiciário em uma perspectiva institucional⁴⁸⁰.

Após o advento da Constituição de 1988, evidenciou-se no Brasil o papel estratégico adotado pelo judiciário, transparecido por muitas vezes em decisões ativistas, o que demonstra a recusa dos tribunais de se manterem restritos às funções constitucionais estabelecidas para o Judiciário⁴⁸¹, sendo importante mencionar que as decisões serão sempre permeada por questões pessoais e ideológicas, visto que compõem o modo de ser, pensar e agir dos indivíduos, o que não pode acarretar, por outro lado, a ausência de fundamentação e utilização exclusiva de tais questões no ato de decidir.

Dentre as práticas de exercício de poder, pode-se citar as decisões tomadas pelo judiciário, que está imerso em questões ideológicas institucionalmente guiadas, sendo essas essenciais no processo de interpretação, de forma que nota-se que não há somente uma relação política ligada a governantes, mas também com relação ao judiciário, que não é neutro, visto que inexistem indivíduos neutros, sendo impossibilitado que o magistrado se desvincilhe de suas concepções e ideologias quando do ato de decidir⁴⁸². A contundência do dizer do direito pelo judiciário, está marcada principalmente pelo fato de caber a este a última palavra sobre as contendas e controversas ligadas ao poder e aos poderes, conforme se observará a seguir.

O próprio fato de que no novo constitucionalismo latino-americano é possível de

⁴⁷⁹ ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. Poder Judiciário e Política: o dilema do constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 148/149.

⁴⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar A “Letra Da Lei” É Uma Atitude Positivista? Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.

⁴⁸¹ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM v. 11, n. 2/2016. Disponível em: www.ufsm.br/revistadireito Acesso em 03 de fevereiro de 2021.

⁴⁸² REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Democratização do Poder Judiciário no Brasil. São Paulo: Editora Contarcorrente. 2018. p. 77/78.

se observar a transferência de decisões referentes a políticas públicas e a existência de elementos judiciais em tomadas de decisões na arena política, leva à conclusão de que há, de fato, exercício de poder de diversas formas pelo judiciário e um crescimento de seu papel no sistema de decisões políticas⁴⁸³, sendo importante ressaltar que muitos dos atos praticados envolvem a utilização de argumentos e fundamentações baseadas na interpretação realizada pelos julgadores, o que envolve, por muitas vezes, a criação pelo judiciário.

Pode-se ter uma perspectiva sobre a característica da atividade judicial consubstanciada no exercício de poder a partir de atos criacionistas a, com um trecho da mensagem enviada por Roosevelt ao Congresso Americano em 1908, sendo possível identificar que, àquela época, já se vislumbrava a posição do juiz como criador do direito, se apresentado como a voz final da autoridade, e, consequentemente, como símbolo de poder:

The chief lawmakers in our country may be, and often are the judges, because they are the final seat of authority. Every time they interpret contract, property, vested rights, due process of law, liberty, they necessarily enact into law parts of a system of social philosophy; and as such interpretation is fundamental, they give direction to all law-making. The decisions of the courts on economic and social questions depend upon their economic and social philosophy; and for the peaceful progress of our people during the twentieth century we shall owe most to those judges who hold to a twentieth century economic and social philosophy and not to a long outgrown philosophy, which was itself the product of primitive economic conditions.⁴⁸⁴

Com relação ao poder constante do ato de decidir, nas práticas do judiciário, há que se ressaltar que existem aspectos internos e externos, sendo os primeiros referentes aos instrumentos de controle e disciplina oferecidos pelo sistema normativo, que se dão de forma dogmática, e os segundos aqueles que levam em conta os instrumentos de controle e dominação fornecidos pela retórica jurídica, que

⁴⁸³ AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: o prisma sociológico-histórico. In: AVRITZER, Leonardo [et. al.]. O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 32/33.

⁴⁸⁴ Os principais criadores do direito em nosso país podem ser, e frequentemente são os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam contrato, propriedade, direitos adquiridos, devido processo legal, liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas de um sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas. Mensagem enviada pelo Presidente Theodore Roosevelt ao Congresso Americano em 08 de dezembro de 1908 (43 Cong. Rec, Part 1, pág 21). Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CRECB-1909-pt1-v43/pdf/GPO-CRECB-1909-pt1-v43-2.pdf> Acesso em: 07 de fevereiro de 2021.

se dão na forma argumentativa⁴⁸⁵.

Pode-se dizer, assim, que atualmente o poder exercido no campo do direito, principalmente nas decisões proferidas pelo Supremo, acaba indo além da função moderadora existente levando ao que Oscar Vilhena chama de supremocracia⁴⁸⁶, que é basicamente o exercício o poder ilimitado para decidir acerca de questões referentes a outros poderes, concentrando praticamente todas as funções, que deveriam ser atribuídas aos três poderes existentes, na mão de uma corte que acaba por realizar estrategicamente julgamentos de cunho moral, político, econômico, que na realidade, por muitas vezes, não lhe caberiam. Evidencia-se, a partir de tal atuação do Poder Judiciário, que justamente quando o sistema político é levado ao seu limite, há a abertura para uma busca maior pelo judiciário para solução das demandas, sendo, consequentemente, proferidas decisões com cunho ativista⁴⁸⁷.

Com relação a este aumento de funções que competem ao Judiciário, pode ser observada, no que se refere ao STF, que houve um alcance extremo do exercício do poder que lhe foi conferido pela Constituição, chegando inclusive a ultrapassar os limites existentes executando tarefas que muitas vezes não lhes foram atribuídas, adicionando individualidades nos julgamentos que acabam por comprometer a sua própria legitimidade, levando à uma crise interna em decorrência da ausência de capacidade na solução dos conflitos institucionais gerados em decorrência de tais perspectivas individuais⁴⁸⁸.

Tal postura, vista no contexto social em que estamos inseridos, acaba por gerar críticas com relação à forma a partir da qual a jurisdição constitucional vem sendo utilizada na prática, e, ainda, com relação à liberdade que é concedida ao juiz, chegando a produzir normas a partir de sua interpretação constitucional, inexistindo mecanismos de contenção dos excessos cometidos em decorrência do poder existente⁴⁸⁹.

A questão é que, mesmo que a interpretação judiciária tenha em si certo grau

⁴⁸⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 315/316.

⁴⁸⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.p. 162.

⁴⁸⁷ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM v. 11, n. 2/2016. Disponível em: www.ufsm.br/revistadireito Acesso em 03 de fevereiro de 2021.

⁴⁸⁸ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. O STF, seus bastidores e suas crises. 1^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 333/334.

⁴⁸⁹ ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. Poder Judiciário e Política: o dilema do constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 54

de criatividade, considerando que no processo interpretativo não há tão somente a subsunção do caso concreto à norma, e, ainda, levando em conta o exercício de poder pelos magistrados, deve-se discutir os limites, modos da criatividade judicial, que não pode se dar de forma indiscriminada e dissociada do direito vigente, de forma que, em que pese o fato de tanto o poder Legislativo quanto o judiciário exercerem processos criativos, há que se considerar a necessária diferença do grau de criação para as funções desempenhadas por ambos⁴⁹⁰.

Cabe, ainda, ressaltar que os próprios poderes Executivo e Legislativo acabam por interferir no processo de construção do poder judicial seja ele elevado ou não, considerando algumas responsabilidades que implicam diretamente na sua posição de poder exercida, como por exemplo, o Executivo, se apresenta responsável tanto por auxiliar na execução das decisões proferidas quanto por estabelecer uma agenda de casos do judiciário, e o Legislativo, por sua vez, pela aprovação orçamentária do judiciário e por elaborar emendas constitucionais que superam os precedentes judiciais, restando clara a responsabilidade das funções que levam diretamente a uma influencia sobre a posição de poder assumida pelo Judiciário⁴⁹¹.

Em que pese a existência de funções relevantes atribuídas ao judiciário, há que se mencionar o poder conferido a este representado através de símbolos que por muitas vezes demonstram uma espécie de burocracia existente para com este poder específico, o que leva, consequentemente, a uma visão de distinção dos próprios juízes com relação a si mesmos, como ressalta Zaffaroni:

El magistrado se va formando em uma burocracia que lo atavía com pequeños – hasta insignificantes – signos de poder y distinción, que no necesitan ser tan notórios como la toga y la peluca, pelo que lo van llevando a identificar su subjetividate com su función. Llega um momento em que todos lo tratan como *el juez* y acaba siendo *el juez*. Esto es lo peligroso subjetivamente, cuando la persona se mira al espejo y ya no ve a Rosa, María o José, sino a *su señoría*.⁴⁹²

⁴⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 24/26.

⁴⁹¹ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 89/98.

⁴⁹² O magistrado vai se formando em uma burocracia que lhe veste com pequenos.- até insignificantes – símbolos de poder e distinção, que não necessitam ser tão notórios como a toga ou a peruca, mas que vão levando a identificar sua subjetividate com sua função. Chega um momento em que todos o tratam de *o juiz* e acabam sendo *o juiz*. Esse é o perigoso subjetivamente, quando a pessoa se olha no espelho e não ve a Rosa, Maria ou José, mas sim a *sua señoría*. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prefácio. In: REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Democratização do Poder Judiciário no Brasil. São Paulo: Editora Contarcorrente. 2018. p. 31.

Assim, ao contrário do século XIX, em que havia a prevalência do Legislativo, a partir da ideia de emancipação política através da lei, e do século XX, onde se percebia a prevalência do Executivo, a partir da atuação concreta do poder estatal na vida dos indivíduos, o século XXI pode ser caracterizado como sendo de prevalência do Poder Judiciário, sendo o grande protagonista atualmente, de forma que, além dos símbolos que deturpam a visão de harmonia e equilíbrio entre poderes que deveria ser preservada, há uma visão que leva a crer no judiciário como sento responsável por ser o último reduto político-moral da sociedade⁴⁹³, sendo as questões com relevância política ou moral levadas a tal poder.

Importante lembrar que para a construção do Poder Judiciário fez-se necessária a ideia de neutralidade, como se não estabelecesse relações com o campo político, em uma perspectiva que encarava o direito como técnica, sendo extraído das leis o substrato de legitimidade das decisões referentes às soluções de conflitos, de forma que, a partir de tal ideia, se buscava colocar fim às possíveis disputas existentes, e, ainda, consolidar um novo modelo de dominação baseado no deslocamento do centro de poder⁴⁹⁴. Conclui-se, a partir dessa perspectiva, que mesmo na pretensa neutralidade há uma demonstração de que, na realidade, essa não é identificada no Poder Judiciário, sendo o próprio ideal de distanciamento para com a política suficiente para demonstrar que há a adoção de uma posição de acordo com os interesses que prevalecem.

Ao fazer uma referência à ideia de neutralidade, não se pretende que os juízes sejam totalmente mecanizado, visto que possuem ideologias, opiniões, e concepções pessoais formadas em decorrência de seus valores, entretanto, para que preservassem a pretendida neutralidade mencionada, não deveriam julgar conforme essas questões pessoais, sendo o referencial de integração do ordenamento jurídico a Constituição, que vem justamente como parâmetro a ser seguido em razão dos acordos sociais fundamentais previstos⁴⁹⁵.

Quanto à ausência de neutralidade, merecem destaque as notícias referentes à realização de campanhas pelos ministros do STF para que parentes ocupassem

⁴⁹³ REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Democratização do Poder Judiciário no Brasil. São Paulo: Editora Contarcorrente. 2018. p. 39/40.

⁴⁹⁴ ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. Poder Judiciário e Política: o dilema do constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 143/144.

⁴⁹⁵ REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Democratização do Poder Judiciário no Brasil. São Paulo: Editora Contarcorrente. 2018. p. 72.

cargos relevantes no judiciário⁴⁹⁶, como por exemplo a filha do Ministro Marco Aurélio de Mello e também a filha do Ministro Luiz Fux, que mesmo com poucos anos de advocacia, estavam em campanha para assumirem cargos de desembargadoras referente ao quinto constitucional, demonstrando a utilização do poder e da influencia do cargo que ocupam com o fim de gerar benefícios a parentes, obtendo, assim, ganhos pessoais⁴⁹⁷.

O judiciário, portanto, não pode ser considerado como sendo pertencente a um patamar distinto dos demais poderes, inexistindo uma relação de submissão, sendo incontestável, por outro lado, que se trata de um órgão político, considerando tanto a sua integração no aparato estatal, que é produto de relações políticas, e, ainda, que realiza a aplicação do direito, função essa essencialmente política⁴⁹⁸, o que, por sua vez, gera questões relevantes com relação aos limites de sua atuação política e da legitimidade nos atos praticados.

Assim, a (re)forma das instituições judiciais deve se dar de acordo com atores políticos que exercem papéis importantes no direito, como os legisladores, o chefe do Executivo e com a consideração da própria opinião pública, de forma que deixa o judiciário de atuar em posição totalmente contrária da adotada pela sociedade, o que demanda uma atuação estratégica. Para tanto, há o chamado neoinstitucionalismo⁴⁹⁹, que pode ser concebido como a forma de atuação estratégica adotada pelos juízes, considerando a necessidade de análise de perspectivas de outros atores importantes para o jogo político, e, ainda, do cenário institucional em questão.

Tal postura pode levar, de forma quase inexorável, a um distanciamento entre a fundamentação das decisões, e uma fundamentação de fato adequada, que observe o norte constitucional que deve ser observado, não sendo suficiente que o judiciário apenas fundamente de forma a atingir objetivos específicos, a partir da utilização de critérios estratégicos e convenientes em um aspecto institucional. Tal questão

⁴⁹⁶ Matéria Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/118791-filhas-da-corte.shtml> e em:

<https://m.folha.uol.com.br/poder/2013/07/1310810-filhas-de-ministros-do-stf-disputam-altos-cargos-no-judiciario-mesmo-sem-experiencia.shtml>

Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

⁴⁹⁷ ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. Poder Judiciário e Política: o dilema do constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. p. 136/137.

⁴⁹⁸ REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Democratização do Poder Judiciário no Brasil. São Paulo: Editora Contarcorrente. 2018. p. 61/62.

⁴⁹⁹ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 24.

demonstra que, por muitas vezes, acaba o judiciário por buscar uma fundamentação adequada para a decisão estrategicamente adotada, o que não se apresenta adequado em um Estado Democrático de Direito com uma Constituição vigente.

O problema consiste na adjudicação da vontade geral e das pretensões sociais por um poder que não tem legitimidade para tanto, e nem mesmo condições estruturais de reconstruir/reconduzir suas decisões ao respaldo da vontade geral alegada, sendo a competência para a elaboração de normas de acordo com a vontade geral existente pertencente ao Legislativo.

Tem-se, portanto, que a partir de uma nova perspectiva interpretativa, criticada anteriormente, as instituições acabam por buscar apresentar como sendo rotineiras questões políticas, sendo, em decorrência dessa política institucional, possível observar de que forma essas perspectivas institucionais identificadas, politicamente, podem vir a formar as atitudes judiciais identificadas⁵⁰⁰, resultando a prática de adjudicação de atribuições dos demais poderes em mais ativismo e decisionismo, não baseado única e exclusivamente na vontade do julgador considerado individualmente, mas sim nas conveniências institucionais e estratégicas existentes.

Tal forma de atuação pode ser relacionada com a pretensão de um novo papel desempenhado pelos tribunais com relação às questões políticas, sendo limitada a atuação legislativa do parlamento, regulando atividades políticas do Executivo e constituindo novos padrões a serem adotados pelo governo, órgãos públicos, parlamento, partidos políticos e ainda para os grupos de interesse, evidenciando o impacto gerado⁵⁰¹.

É justamente nesse ponto que reside a principal crítica ao neoinstitucionalismo, visto que, o exercício de poder, sob tal perspectiva, se apresenta de forma clara e inadequada à ideia de tripartição de poderes e de equilíbrio entre estes, sendo que, a fim de atingir os objetivos estratégicos e institucionais existentes, por muitas vezes questões constitucionais são deixadas de lado a fim de que sejam observadas perspectivas mais viáveis para a execução do jogo político em andamento.

Nesse sentido, com a judicialização da política, acaba por ser gerada uma subversão de papéis com a consequente politização da justiça, rompendo, assim, com

⁵⁰⁰ GILLMAN, Howard. CLAYTON, Cornell. Supreme Court Decision Making: new institutional approaches. Chicago: The university of Chicago press. 1999. p. 9.

⁵⁰¹ LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na política e a política no STF. IDP – linha de pesquisa acadêmica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 44.

a pretensa neutralidade do judiciário de maneira quase explícita, acabando por se tornar o judiciário, alternadamente aliado/opositor do Executivo. Não se trata mais do protagonismos do sujeito juiz, filósofo de sua consciência, mas sim do protagonismo do Poder Judiciário, em ascensão e com pretensões hegemônicas.

As práticas do Judiciário baseadas no neoinstitucionalismo partem tanto de questões institucionais quanto pessoais, sendo a primeira decorrente de uma vontade de manutenção de sua legitimidade, considerando que é essa que sustenta o referido poder, e, a segunda, levando em consideração o pensamento adotado pela maioria de seus pares, visto que, por muitas vezes, juízes deixam de decidir de acordo com o que consideram melhor para demonstrar alinhamento com o pensamento adotado por outros juízes⁵⁰².

Tem-se, portanto, que o Estado é o responsável por prestar contas, tanto com relação ao conteúdo quanto formal, acerca da natureza das políticas governamentais adotadas, não se submetendo exclusivamente aos interesses identificados em sociedade, tendo como foco principal a ação baseada em uma busca pela reprodução do controle que incide sobre a sociedade, o que acaba por reforçar o poder e a autoridade existentes, possibilitando um poder maior sobre a sociedade⁵⁰³. Tal situação demonstra a existência de incidência de poder e da busca por sua manutenção, e, inclusive, por seu aumento, evidenciando a dominação exercida em face da sociedade e de seu povo.

Nesse sentido, o povo enquanto população se apresenta como destinatário das prescrições e atos praticados pelos poderes, de forma que, o povo elege seus representantes, o que resulta nos textos das normas, que são, consequentemente, implementados pelo Estado, detentor deste poder, sendo, tanto o Executivo quanto o Judiciário, constituídos com a finalidade de executar o direito, comprometidos com a democracia assim como o Legislativo⁵⁰⁴.

O fato de o Poder Judiciário ter funções previstas constitucionalmente a partir das quais são conferidos poderes de fiscalização e revisão de normas já existentes, não confere a possibilidade de que práticas de usurpação de poder sejam adotadas,

⁵⁰² RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 25.

⁵⁰³ ROCHA, Carlos Vasconcelos. Neoinstitucionalismo como modelo de análise para as Políticas Públicas: algumas observações. Revista Civitas: Porto Alegre, v. 5. n. 1. jan.-jun. 2005 p. 11-28.

⁵⁰⁴ MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 6^a ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 55.

devendo ser preservada a tripartição de poderes, existindo uma linearidade entre eles, sem que se forme uma disputa com fins políticos. O que ocorre é que, a partir do momento em que se observa uma abertura maior para a atividade judicial, há, consequentemente, maior espaço para a discricionariedade judicial, sendo essa uma das grandes causas para o ativismo e para a acentuação da criatividade nos atos decisórios⁵⁰⁵, incompatível com um Estado Democrático de Direito.

Assim, em que pese a limitação das atribuições dos três poderes, e, ainda, os limites existentes para os atos praticados mesmo que de competência adequada, muitas vezes são passíveis de ser observadas, principalmente no exercício do controle de constitucionalidade pelo judiciário, a judicialização de questões relevantes em aspectos políticos ou econômicos, ou ainda, a utilização de decisões baseadas em escolhas específicas levando em conta um modo proativo de interpretação constitucional em uma expansão de seu sentido e alcance, o que caracteriza o ativismo judicial⁵⁰⁶.

De qualquer forma, mesmo considerando um sistema de separação de poderes que deveria se apresentar de forma equilibrada, o fato é que, na realidade, há uma série de conflitos existentes entre as próprias instituições, que, muitas vezes por questões políticas, acabam por levar a uma tensão estabelecida entre Executivo, Legislativo e Judiciário. A Constituição, nesse sentido, vem justamente para mediar tais situações, estabelecendo limites e garantias. Nesses termos, ressalta Oscar Vilhena Vieira:

Não há nada mais comum à vida de uma democracia constitucional do que o conflito entre atores políticos e institucionais e entre os diversos setores da sociedade. Esses confrontos, no entanto, devem ser mediados pela política cotidiana e pelo jogo ordinário das instituições. É para isso que as constituições servem. São inerentes à vida das constituições uma constante tensão e eventuais atritos. A ideia de que os poderes são independentes e harmônicos, inscrita em nossa Constituição, é um eufemismo, pois sua real disposição é de tensão.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 42.

⁵⁰⁶ BORGES, Ivan Cláudio Pereira. O modelo metodológico-jurídico do jurisprudencialismo de António Castanheira Neves como proposta de superação de funcionalismos: o exemplo do neoconstitucionalismo. In: MONTEIRO, António Pinto; AMARAL, Francisco; LINHARES, J. M. Aroso; MARCOS, Rui de Figueiredo. Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos diálogos com Castanheira Neves. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020.p. 81.

⁵⁰⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 34.

Dentre as funções da Constituição, pode ser considerada como primordial a de evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais previstos, de forma que, para tanto, os poderes estatais têm que se manter independentes e harmônicos entre si, a partir de mecanismos que possibilitem o exercício de um controle recíproco que garanta a perpetuidade do Estado Democrático de Direito⁵⁰⁸, sem uma disputa de poderes que possa levar a eventuais crises institucionais. O equilíbrio entre os poderes se demonstra justamente na prestação de contas, na fundamentação constitucionalmente adequada, de forma que, se a Constituição se constrói democraticamente, é na vontade geral que se legitima o arsenal de fundamentações de decisões do Poder Judiciário, e não em um pretenso majoritarismo decisional, além de que, dentre os clamores populares existentes, está o de se respeitar o constitucionalmente pactuado.

Importante ressaltar, nesse aspecto, que a necessidade de observância ao texto constitucional e às atribuições dos poderes se refere não somente ao judiciário, mas também ao Legislativo e ao Executivo, não sendo permitido legislar de maneira livre, de acordo com a consciência do legislador, e nem mesmo executar as leis existentes sem vinculações. As limitações existentes estão moduladas pelo texto constitucional, que impede a prática de atos conforme a consciência, visto que o direito não pode ser aquilo que o intérprete quiser⁵⁰⁹.

Para que se mantenha o equilíbrio entre poderes, evitando a ocorrência de uma possível crise constitucional, que, segundo Oscar Vilhena Vieira pode ser considerada como sendo um momento específico em que há um abalo em relação à capacidade do sistema constitucional de canalizar institucionalmente os conflitos existentes, há a necessidade de que os poderes exerçam as funções que lhes foram atribuídas sem que atribuições de competências de poderes distintos sejam usurpadas, respeitando, ainda, as decisões tomadas pelos poderes no âmbito de suas atribuições⁵¹⁰.

A disputa desenfreada entre os poderes do Estado por mais poder, acaba por enfraquecer a democracia e o próprio Estado Democrático de Direito, evidenciando a utilização de estratégias e questões afastadas dos fundamentos do Estado e da

⁵⁰⁸ MORAES, Alexandre de. Legitimidade da justiça constitucional. *Revista Da Faculdade De Direito* 98, Universidade De São Paulo, (2003). 291-311. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67591> p. 299.

⁵⁰⁹ STRECK. Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 25.

⁵¹⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional.* 1^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 33/36.

legislação vigente para o exercício de suas funções, sem considerar que, na realidade, há a necessidade de fidelidade ao texto constitucional e à forma estatal existente, o que acaba por enfraquecer as próprias estruturas institucionais do Judiciário, se fragilizando em decorrência de práticas mal executadas que se concretizam, por muitas vezes, em decisões distantes da necessária fundamentação e do norte de sentido que deveria ser extraído da Constituição.

Pode-se dizer que atualmente, em que pese o fato de o Poder Judiciário se apresentar como estando sempre em busca de mais poder e de destaque na sociedade, e o fato é que institucionalmente está enfrentando uma tensão que envolve a forma conflitiva de comportamento estabelecida entre os atores políticos, levando a uma queda na confiança da população em relação às instituições políticas e de justiça⁵¹¹. Ainda nesse sentido, há a instalação de um paradoxo referente ao judiciário, ao passo que, sendo um poder carregado de questões vastamente discutidas pela sociedade contemporânea, acaba por se encontrar na pauta midiática por inúmeras questões, dentre elas a judicialização da política, a morosidade da justiça, a ineficiência da prestação jurisdicional, dentre outros, enquanto, por outro lado, recebe apelo e importância para a sua atuação⁵¹², demonstrando a complexidade existente para a sua compreensão.

Segundo Paulo Bonavides, a atual crise do Judiciário brasileiro acaba por ser a crise do Supremo, visto que este se apresenta como a instituição de maior destaque e relevância do Poder Judiciário, responsável, inclusive, pela guarda da Constituição, deixando por muitas vezes, de levar em conta o espírito constitucional em decorrência de interesses políticos e que envolvem os demais poderes, em típica violação à separação de poderes⁵¹³, e, ainda, aos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, que pressupõe a sujeição dos indivíduos e agentes estatais às leis de forma coerente com o que está disposto na Constituição da República, e, ainda, a busca por

⁵¹¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 43.

⁵¹² ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.) *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2019. p. 29.

⁵¹³ BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). Revista Estudos Avançados 18 (51), 2004. p. 128. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf> Acesso em: 05 de fevereiro de 2021.

uma limitação de espaços de arbítrio e opressão, disciplinando o exercício dos poderes do Estado⁵¹⁴.

Em se tratando do Brasil de um país latino-americano, é possível observar uma tendência à concentração de poder no que se refere à prática de atos presidenciais, como a edição de decretos executivos ou delegados pelo presidente, levando à uma redução da atuação do parlamento nas políticas que envolvem o governo, levando, consequentemente, a uma postura a ser exercida pelas cortes constitucionais no sentido de limitar o poder exercido pelo presidente preservando o equilíbrio entre os poderes⁵¹⁵, evidenciando, novamente, o exercício de poder pelo judiciário.

A questão a ser respondida, em se tratando do poder atribuído ao judiciário, se refere às justificações normativas para seu empoderamento, tendo em vista o destaque e relevância existentes neste poder, mesmo considerando a crise anteriormente mencionada, abordada por Paulo Bonavides. Deve ser, para tanto, considerando primeiramente que tal poder se apresenta, no constitucionalismo contemporâneo, como *locus* de efetivação dos direitos constitucionais, de forma que, mesmo que o compromisso existente com relação aos direitos fundamentais não esteja na origem da expansão do judiciário, tal situação revela uma motivação própria e específica para este empoderamento, sendo considerado, ainda, como determinante para o status do judiciário, a possibilidade de que as cortes atuem como espaço de representação das minorias⁵¹⁶.

A prática de atos pelo judiciário, no neoconstitucionalismo, deve observar uma necessária análise de qual a melhor solução passível para um caso levando em conta a situação fática em questão e a normatividade constitucional a essa aplicável, de forma que não se apresenta suficiente a mera subsunção do positivismo, sendo imprescindível a materialização da norma constitucional na realidade⁵¹⁷, e, ainda, que seja levada em conta a forma pela qual deve ser exercido o poder pelo judiciário, que não deve envolver questões arbitrárias e carentes de fundamento.

Assim o exercício de poder de forma descompromissada com as premissas da

⁵¹⁴ CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 6^a ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2020. p. 20.

⁵¹⁵ LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na política e a política no STF. IDP – linha de pesquisa acadêmica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p.100.

⁵¹⁶ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 166/172.

⁵¹⁷ ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. Poder Judiciário e Política: o dilema do constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 52.

tripartição de poderes e do Estado Democrático de Direito, muitas vezes baseado em questões políticas que visam a manutenção e obtenção de maior poder, leva, consequentemente, à uma insegurança jurídica e crescimento da judicialização da política.

Pode-se concluir, portanto, que por muitas vezes a forma de utilização do poder pelo Judiciário, acaba por levar a decisões que fazem menos referência à necessária fundamentação constitucional, e mais às questões institucionais que envolvem, principalmente, estratégias para que seja mantido, e muitas vezes usurpado, mais poder, de forma a enfraquecer a democracia e fragilizar a tripartição de poderes, necessária para a manutenção do Estado Democrático de Direito da forma proposta por Montesquieu.

Não há como se pensar no Poder Judiciário em posição superior à política, em uma crença de que, a partir dele, todas as demandas e questões sociais e relativas a direitos fundamentais se concretizarão sem que haja a necessidade de interferências de outros atores. O judiciário também faz parte da política e os demais poderes não podem ser deixados de lado como se não fossem funcionais, devendo ser levada em conta a necessária cooperação entre os três poderes, realizada de forma calculada, visto que necessária inclusive para a almejada expansão institucional do poder pelo judiciário⁵¹⁸.

O neoinstitucionalismo, abordado neste tópico, ilustra tal perspectiva, visto que considera presente, na prática dos atos decisórios, a visualização de diversas perspectivas existentes que envolvem o cenário jurídico/institucional/político, levando, muitas vezes, à necessidade de que sejam realizadas coalizões para a efetivação dos interesses mais adequados em uma perspectiva não do juiz individual, mas sim do judiciário como instituição, levando em conta sua relação estabelecida com os demais poderes.

Identificadas as principais questões referentes ao exercício de poder especificamente a partir dos atos praticados pelos julgadores, caberá, a partir de agora, apresentar a relação estratégica estabelecida entre Legislativo, Executivo e Judiciário, que muitas vezes precisam atuar com a realização de alianças e coalizões para que sejam alcançados objetivos existentes, levando em conta que, por muitas vezes, mesmo considerando o equilíbrio pretendido entre os poderes, isso não se

⁵¹⁸ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 195.

apresenta suficiente para que questões sejam decididas conforme os interesses institucionais.

3.2 Legislativo, Executivo e Judiciário e a reconfiguração dos arranjos institucionais: a vontade geral em crise no constitucionalismo contemporâneo brasileiro

Para o início deste tópico, é importante ressaltar que, no início do século XX, a ciência do direito já apresentava sinais do enfrentamento de uma crise, considerando que o positivismo acabava por eliminar a distinção existente entre o conhecimento, o intelecto e a experiência, levando o ser e o dever a uma única expressão de sentido, ocorrendo, ainda, um distanciamento do direito com relação à filosofia⁵¹⁹. Nesse sentido, segundo Castanheira Neves, a crise do direito também é a crise da filosofia, de forma que ambos, considerados como fundamentais para a construção de uma cultura em que tínhamos uma matriz de sentido, acabam por desabar simultaneamente⁵²⁰.

O direito, que possui um caráter fortemente problemático, tem na filosofia uma necessária última instância de compreensão e reflexão, auxiliando na reconstrução de sentido necessário⁵²¹, sendo possível considerar que a sua consumação se da a partir do momento em que houve uma cultural evolução, sendo a iuris *naturalis scientia* convertida em filosofia do direito. Assim, pode-se dizer que a crise do direito se confunde com a crise da filosofia, que é, por sua vez, nascida do cientificismo formal que surge com o positivismo moderno.

Crise, nesse sentido, pode ser concebida como sendo a perda contextual de sentido atribuído às referências até então com função regulativa, de forma que, tendo em vista o exaurimento de um paradigma, faz-se necessário que outro advenha, com

⁵¹⁹ CURI, Ivan Guérrios. Tempos de crise do Direito: intercorrências e perspectivas do jurisprudencialismo. In: MONTEIRO, António Pinto; AMARAL, Francisco; LINHARES, J. M. Aroso; MARCOS, Rui de Figueiredo. Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos diálogos com Castanheira Neves. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. p. 170

⁵²⁰ CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. 3. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 80.

⁵²¹ CASTANHEIRA NEVES, A. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 7.

uma nova estrutura que atribua o sentido necessário para o funcionamento dessa nova racionalidade⁵²².

A ideia de abandono da filosofia, por outro lado, não passou de uma ilusão, considerando que os teóricos positivistas do direito consideravam a filosofia para seus estudos, tendo em vista que, muitos conceitos universais existentes em decorrência da filosofia eram considerados para a ciência da justiça, mesmo considerando a pretensão de não ultrapassar as fronteiras do Direito Positivo. A crise, dessa forma, residiu na busca pela construção de um direito justo, colocando em oposição a realidade e a lei⁵²³.

O presidencialismo de coalizão, entre acordos e desacordos abre espaço para uma jurisdição mais ousada, a partir de práticas estratégicas e muitas vezes ativistas, sendo possível fazer um paralelo com os juízes de Ost, considerando que o modelo de juiz Hermes, desejado socialmente, não é identificado na prática, sendo visível o elevado nível de ativismo judicial e de afastamento do norte constitucional e da análise dos casos concretos especificamente para as soluções das demandas sociais. Tal assunto apresenta relação direta com o tema proposto no presente trabalho, considerando que, segundo Streck, o ativismo judicial, praticado pelo Poder Judiciário têm relação direta com o tipo de presidencialismo existente no Brasil⁵²⁴. Assim, para a compreensão de tal forma de presidencialismo e de como ele interfere na prática adotada pelos julgadores, é necessária a reanálise dos conceitos e contexto histórico que envolve a temática.

Para tratar das relações e os arranjos institucionais estabelecidos entre Legislativo, Executivo e Judiciário, é necessário ressaltar que, mesmo com existência de uma aposta pela República brasileira, desde suas origens, no presidencialismo, quando da Segunda República, houve no Brasil a integração da população brasileira ao processo político, procedimento este que apresentou evoluções que apontavam para a horizontalização do poder nos partidos políticos, acenando à representatividade. Tal fato levou à formação de quadros por interesse e agendas

⁵²² CASTANHEIRA NEVES, A., *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 3. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 163.

⁵²³ CURÍ, Ivan Guérrios. Tempos de crise do Direito: intercorrências e perspectivas do jurisprudencialismo. In: MONTEIRO, António Pinto; AMARAL, Francisco; LINHARES, J. M. Aroso; MARCOS, Rui de Figueiredo. *Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos diálogos com Castanheira Neves*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020. p. 170.

⁵²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.44, jan/jun 2014. p. 83 a 101.

representativas, não sendo mais possível um acesso ao poder sem observância aos interesses populares existentes⁵²⁵, o que fez necessária a realização de alianças, coalizões para possibilitar uma maior efetivação na solução dos conflitos existentes em sociedade.

Com sua origem no ano de 1945, o presidencialismo de coalizão durou cerca de dezessete anos, passou por um processo de interrupção de 1961 a 1963, e teve sua retomada posteriormente, combinando o presidencialismo, federalismo e o governo por coalizão multipartidária, nascendo tal modelo em decorrência da diversidade social existente no Brasil, bem como das disparidades regionais e assimetrias identificadas no federalismo, sendo papel do presidente a articulação e organização da coalizão⁵²⁶. A existência de uma estrutura política fundada no presidencialismo de coalizão acaba por se apresentar de forma muito difícil no que se refere às posições políticas e afinidades ideológicas, que devem ser modeladas de forma semelhante, sendo tal questão adotada como forma de crítica ao modelo atitudinal que trata da interação entre o direito e a política, a partir do qual são considerados como determinantes para o ato de decidir, sem a consideração de outras questões de ordem externa, os valores do juiz e sua ideologia⁵²⁷.

Pode o presidencialismo de coalizão ser conceituado, segundo Abranches, como a necessidade de que sejam realizadas coalizões interpartidárias para a formação, e por que não dizer, manutenção do Poder Executivo, sendo realizadas com maior frequência alianças com maior capacidade de negociação nas sociedades mais divididas e que apresentam um maior índice de conflitos⁵²⁸, sendo que, somente dessa forma, com uma base de apoio existente no Congresso Nacional, há a possibilidade de que o governo viabilize suas iniciativas de implementação de políticas

⁵²⁵ COPELLI, Giancarlo Montagner. O presidencialismo de coalizão: um problema de Direito. Revista Consultor Jurídico de 02 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/diario-classe-presidencialismo-coalizao-problema-direito> Acesso em: 26 de dezembro de 2020.

⁵²⁶ ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. 1^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 12/15.

⁵²⁷ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 19/20.

⁵²⁸ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988. Disponível em: <https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf> Acesso em: 26 de dezembro de 2020.

estatais⁵²⁹, viabilizando, assim, medidas que sem a efetivação de acordos não surtiriam eficácia em decorrência de divergências existentes.

Com o advento da Constituição de 1946, período em que se começou a realizar uma discussão acerca do presidencialismo de coalizão, a presidência adquiriu poderes próprios, com a manutenção do Legislativo em um exercício estratégico como representante de forças dominantes, sendo que, no ambiente multipartidário já existente, e levando em conta um aumento na competição eleitoral, já não se via uma unanimidade com relação ao apoio presidencial pelo partido, razão pela qual se limitou o poder presidencial a fim de que não fossem adotadas medidas como por exemplo a aprovação de reformas institucionais, e, a partir daí, para governar seria necessário que fossem realizadas coalizões partidárias a fim de houvesse uma representação do interesse mediano do Congresso⁵³⁰.

É necessário lembrar que, conforme já visto no capítulo 3.1, o direito se apresenta como *locus* privilegiado de produção, reprodução e imposição de poder, sendo que, para a proteção de sua popularidade, o Poder Judiciário acaba por praticar seus atos no campo jurídico de forma estratégica, como em um jogo de xadrez, observando quais são os resultados mais viáveis naquele momento, deixando muitas vezes de lado seus próprios ideais individuais, para adotar posições que estejam alinhadas aos ideais institucionais existentes⁵³¹, o que corrobora a crítica realizada no presente trabalho acerca da identificação, atualmente, de um solipsismo não mais pessoal, a partir do qual prevaleceriam tão somente os objetivos pessoais do julgador, mas sim institucional, a partir do qual se leva em conta a demanda de interesses do poder como um todo, a partir de atos pensados estrategicamente para a manutenção, e, ainda, reprodução, do poder existente.

Em se tratando especificamente do Brasil, após 1988 passaram a ser evidenciadas as posturas estratégicas adotadas pelo Judiciário bem como a propagação de decisões com cunho ativista pelas Cortes, com o envolvimento do

⁵²⁹ MARTUSCELLI, Danilo Enrico. A ideologia do “presidencialismo de coalizão”. *Revista Lutas Sociais*, São Paulo, n.24, p.60-69, 1º sem. 2010. p. 61.

⁵³⁰ ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 40.

⁵³¹ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 24/25.

Judiciário em questões atinentes ao Legislativo e ao Executivo, o que acaba por gerar, diversas vezes, tensões e conflitos entre os próprios poderes de Estado⁵³².

O problema central consiste, portanto, no confronto que se estabelece entre a política e o direito, considerando o regime multipartidário existente, a partir do qual o presidente eleito deverá governar com um parlamento que se apresenta fragmentado, tornando necessária uma estruturação (difcultosa, considerando a divergência partidária exisente) adequada pelo Executivo das coalizões partidárias a fim de que haja uma sustentação para os atos praticados⁵³³, de forma a possibilitar que, a partir de tais arranjos, os objetivos dos poderes de Estado sejam alcançados.

Assim, é possível se considerar o presidencialismo de coalizão como um “arcabouço institucional”⁵³⁴ a partir do qual há uma sustentação no desempenho do governo em conjunto com a sua capacidade de respeito a pontos ideológicos inegociáveis, respondendo à dinâmica do país, sendo a melhor estratégia a ser adotada a cooperação entre os poderes com relação ao Presidente da República, não sendo somente um sistema de governo, mas sim um padrão de relacionamento estabelecido entre os próprios poderes. Nesse sentido, Abranches expõe acerca da necessidade de mecanismos ágeis para o presidencialismo de coalizão:

O presidencialismo de coalizão não é inexoravelmente instável, nem promove ingovernabilidade crônica ou cíclica. Mas, por suas singularidades, principalmente a dependência da Presidência da República para com uma grande coalizão, com graus irredutíveis de heterogeneidade, ele requer mecanismos muito ágeis de mediação institucional e resolução de conflitos entre os poderes políticos da República. Mecanismos que não estão presentes no nosso processo legislativo, nem nas regras eleitorais. Esse tipo de mediação está também fora do escopo do poder moderador razoável do Judiciário. Já ficou claro, com três décadas de funcionamento ininterrupto e várias crises, que o presidencialismo de coalizão no Brasil é governamental, tem capacidades institucionais bastante robustas, porém tem déficits que estão se aprofundando.⁵³⁵

A necessidade de dar um adjetivo ao modelo de presidencialismo adotado no Brasil decorre de peculiaridades existentes no país, sendo que, além de ter como características a proporcionalidade e o multipartidarismo, tem o Poder Executivo se

⁵³² TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM v. 11, n. 2/2016. Disponível em: www.ufsm.br/revistadireito Acesso em 03 de fevereiro de 2021.

⁵³³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.p. 26.

⁵³⁴ DI GIOVANNI, Geraldo (Org.); NOGUEIRA, Marco Aurélio (Org.). Dicionário de Políticas Públicas. 2^a ed. São Paulo: FUNDAP; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.

⁵³⁵ ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro. 1^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 341.

organizado de acordo com a existência de grandes coalizões, de forma que, para que haja o exercício do presidencialismo, forma de governo adotada no Brasil, há a necessidade de que sejam formadas coalizões para obter apoio para suas iniciativas adotadas⁵³⁶, em decorrência da ausência de correspondência imediata entre as posições adotadas pelo Presidente da República e pelos Poderes de Estado.

A coalizão não deve ser compreendida como uma forma de restrição ao poder exercido pelo presidente, mas sim como o que de fato o torna efetivo, considerando que em determinadas situações verifica-se a necessidade de que sejam formadas coalizões a fim de que sejam aprovados projetos de lei que, sem uma maioria, não seriam efetivados. Assim, a formação de coalizões apresenta consequências para o modus operandi do sistema político, de forma que a separação clássica entre os poderes acaba por ter a distância entre Executivo e Legislativo encurtada em uma relação de promiscuidade, considerando que a separação existente entre os poderes, acaba por se tornar uma espécie de articulação⁵³⁷.

A política se configura, no Brasil, a partir de escolhas democraticamente construídas, sendo o direito responsável por proteger tais escolhas de tentativas de desestruturação originárias de forças minoritárias e de maiorias eventuais, se apresentando a estrutura política fundada no presidencialismo de coalizão como a responsável por dificultar as posições políticas e posições ideológicas adotadas pelo presidente⁵³⁸, acabando por ser almejados acordos de forma estratégica a fim de atender a outros interesses existentes que não única e exclusivamente aos interesses do chefe de Estado. É o momento em que se dá a fragmentação da vontade geral em várias vontades ligadas a partidos, no sentido de partidos utilizado por Streck, ao se referir à existência de pleitos decorrentes de reivindicações dos mais diversos setores da sociedade, julgados a partir de uma resposta invasiva pelo STF, que acabou por ingressar nas competências dos demais poderes⁵³⁹.

Dessa forma, considerando que a eleição presidencial se dá de acordo com o voto da maioria da população, a eleição dos deputados e senadores se dá de acordo

⁵³⁶ LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo Decisório. *Revista Novos Estudos*, n 76 II Nobember, 2006. p.

⁵³⁷ FREITAS, Andréa. O presidencialismo da coalizão. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2016. p. 17.

⁵³⁸ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 22.

⁵³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum. 12 de julho de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>

com o colégio eleitoral dos Estados, observa-se uma heterogeneidade estrutural, que leva a variações regionais na força dos partidos, refletindo em um distanciamento entre o eleitorado presidencial e a conformação do voto para o Legislativo, inviabilizando uma maioria que se apresente de acordo com o Presidente no Congresso, sendo este o ponto fulcral para se observar porquê se torna necessária uma coalizão majoritária no congresso⁵⁴⁰, de forma que, sem uma proximidade política entre os entes políticos, perspectivas estratégicas são necessárias para que não se percam os poderes existentes e atribuídos ao Legislativo, Executivo e judiciário.

A prática do ativismo judicial, abordada neste trabalho, estabelece, neste contexto, relação direta com o tipo de presidencialismo existente no Brasil, de forma que, conforme já mencionado anteriormente, em decorrência das dificuldades de constituição de uma maioria parlamentar no Congresso Nacional, é corroborada uma instabilidade política que leva à necessidade de que questões muitas vezes relacionadas ao Executivo e Legislativo acabem por ser objeto do Judiciário, deixando de lado, por muitas vezes, o compromisso constitucional e com a legislação vigente⁵⁴¹, a partir de decisões que são proferidas em busca da satisfação dos interesses institucionais existentes sem que as questões necessárias para a preservação do Estado Democrático de Direito sejam levadas em conta.

Nesse aspecto, por muitas vezes até mesmo o exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais acaba por ser incentivado pelos demais poderes, que nem sempre apresentam posição contrária quanto ao exercício do judiciário, visto que a revisão judicial pode ser utilizada como forma de fazer prevalecer os propósitos almejados pelo Executivo e Legislativo, e por que não dizer, do próprio judiciário, tendo como álibi a argumentação de interpretação constitucional, ou seja, a existência de aliados aos entes políticos nos tribunais acaba por transmitir confiabilidade com relação à manutenção do poder e reforço da autoridade judicial existente, evitando, dessa forma, que tal mecanismo de revisão exercido pelos tribunais possa ser utilizado contra as autoridades do governo⁵⁴².

⁵⁴⁰ ABRANCHES, Sérgio. Trinta anos de presidencialismo de coalizão. Blog DADOS, 2019 Publicado em 31 de maio de 2019. Disponível em: <http://dados.iesp.uerj.br/trinta-anos-de-presidencialismo-de-coalizao/> Acesso em: 04 de fevereiro de 2021.

⁵⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão. Revista Direito, Estado e Sociedade. n.44 p. 83 a 101 jan/jun 2014. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo4.pdf> Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

⁵⁴² LUNARDI, Fabrício Castagna. O STF na política e a política no STF. IDP – linha de pesquisa acadêmica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 31/32.

Assim, mesmo considerando a necessidade de que a interpretação seja concebida como condição de possibilidade para a decisão jurídica, acaba por ser construída a partir de sustentações avessas ao norte constitucional existente, sendo, de forma assujeitadora, atribuídos sentidos aos textos existentes de acordo com suas vontades, e tal situação se apresenta, principalmente, como uma questão que toca diretamente na democracia⁵⁴³, tendo em vista que as decisões não podem ser proferidas observando tão somente as estratégias e vontades institucionais existentes.

Das formas de controle de constitucionalidade exercidas, é importante ressaltar que não há a possibilidade de se estabelecer uma relação necessária e inseparável entre a democracia e o crescimento da revisão judicial, sendo que tal aumento também pode ser observado em países autoritários como a Rússia, e, por outro lado, pode ser relacionada a atuação ativa das cortes constitucionais com as transições democráticas e o desenvolvimento das democracias⁵⁴⁴, sendo alteradas as posições adotadas principalmente pelo STF, passando, principalmente com a Constituição de 1988, a ter mais poder, e consequentemente mais atribuições.

O que ocorre, por muitas vezes, é que se observa uma proeminência do Judiciário frente ao Poder Legislativo, de forma que, a partir de uma suposta deficiência de atuação das instâncias majoritárias, acabam os julgadores por abordar e decidir sobre questões jurídicas, o que leva, consequentemente, a uma preocupação acerca de qual o papel institucionalmente adotado pelos julgadores e de sua viabilidade, não sendo possível que o judiciário acabe por assumir o papel dos demais poderes existentes, com funções e atribuições determinadas constitucionalmente, sendo em razão de tais questões, estabelecidos os critérios e hipóteses específicas que possibilitam a revisão judicial⁵⁴⁵, devendo ser levado em conta, ainda, que a fundamentação baseada na resposta que atende aos anseios populares é insuficiente, já que o vício deste protagonismo está na justamente na origem da postura restauradora da ordem perdida ou da vontade geral violada.

⁵⁴³ STRECK. Lenio Luiz. *O que é isto – decidido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 87.

⁵⁴⁴ LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na política e a política no STF*. IDP – linha de pesquisa acadêmica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. p. 86.

⁵⁴⁵ OLIVEIRA, Leandro Correa de. *O Judicial Review permite um diálogo entre poderes.* Revista Consultor Jurídico, 23 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-23/leandro-oliveira-judicial-review-permite-dialogo-entre-poderes> Acesso em: 23 de fevereiro de 2021.

Tem-se, portanto, a possibilidade de que se considere que o exercício contramajoritário de revisão judicial, por muitas vezes não desagrade a liderança política, que pode, pode acabar por se utilizar de tal ferramenta para se esquivar de decisões complexas, em uma espécie de acomodação de interesses políticos, deixando a cargo do judiciário questões que prefere não decidir, sendo necessário observar, inclusive, que a própria nomeação de Ministros para os tribunais superiores se da de acordo com a nomeação feita pelo Chefe de Estado, que opta por indivíduos que apresentem entendimentos favoráveis à sua política de governo⁵⁴⁶, já em uma tentativa de manutenção de pessoas que não apresentem divergências ideológicas fortes o suficiente para gerar crises e conflitos.

Considerando que a democracia é algo que se extrai da vontade popular, não é possível se falar em uma construção arbitrária, desvinculada das regras do jogo no qual ela se funda, sendo que, se a forma pela qual ela se consubstancia nos dias de hoje é inadequada ou incompatível com pretensões civilizatórias, ela deve ser sim modificada, mas não a partir da vontade individual do julgador, não sendo possível que prevaleçam vontades produzidas a partir de paradigmas de indivíduos específicos nos quais não nos inserimos. Não se constrói um modelo geral a partir de perspectivas institucionais, ou se joga o jogo como ele se apresenta, ou se modificam as regras do jogo, sendo que tal mudança, necessariamente, não deve se tornar uma imposição objetificante ou assujeitadora. Para que haja, de fato, uma democracia, devem ser levadas em conta as transformações sociais observadas historicamente, segundo Warat:

Penso – seguindo Lefort – que a democracia se encontra comprometida com práticas e ideias que vão instituindo permanentemente novos valores, novas necessidades e novos antagonismos na sociedade. Uma ordem social democrática precisa, para funcionar, do advento de práticas e significações que pela ação de múltiplas circunstâncias históricas, vão instituindo novas relações com o poder, a dominação e o sentido da autonomia do homem. Nesta direção, a democracia não se encontraria comprometida com a organização das instituições existentes, seja para criticá-las, reforçá-las ou simplesmente aperfeiçoá-las. A democracia é uma prática permanentemente instituinte do espaço político da sociedade. Um espaço onde o poder se legitima por estar permanentemente vinculado à permanência dos conflitos e dos antagonismos sociais.⁵⁴⁷

⁵⁴⁶ LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na política e a política no STF*. IDP – linha de pesquisa acadêmica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 38.

⁵⁴⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 108.

O fato de eventualmente serem identificadas incoerências e contradições na estruturação dos poderes Executivo e Legislativo, não implica na possibilidade de que haja uma superposição do Poder Judiciário, que se apresenta de forma independente dos demais poderes, de forma que ambos devem agir de acordo com suas funções e atribuições sem que seja usurpado poder indevidamente, levando em conta, ainda, uma necessária relação de cooperação e harmonia entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Não há que se falar em uma relação dotada de pureza lúdica, mas sim na existência de interdependência como condição de possibilidade da existência legítima do Estado Moderno.

Neste contexto, é de se ressaltar que desde o século XVII já era pauta de discussão a posição de dependência entre o Poder Judiciário e o Executivo, considerados como responsáveis por aplicar a norma geral e abstrata advinda do legislador, de forma que, se Ribeiro afirma em sua obra de 2017 que havia uma busca pelo STF por um alinhamento com as políticas adotadas pelo Presidente da República, partindo de uma postura de cooperação, justificando a expansão de poder conferida ao STF⁵⁴⁸, nota-se uma postura diversa atualmente em virtude de discordâncias políticas, que levam a um desalinhamento político e ideológico que leva a um aumento de tensão entre os poderes.

Tem-se, assim, que os atos praticados pelo Executivo encontram apoio das coalizões partidárias, sendo, de forma estratégica, conferido pelo judiciário amplo apoio aos atos a serem praticados pelo governo brasileiro⁵⁴⁹, sendo que, para a formação de coalizões, três momentos são típicos, sendo o primeiro caracterizado pela constituição da aliança eleitoral, que se dá a partir de negociações realizadas após a vitória eleitoral, tratando dos princípios a serem observados. O segundo momento é caracterizado pela constituição do governo propriamente dito, a partir de uma disputa por cargos e compromissos de governo. Em um terceiro momento, há a transformação da aliança em uma efetiva coalizão restando uma formulação de agenda⁵⁵⁰, sendo justamente entre a aliança eleitoral e a constituição do governo o

⁵⁴⁸ RIBEIRO, Pedro José de Almeida. A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 95/96.

⁵⁴⁹ MARTUSCELLI, Danilo Enrico. A ideologia do “presidencialismo de coalizão”. Revista Lutas Sociais, São Paulo, n.24, p.60-69, 1º sem. 2010. p. 67.

⁵⁵⁰ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a 14. Disponível em: <https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf> Acesso em: 26 de dezembro de 2020.

ponto crucial para determinação de quais as condições de continuidade da coalizão a ser estabelecida.

Tal posicionamento que direciona para a realização de alianças e acordos estratégicos leva ao risco de que se comprometa a vontade geral, extraída pelo Legislativo, a fim de que se preservem interesses institucionais, viáveis aos próprios Poderes de Estado sem levar em conta o que de fato deve ser observado para o exercício do direito: a existência de uma Constituição vigente e a tripartição de poderes em um Estado Democrático de Direito em que não é possível extrair a vontade geral arbitrariamente a partir de interesses institucionais.

Considerando essa estrutura apresentada, é possível observar, a partir de situações concretas, a tentativa por acordos e coalizões entre os poderes com a finalidade de que sejam atendidos os objetivos pretendidos, por questões institucionais estratégicas, demandando negociações em momentos de tensão, sendo que, quando as negociações falham, as regras do jogo acabam por ser alteradas como, no conto da *katchanga*⁵⁵¹.

Para a comprovação da hipótese apresentada no presente tópico, acerca da realização de coalizões entre os poderes, observa-se o caso emblemático que envolve o Deputado Federal Daniel Lucio da Silveira (PSL-RJ)⁵⁵², preso por determinação de ofício do ministro Alexandre de Moraes no dia 16 de fevereiro de 2021, em decorrência de dois inquéritos que tramitam na Corte apurando a prática de atos antidemocráticos pelo parlamentar, como tentar modificar a ordem do Estado de Direito, tentar impedir o livre exercício dos poderes da união, publicidade de violência, calúnia e subversão da ordem⁵⁵³, além de *fake news*⁵⁵⁴, propagando a adoção de medidas antidemocráticas contra o STF e, ainda, defendendo o Ato Institucional Número Cinco, expressão mais acabada da ditadura militar no Brasil, possibilitando ações arbitrárias e conferindo poder de exceção aos governantes para aqueles que fossem inimigos do regime⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ Vide nota 461.

⁵⁵² Bibliografia do Deputado Daniel Lucio da Silveira Disponível em: <https://www.camara.leg.br/deputados/204454/biografia> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

⁵⁵³ Matéria disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/saiba-quais-crimes-daniel-silveira-pode-ter-cometido-e-qual-a-pena-somada-pelo-ataque-ao-supremo.shtml> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

⁵⁵⁴ Matéria disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/moraes-do-stf-manda-prender-deputado-daniel-silveira-apos-ataques-a-ministros-da-corte.shtml> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021

⁵⁵⁵ D'ARAUJO, Maria Celina. O AI-5. FGV-CPDOC. Fatos e Imagens: artigos ilustrados de fatos e conjunturas do Brasil. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/AI5>

Para que se comprehenda a relação do referido caso com o presidencialismo de coalizão, é necessária uma breve retrospectiva dos atos praticados e das posturas adotadas pelos Poderes do Estado, ressaltando que não será adentrado o mérito da questão, utilizada tão somente a fim de demonstrar, na prática, as formas que podem ser assumidas a partir do presidencialismo de coalizão. Em 17 de fevereiro de 2021, após a realização da prisão, o STF referendou por unanimidade a decisão do Ministro Alexandre de Moraes⁵⁵⁶, e, neste cenário, é possível notar a tentativa de articulações e coalizões objetivando derrubar a medida deferida.

O Presidente da Câmara dos Deputados, Arthur Lira, buscou acessos políticos a fim de realizar algum acordo, telefonando ao próprio Presidente da República, e, ainda, tentando acesso ao Ministro Alexandre de Moraes, responsável por proferir a decisão em que foi determinada a prisão de Daniel⁵⁵⁷. No dia 19 de fevereiro de 2021, foi determinado pelo Ministro Alexandre de Moraes o bloqueio de contas em redes sociais em nome de Daniel, considerando a manutenção da prática de publicação de mensagens com ofensas⁵⁵⁸.

É este justamente o cerne da questão apresentado no presente capítulo: há uma busca, entre os próprios poderes, pela realização de alianças e acordos a fim de alcançar objetivos específicos, no caso em tela, solucionar os conflitos institucionais existentes que envolvem diretamente o Poder Executivo, Legislativo e o Judiciário, buscando Arthur Lira alinhar seus objetivos aos dos demais poderes a fim de evitar consequências indesejáveis institucionalmente.

O presidente da Câmara dos Deputados, na tentativa de realizar proposta ao Presidente da República, ao Presidente do STF e ao Ministro Alexandre de Moraes, consiste na ideia de que fosse revogada prisão do deputado Daniel no plenário, com a transformação da prisão pela corte em outras medidas cautelares, afirmando, em troca, a realização de punição severa no Conselho de Ética da Câmara⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ Matéria disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/entenda-a-prisao-do-deputado-daniel-silveira-a-decisao-do-supremo-e-o-que-acontece-agora-na-camara.shtml> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021

⁵⁵⁷ Matéria disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/caso-daniel-silveira-lira-tentou-costurar-acordo-com-o-stf,030193a8816426a95457f781482448fdsmehhw9v.html> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

⁵⁵⁸ Matéria disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/02/19/alexandre-de-moraes-manda-bloquear-redes-sociais-de-daniel-silveira.htm> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

⁵⁵⁹ Matéria disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2021/02/17/arthur-lira-tenta-solucao-sobre-daniel-silveira-alinhada-com-o-supremo> Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

Segundo mencionado em uma das matérias feitas pelo Folha de São Paulo a respeito do caso, a justificativa de Lira para as tentativas de realização de acordos veio da intenção de que não fosse gerada uma crise entre os Poderes sendo tamanha sua intenção na solução da questão pelas formas por ele sugeridas, que houve a reativação do Conselho de Ética da Câmara, até então paralisado em decorrência da pandemia⁵⁶⁰. Ledo engano, visto que a crise já havia sido instalada, e, ainda, agravou-se, de forma que o que se pretendia era uma saída negociada onde se objetivava poupar o cordeiro e matar a fome do lobo.

Foi realizada, ainda, tentativa de acordo a partir da proposta de que houvesse o autoafastamento e suspensão do Deputado Federal Daniel Silveira, que resistiu e não concordou com a tentativa articulada⁵⁶¹ em decorrência do tempo de suspensão de mandato de 6 (seis) meses. As propostas de aplicação de medidas mais brandas visam, evidentemente, solucionar uma questão existente prejudicial à Câmara dos Deputados, sendo indesejada uma tensão entre a relação estabelecida entre a Corte e o poder Legislativo.

Tanto há o interesse estratégico pela Câmara na realização de acordo com relação ao andamento a ser adotado no caso de Daniel Silveira, que no dia 24 de fevereiro de 2021 passou a ser analisada Proposta de Emenda à Constituição, Projeto de Lei de autoria da deputada Celina Leão (PP-DF) e Projeto de Resolução, ambos com a finalidade de dificultar a prisão de parlamentares, sendo as alterações propostas apresentadas por parlamentares integrantes de um grupo criado pelo presidente da Câmara Arthur Lira⁵⁶², de forma que se evidencia a divergência de interesses existentes do Legislativo para com a postura adotada pelo STF.

Esta é uma das manifestações do presidencialismo de coalizão, sendo buscada uma base de sustentação nos demais poderes do Estado, a fim de que os interesses institucionais sejam preservados. Mesmo com a necessidade de cooperação recíproca entre os partidos, que não atuam em uma relação de superposição, tal arranjo acaba por demonstrar uma intenção de utilização de estratégias voltadas mais

⁵⁶⁰ Matéria disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/camara-articula-acordo-politico-apos-decisao-unanime-do-stf-por-prisao-de-deputado-bolsonarista.shtml> Acesso em 21 de fevereiro de 2021.

⁵⁶¹ Matéria disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/camara-articula-acordo-politico-apos-decisao-unanime-do-stf-por-prisao-de-deputado-bolsonarista.shtml> Acesso em 21 de fevereiro de 2021

⁵⁶² Matéria disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/julia-duilibi/post/2021/02/24/em-reacao-a-caso-daniel-silveira-camara-quer-blindar-parlamentares-de-prisao-e-limitar-acao-do-stf.ghtml> Acesso em: 24 de fevereiro de 2021

para o próprio Poder do que para o povo, levando em conta questões que não se relacionam com o esperado para um Estado Democrático de Direito.

Quando nos referimos a uma formação de coalizão, temos que ter em mente o indicativo existente de que há uma percepção dos atores dos Poderes de Estado acerca da necessidade de que haja uma coordenação de seus atos para que cheguem a objetivos pretendidos, além de que, assim, elas acabam por reduzir a barreira numérica imposta pela regra da maioria, tendo em vista que aumentam as cadeiras que o Executivo controla no Legislativo, representando, consequentemente, um aumento nas chances de que projetos ou agendas pretendidas sejam aprovadas⁵⁶³. No caso mencionado anteriormente, observa-se que, em decorrência da ausência de possibilidade de que fossem atingidos os objetivos pretendidos pelo Legislativo, houve a tentativa de realização de uma coalizão para que se chegasse a um determinado fim, qual seja, que não fosse mantida a prisão decretada.

Diante de tal cenário, é necessário construir-se um caminho adequado constitucionalmente, levando em conta estrutura democrática na qual se insere o Brasil contemporâneo, assim, a partir da crítica hermenêutica do direito, que será trabalhada no tópico posterior, se buscará ultrapassar o dualismo regra/princípio, indo além, considerando o texto como um evento, e a norma, por sua vez, como o produto obtido a partir da realização de uma interpretação desse texto⁵⁶⁴, não sendo possível a atribuição arbitrária de qualquer norma a um texto específico, de forma que o sentido de algo deve advir de uma síntese hermenêutica, e não de uma simples dedução ou da utilização de um processo de subsunção.

3.3A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) como resposta às práticas decisionistas no Brasil contemporâneo

Considerando, portanto, o contexto dos (re)arranjos de poder no estado brasileiro, em que a prática do judiciário se apresenta, em muitos momentos, arbitrária

⁵⁶³ FREITAS, Andréa. *O presidencialismo da coalizão*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2016. p. 31.

⁵⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 439.

e pautada em questões institucionais, deixando de lado a vontade geral normativamente construída, faz-se necessário encontrar uma alternativa para a forma através do qual deve ser realizada a compreensão/interpretação/aplicação do direito, levando em conta, principalmente, a necessidade de que seja superado o esquema sujeito/objeto. A Constituição enquanto norte de sentido é o caminho para a compreensão de como se dá a resposta correta, entendida como sendo a constitucionalmente adequada a partir da CHD (Crítica Hermenêutica do Direito). Para tanto, há a necessidade, primeiramente, de observar alguns aspectos acerca da teoria de Ronald Dworkin, que se caracteriza por representar um salto qualitativo em relação ao pensamento de Hart, bem como da hermenêutica filosófica de Gadamer, que serviram de base para o desenvolvimento da Crítica Hermenêutica do Direito.

Pode-se dizer que a Crítica Hermenêutica do direito, também intitulada Nova Crítica do Direito, resultante de pesquisas desenvolvidas por Streck junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e ao Dasein, núcleo de estudos Hermenêuticos, tem como base teórica a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica, se apresentando como um processo que leva a uma desconstrução da metafísica do pensamento dogmático⁵⁶⁵, levando em conta que a resposta adequada à Constituição é uma imposição de democracia⁵⁶⁶, que corre sério risco caso não haja a observância constitucional necessária.

Dentre seus objetivos, a partir da Crítica Hermenêutica do direito há uma busca por alertar a comunidade jurídica acerca do problema da discricionariedade, levando em conta a impossibilidade de que a decisão jurídica possa ser baseada em um juízo discricional de um sujeito, que, decidindo conforme sua consciência, acabe por deixar de lado a necessidade de que sejam estabelecidas relações intersubjetivas, com o objetivo de superação do exaurido paradigma moderno sujeito-objeto, com responsabilidade política⁵⁶⁷, sendo imprescindível, para a prática de atos decisórios, a adoção de nortes de sentido autênticos. Nesse sentido, Streck ressalta a relevância

⁵⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215.

⁵⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 264.

⁵⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2019. p. 62.

e necessidade de que seja considerado o texto constitucional, que estabelece os fins do Estado:

Na medida em que o direito é um saber prático que deve servir para resolver problemas e concretizar as promessas da modernidade que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador, estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito, pressupõe a construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do *modus operacional* do direito, levando em conta um texto constitucional de nítida feição compromissória e dirigente e que, passadas mais de duas décadas, longe está de ser concretizado.⁵⁶⁸

A grande questão gira em torno de como se auferir a autenticidade de horizontes que dão efetivamente sentido às decisões, sendo que dentro de um modelo democrático pode-se definir a Constituição, produção legislativa, como fonte autêntica de compreensão, lembrando-se que os sentidos e as coisas se constroem no tempo, e a significação se dá no mundo concreto em uma circularidade hermenêutica. Assim pode-se considerar que em uma compreensão hermenêutica a Constituição deixa de ser um simples texto, construído em e para um mundo ideal, confeccionando e gerenciando modelos ideais, dentro das perspectivas duais modernas, apartado da facticidade.

Para a compreensão das razões que levam à necessidade da Crítica Hermenêutica do direito, deve-se retomar o pensamento de Hart, positivista que considerava que, quando da ausência de dispositivos para regular uma questão específica, nos intitulados casos difíceis, haveria a possibilidade de que o próprio julgador criasse uma resposta para aquele caso, atuando como um legislador⁵⁶⁹, Dworkin, que foi seu aluno, por sua vez, considerava que mesmo nessas situações haveria um padrão normativo existente, tornando necessária a aplicação de princípios e devendo ser levada em conta a necessidade de interpretação e de determinação do motivo da decisões já existentes anteriormente, levando em conta a história institucional, sendo que, a partir de sua teoria, a ideia de interpretação não deve servir como descrição da natureza ou de veracidade das proposições jurídicas, e, caso assim fosse, seria tão somente uma versão do positivismo a partir da qual há, a partir da proposição do direito, uma simples descrição do que pessoas ou instituições

⁵⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 428.

⁵⁶⁹ HART, Hebert. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1961. p. 140.

passadas decidiam⁵⁷⁰. O sentido se constrói no tempo, na concretude, independentemente de arbitrariedades.

Tem-se, assim, que Hart buscou a apresentação de uma teoria descriptiva da lei, a partir da qual são identificadas as regras e os princípios que são lei, sendo a justificação utilizada para tanto irrelevante, existindo uma preocupação em saber se a lei tem como fundamento a busca pela segurança jurídica, pela eficiência da pressão social, sustentando que o sistema jurídico possui uma composição baseada na combinação de regras primárias, que seriam as responsáveis pela imposição de deveres, e secundárias, que seriam aquelas que atribuem poderes⁵⁷¹. A partir de seu pensamento, nas chamadas “zonas de penumbra”, a partir das quais não seria possível de se identificar uma lei que correspondesse a um caso concreto, seria aberta a possibilidade de que o juiz atuasse de forma discricionária, e tal situação ocorreria de acordo com os casos complexos existentes⁵⁷².

Com algumas divergências com relação à teoria de Hart, Dworkin, que foi seu aluno, procura, além de identificar a lei, justificá-la moralmente do melhor modo possível, afastando a possibilidade da edição, por parte do juiz, de leis novas⁵⁷³. Assim, a partir de Dworkin, o positivismo se apresenta como um modelo de “regras”, sendo as normas jurídicas, neste contexto, consideradas como regras jurídicas, em uma demonstração de total ignorância à existência de princípios jurídicos, que devem ser utilizados no raciocínio judicial, necessários para demonstrar quais as razões que pesam a favor de uma decisão⁵⁷⁴. Ponto relevante de sua teoria leva em conta, ainda, que ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos são colocadas às mãos dos juristas diversas possibilidades para que sejam construídas respostas coerentes com o direito positivo, blindando discricionariedades⁵⁷⁵ e servindo como um fechamento interpretativo.

⁵⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 220.

⁵⁷¹ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraira do Advogado, 2012. p. 71.

⁵⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

⁵⁷³ IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e discricionariedade. *Lua Nova: revista de cultura e política*, São Paulo, n. 61, 2004.

⁵⁷⁴ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Uma crítica metodológica ao positivismo jurídico exclusivo de Joseph Raz*. 2016. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

⁵⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 255.

Aqui, é relevante mencionar a tese da descontinuidade, necessária para a compreensão dos pressupostos da Crítica hermenêutica do Direito, levando em conta que, a partir dela, há o entendimento de que os princípios instituem o mundo prático no direito, não devendo o direito ser compreendido como um modelo de regras a partir do qual existem princípios que são apenas uma nova versão, mais sofisticada, dos princípios gerais do direito. Entre o modelo constitucional modero e o constitucionalismo contemporâneo, há que ser ressaltado o novo papel dos princípios, que, atualmente, não guardam semelhança com os anteriores princípios gerais do direito, sendo, de fato, um canal de ingresso da moral em situações específicas⁵⁷⁶.

Uma das diferenças entre o pensamento de Hart e Dworkin, de extrema relevância para este trabalho, reside justamente no fato de que Dworkin recusava a discricionariedade forte que era atribuída aos juristas por Hart, levando em conta a necessidade de uma obrigação jurídica, razão pela qual cria a figura do juiz Hércules, que tem a obrigação de prestar contas ao conjunto de princípio irradiados pela Constituição, encontrando, assim, soluções para os casos que não se ajustem às suas vontades pessoais⁵⁷⁷. Dworkin considera, ainda, além da existência das regras, de princípios, a partir dos quais há o estabelecimento de uma vinculação para os agentes públicos. A partir de sua perspectiva, os princípios são padrões observados que se apresentam como uma exigência de justiça ou equidade⁵⁷⁸.

Para Dworkin, os princípios serão necessários para a solução dos *hard cases*, que são marcos do direito suficientes para refutar a possibilidade de criação do direito pelo julgador, por meio da interferência lesiva do arbítrio judicial, conduzindo o magistrado para a direção da resposta correta, há, portanto, um sistema jurídico aberto e plural, composto, por regras e também por princípios, sendo que estes compreendem a maior parte do sistema.⁵⁷⁹ Nas palavras de Dworkin:

⁵⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56.

⁵⁷⁷ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 78/79.

⁵⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 54-87, Jan.-Abr., 2018. p. 62.

⁵⁷⁹ TORRES FILHO, Celso Marins; LIMA, Renata Albuquerque. *Uma Análise dos Princípios Jurídicos sob a Visão de Ronald Dworkin e seu uso Indiscriminado no Brasil*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 13, n. 1, set. 2018. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/76369/49960>>. Acesso em: 19 set. 2021.

Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque 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.⁵⁸⁰

Já em Gadamer, também utilizado na base da Crítica Hermenêutica do direito, há uma advertência acerca da importância da interpretação no direito, ressaltando em sua obra que a experiência hermenêutica tem a ver com a tradição, devendo esta ser considerada para além de um acontecer, como uma linguagem, se comportando com relação ao objeto, falando por si mesma⁵⁸¹, de forma que a interpretação se dá na linguagem, concebida como um pressuposto para que haja uma conversação, de forma que, para que um texto realmente fale, a interpretação deve utilizar de uma linguagem correta, inexistindo, portanto, uma interpretação correta em si⁵⁸².

Com relação à hermenêutica gadameriana, é necessário ressaltar a importância de Heidegger para a compreensão da hermenêutica filosófica, raiz fundante da Crítica Hermenêutica do direito de Streck. A partir de Heidegger, passa a ser realizado um questionamento sobre as condições transcendentais do ser humano fora da subjetividade, sendo buscada uma nova forma de pensamento de descrição do ser humano, sendo acentuado o modo de ser humano, o que resulta na publicação, em 1927, de *Ser e tempo*⁵⁸³. Há uma busca, portanto, pela compreensão do ser, assim como suas modificações e derivações, a partir do tempo, que deve ser visto, por sua vez, como horizonte de toda compreensão e interpretação de ser⁵⁸⁴.

Cabe ao hermeneuta, portanto, não criar algo novo, mas sim realizar uma nova avaliação do que foi construído, fazendo com o que o desvelado seja compartilhado por todos, considerando a tendência do ser de velar-se, e o fardo do homem de

⁵⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2^a ed. São Paulo: Mrtins Fontes, 2007. p. 36.

⁵⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. tradução de Flávio Paulo Meurer, revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 90 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 467- 468 e 493.

⁵⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. tradução de Flávio Paulo Meurer, revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 90 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 514.

⁵⁸³ TRINDADE, André Karam. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 9(3):311-326

⁵⁸⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006. p. 55/56

compreendê-lo⁵⁸⁵, tendo em vista que, de forma que, antes de realizar uma interpretação de algo, precisamos ver suas entradas, fundamentos e bases teóricas, para que, a partir de sua essência, desvemos sua real profundezas e possamos assim entendê-lo⁵⁸⁶. Aqui reside um dos importantes pontos da crítica hermenêutica do direito, que busca justamente desenraizar o que está encoberto, desvelar o que ocultamos de nós mesmos no cotidiano, exercitando a transcendência, de forma que além de ser, haja uma percepção de que, de fato, somos, e que somos o que nos tornamos em decorrência de uma tradição, que espelha a história e os fatos do ser-no-mundo, devendo, para tanto, ser levada em conta a sociedade como inseparável do direito, que é, por sua vez, entendido como a sociedade em movimento⁵⁸⁷.

Tendo como base tais matrizes teóricas, e levando em conta, ainda, que o grande dilema contemporâneo trata da construção das condições necessária pra evitar que o poder dos juízes acabe por se sobrepor ao próprio direito⁵⁸⁸, adjudicando, assim, os sentidos das questões que lhes são postas para responder, devendo-se levar em conta que, para que haja o desvelamento do que encobre o direito, é necessário que haja uma desconstrução hermenêutica do processo de produção de sentido, levando em conta que, entre verdades e adequações, não há *a priori* em uma norma, de forma que a norma é o produto de atribuição de sentido a texto, somente sendo possível considerar a lei como existente mediante uma simbolização que se dá pela linguagem⁵⁸⁹.

Com relação à adoção ou não de um método específico de acordo com a Crítica Hermenêutica do direito, há que se ressaltar a ideia da superação de métodos, enquanto condição de produção e validação de verdades absolutas, se dá a partir do pensamento de que interpretação e aplicação são processos incindíveis, que se dão a partir de um ato único realizado de acordo com a circularidade hermenêutica,

⁵⁸⁵ Para tanto, deve-se levar em conta que a forma como as coisas se manifestam não significa, necessariamente, que elas assim sejam. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006. p. 68.

⁵⁸⁶ SILVA FILHO, Edson Vieira da. Da modernidade à pós-modernidade: a exigência de uma nova forma de hermenêutica constitucional. RVMD, Brasília, V. 9, nº 2, p. 160-188, Jul-Dez, 2014.

⁵⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215 e 217.

⁵⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2019. p. 54.

⁵⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 341.

interpretando para aplicar e aplicar interpretando, sem a existência de um método para tal exercício, inexistindo, ainda, diferenciação entre *easy* e *hard cases*⁵⁹⁰. Dessa forma, o intérprete não interpreta por partes, não existem fases caracterizadoras do processo interpretativo, ocorre que, na *aplicattio*, o conhecimento a interpretação e aplicação se dão a partir de um único momento⁵⁹¹.

Assim, ao contrário do processo interpretativo clássico, a partir do qual haveria uma divisão operacional em partes, quais sejam: *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi*, *subtilitas applicandi*, de forma que primeiramente aconteceria a compreensão, depois a interpretação, para, somente depois, aplicar. A impossibilidade dessa cisão, considerando que com a *aplicattio*, não há divisões para o processo de interpretação, que ocorre a partir de uma fusão de horizontes não sendo possível, dessa forma, que o intérprete retire do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, de forma que o intérprete sempre atribuirá sentido⁵⁹².

Mesmo inexistindo um método específico que garanta que um determinado processo interpretativo seja correto, não há a autorização para que o intérprete realize uma escolha acerca do sentido que melhor convir, seja em uma perspectiva individual ou institucional, não sendo a sua suficiente para que haja uma atribuição de sentidos arbitrária⁵⁹³, o que torna necessária a observância a um norte de sentido, existindo um texto constitucional que deve ser observado para a interpretação/aplicação dos textos jurídicos, sempre levando em conta as particularidades de cada caso concreto, não sendo possível falar na mera subsunção sem observância às especificidades.

Devemos levar em conta, para a compreensão do modelo hermenêutico, que a Constituição da República não pode ser vista meramente como um procedimento que dispõe de regras acerca da formação política do país, mas sim como o fundamento de validade de todo o sistema jurídico, temos que para que haja a sua

⁵⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial*. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2019. p. 57.

⁵⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito (NCD)*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 105.

⁵⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008. p. 130. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/67-125-1-SM.pdf> Acesso em: 08 de março de 2021

⁵⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

efetividade ou não, deve-se levar em conta a forma pela qual é realizada sua interpretação, e, consequentemente, sua aplicação⁵⁹⁴.

Nesse sentido, conforme ressalta Francisco José Borges Motta, a Constituição de 1988 se apresenta como o marco de inauguração do Estado Democrático de Direito no Brasil, sendo notável um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e Executivo para a justiça constitucional⁵⁹⁵, voltando-se o foco da tensão política para o Judiciário, trabalhada no item 3.2 do presente trabalho.

Assim, a partir da construção de uma teoria da decisão judicial, Streck desenvolve a Crítica Hermenêutica do direito (CHD) a fim de evidenciar a necessidade de que sejam dadas respostas constitucionalmente adequadas, corretas, evidentemente interligadas à necessidade de que haja uma fundamentação das decisões judiciais. A partir de um modelo hermenêutico, deve-se levar em conta a necessidade de que os atos praticados pelo judiciário, como a prolação de sentenças e acórdãos, sejam baseados em decisões e não em escolhas, não sendo a decisão judicial uma simples opção dentre outras teses existentes, há a necessidade de que haja um comprometimento a partir do qual se garanta a preservação e prevalência da Constituição⁵⁹⁶.

Como pressuposto para a compreensão de sua teoria, é necessário lembrar que não há como se pensar, levando em conta o predomínio da linguagem no contexto em que estamos inseridos, na consciência como ponto de partida dos sentidos, levando em conta construções individuais, ou até mesmo institucionais, sendo que, caso assim seja considerado, há como consequência a concepção de que o próprio conhecimento se funde a partir de perspectivas e experiências pessoais para que se concretizem direitos⁵⁹⁷. A ideia de afastamento do positivismo consiste justamente na ideia de que é necessário um distanciamento de um pensamento objetificante e assujeitador, próprio do esquema S-O, sendo imprescindível para o processo de interpretação e aplicação das normas a conformidade à Constituição.

⁵⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 432.

⁵⁹⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25.

⁵⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 251/253.

⁵⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decidido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 20.

Streck, que se alinha à uma vertente substancialista do direito, propõe, para tanto, uma ruptura com o dogmatismo, propondo como necessária existência de que sejam estabelecidas relações entre o direito e a filosofia, devendo ser levado em conta, para tanto, o contexto brasileiro pós Constituição de 1988, em que se nota um Poder Judiciário que atua com elevada carga de imposição conteudística, em decorrência de uma notável aposta na figura do julgador⁵⁹⁸. Nesse sentido, a Constituição é vista para além de seu texto, sendo percebida como um documento histórico-cultural que implica a necessidade de que seja compreendida como uma fonte formal, emanando a vontade soberana, e, ainda, como uma função de consagração de direitos dos cidadãos, se apresentando como limites ao poder estatal⁵⁹⁹.

Para tanto, deve-se levar em conta que, em caso de se adotar uma visão proceduralista do texto constitucional, acaba sendo aberto espaço para que não sejam observados os aspectos negativos da Constituição, como os direitos sociais não realizados e os direitos fundamentais não respeitados, e, ainda, para que o direito passe a ser entendido tão somente como um mecanismo redutor de complexidades, deixando de lado o sentido transformador característico do paradigma do Estado Democrático de Direito, possibilitando, dessa forma, que o direito constitucional acabe por ser transformado em um Direito Constitucional simbólico⁶⁰⁰.

Assim, há a necessidade da construção de uma Teoria da Decisão, levando em conta, para tanto, que não há a possibilidade de que, em um Estado Democrático de Direito, sejam aceitos atos voluntaristas nos atos decisórios tornando necessária a compreensão de como decidem os juízes, que devem estar vinculados ao Estado Democrático de Direito e à Constituição, devendo a atuação judicial ocorrer em observância a limites, e não como o produto de uma subjetividade⁶⁰¹. A

⁵⁹⁸ TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 112.

⁵⁹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martopio Mont'Alverne Barreto (orgs.). Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 246.

⁶⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003

⁶⁰¹ COPELLI, Giancarlo Montagner. Uma teoria do Estado em diálogo com a Crítica Hermenêutica do Direito. Revista Consultor Jurídico, Coluna Diário de Classe de 10 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/diario-classe-teoria-estado-dialogo-critica-hermeneutica-direito> Acesso em: 02 de março de 2021.

institucionalização do decisionismo mostra-se mais perigosa, uma vez que além de romper com o compromisso democrático de respostas fundamentadas, afasta-se de um fenômeno individual, migrando para a esfera dos poderes e promovendo um desequilíbrio no sentido da prevalência de um sobre os outros, como um super-poder.

Streck realiza uma discussão acerca do baixo grau de constitucionalidade no Brasil contemporâneo, levando em conta, para tanto, que há uma incapacidade crônica de que, neste contexto do país, sejam satisfeitas as demandas que exsurgem do constitucionalismo contemporâneo, em alto grau, considerando a diminuta capacidade de que elas sejam satisfeitas por meio do Estado Democrático de Direito, com um *plus* normativo, evidenciado a partir de seu caráter transformador da realidade social⁶⁰².

A partir deste fator transformador, intitulado “*plus* normativo” por Streck, os textos constitucionais passam a explicitar quais as possibilidades para que haja um resgate das promessas incumpridas da modernidade, de forma que, pra que possa se falar em uma superação do positivismo, há a necessidade de que haja um exame de validade substancial do texto, não sendo suficiente tão somente uma análise de sua vigência, tornando necessária uma análise conforme a Constituição⁶⁰³.

Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988, em que pese o reconhecimento da importância do novo texto, as práticas judiciárias não estavam preparadas para as rupturas paradigmáticas estabelecidas, além de que passou a existir um imaginário dogmático baseado em um senso comum teórico, trabalhado por Warat, a partir do qual era retirado o destaque ao sentido da Constituição⁶⁰⁴. O conceito de senso comum teórico dos juristas leva em conta leva em conta a existência de discursos competentes da ciência, que são forjados na própria práxis jurídica, levando, como consequência, a uma concepção do conhecimento científico do direito como sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se

⁶⁰² DA SILVA FILHO. Edson Vieira. COSTA, Débora Laís dos Santos. Só é possível habitar o que se constrói: Uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Direito Fundamental à Moradia no Brasil Contemporâneo. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, Editora Unijuí – Ano XXIX – n. 53 – jan./jun. 2020. p. 116/127

⁶⁰³ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e a teoria da argumentação na ambiência do debate “positivismo (neo)constitucionalismo”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martopio Mont’Alverne Barreto (orgs.). Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 270/271.

⁶⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis. Revista Sequência – UFSC, v. 35 n. 69, 2014.

manifestam no discurso e que devem, por sua vez, ser objeto um pensamento crítico, a partir de um novo ponto de vista epistemológico⁶⁰⁵.

Tem-se, portanto, que enquanto, por um lado, a dogmática jurídica apresenta uma explicação do direito baseada em uma entificação do sentido do ser, considerando que sujeito cognoscente atribui às coisas os seus significados, por outro lado, a partir da hermenêutica do direito, pode-se dizer que há uma superação do esquema sujeito-objeto, tornando-se necessário, ao invés de dizer o que é o ser, escutar o que é dito pelo próprio ser, em sua mundialidade, por meio da linguagem, considerando que há um sentido quando da compreensão que sempre é adiantado, uma pré-compreensão acerca do seres⁶⁰⁶.

Deve haver, assim, uma desconstrução da objetificação que predomina no pensamento dogmático, identificada a partir da ausência de uma distinção estabelecida entre os conceitos de “ser” e “ente”, com a consequente prevalência do método⁶⁰⁷, deixando de lado as questões temporais e espaciais que envolvem os objetos a partir de um desvelamento do ser.

Levando em conta que, por muitas vezes, ainda se observa a sustentação de um modelo típico do positivismo exegético para a interpretação do direito, Streck considera, a respeito da baixa constitucionalidade, a incidência de alguns problemas nos âmbitos relacionados ao direito:

Os problemas decorrentes de uma “baixa constitucionalidade” podem ser constatados nos mais diversos âmbitos do direito e sob os mais diversos matizes. O déficit de constitucionalização da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre *vigência* e *validade* (o que equivale hermeneuticamente a equiparar *texto* e *norma*, *vigência* e *validade*). Com isto, a *Constituição* fica relegada a um segundo plano, porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade de um texto.⁶⁰⁸

O que irá produzir, de forma efetiva, uma resposta acerca do texto jurídico, é a facticidade, sendo que, sempre a partir de uma análise da existência concreta no mundo concreto, e da linguagem, instituída por uma determinada tradição, serão

⁶⁰⁵ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência; Estudos Jurídicos e Políticos*. N. 5 Vol. 48, 1982.

⁶⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 217/218

⁶⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215/216.

⁶⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismo e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 183.

atribuídos os sentidos às coisas⁶⁰⁹, de forma que o conteúdo de um determinado texto jurídico está tanto na sua literalidade quanto além dela, devendo ser levados em conta comportamentos, símbolos e conhecimentos expressados a partir da linguagem, que, a partir do rompimento estabelecido com o paradigma metafísico aristotélico-tomista, e, ainda, da filosófica da consciência, passou a ser condição de possibilidade⁶¹⁰.

É imprescindível, dessa forma, que a Constituição seja observada e tida como o horizonte autêntico para a produção do direito, sendo evidente a incindibilidade do texto constitucional⁶¹¹, e, ainda, que o atual constitucionalismo não estabelece coaduna com subjetividades assujeitadoras, não sendo possível de ser assumida uma postura decisionista, sempre levando em conta que a deve ser preservada a autonomia do direito, bem como afastadas discricionariedades e mantida a integridade do direito, sendo necessária a fundamentação, levando em conta que a Constituição ainda constitui⁶¹².

Deve-se considerar o texto constitucional como sendo o grande *locus* em que se opera a luta jurídico-política, de forma que, partir dela, há a representação de um momento em que são redefinidas as relações políticas e sociais que são desenvolvidas impondo diretrizes ao Estado e à própria sociedade, vinculando os poderes públicos⁶¹³. Assim, levando em conta a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição, sendo este o parâmetro para a prática de atos, não pode o judiciário, verificando uma adequação possível do texto, realizar outra diversa em decorrência de questões pessoais, de seus caprichos ou bondades⁶¹⁴, sendo tal prática caracterizadora de decisionismo, com a utilização de critérios arbitrários como se não houvesse um norte de sentido a ser observado.

⁶⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 342.

⁶¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito (NCD). In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 104.

⁶¹¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Afinal: quem é o estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) Estudos Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 163.

⁶¹² Vide nota 391.

⁶¹³ CLÈVE, Clémerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

⁶¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martopio Mont'Alverne Barreto (orgs.). Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 232.

Há um sentido da Constituição que advém de uma proposta civilizatória, existente a partir do Estado Democrático de Direito, tendo como base a necessidade de concretização de direitos fundamentais, e da função social do direito, devendo ser levado em conta, ainda, que da mesma forma que não é possível se falar em uma simples subsunção do fato à norma, não é possível, também, se falar em uma subsunção em relação ao texto e a Constituição, sendo o sentido do texto identificado a partir do modo de ser-no-mundo no qual se situa o intérprete⁶¹⁵.

Tem-se, dessa forma, claro o papel constitucional de norte de sentido para a interpretação jurídica a ser realizada de acordo com os eventos, devendo ser levado em conta tanto o seu propósito de apontar para o futuro a partir de seus objetivos, quanto a sua função de proteção com relação aos direitos já existentes. Sobre a necessidade de que seja realizada a interpretação dos textos conforme a Constituição, levando em conta a necessidade de que todos os textos normativos observem a sua validade, ressalta Streck:

Alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e tribunais não podem (so)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição.⁶¹⁶

Há a necessidade, portanto, de que haja a prevalência do texto constitucional inclusive em face das maiorias eventuais, sendo o contramajoritarismo necessário para a efetivação dos direitos previstos constitucionalmente, o que não pode, entretanto, levar à ocorrência de decisionismo e arbitrariedades, sendo justamente a resposta constitucionalmente adequada a ferramenta para que sejam blindados os atos discricionários⁶¹⁷.

A questão do direito, portanto, se refere à compreensão cerca de que fundamentar não é um problema metodológico ou relacionado a um procedimento argumentativo, mas sim um modo de ser, considerando, para tanto, que a

⁶¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito (NCD). In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 114.

⁶¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 351.

⁶¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 431.

hermenêutica é filosofia, e não uma forma de normatizar procedimentos metodológicos, inexistindo qualquer fórmula suficiente para que o intérprete fosse desonerado do dever de interpretar, ou, ainda, qualquer teoria da argumentação que substituísse a autoridade da tradição, no sentido Gadameriano, que deve ser desvelada de acordo com cada caso objeto de interpretação⁶¹⁸.

Os princípios, neste contexto, têm a função de fechar e limitar a interpretação, e não de abrir, considerando que, a partir deles, há uma introdução do mundo prático no direito, e, com a reinserção da facticidade, há a redução do espaço para que haja discricionariedade do intérprete, a partir do espelhamento de uma tradição jurídica que possibilita o estabelecimento de um diálogo entre a decisão de cada caso específico com o ordenamento jurídico como um todo⁶¹⁹. Não podem os princípios, entretanto, ser utilizados com uma pretensão retórico-corretiva como se houvesse a possibilidade de criação de princípios para a correção de incertezas da linguagem, que se apresentam como *standards* interpretativos sem critérios para que sejam definidos, caracterizando o que Streck denomina Panprincipiologismo⁶²⁰.

É, portanto, na Constituição, produzida de forma democrática, que está o horizonte autêntico de compreensão⁶²¹, sendo necessária a observância aos princípios e estabelecida uma relação com o objeto a ser compreendido, levando em conta uma aproximação do mundo concreto, das coisas e de suas significações, não sendo válida a atribuição de valores às coisas a partir de perspectivas individuais.

Mesmo considerando a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, há o direito de obtenção de respostas que sejam corretas, ou seja, adequadas à Constituição⁶²², que deve ser cumprida, em uma superação da cisão entre o ato de interpretar e de aplicar, que se dão em uma forma de integração tendo como base o círculo hermenêutico, necessário para que haja a compreensão, interpretação e aplicação, realizadas em um único momento, que é a *aplicattio*.

Pode-se observar, assim, que o estudo e a adoção da Crítica Hermenêutica do

⁶¹⁸ MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraira do Advogado, 2012. p. 154.

⁶¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. 2 ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2019. p. 59.

⁶²⁰ Vide nota 361.

⁶²¹ SILVA FILHO, Edson Vieira da. A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal? In: STRECK, Lenio Luiz (org.). A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. 2 ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2019. p. 59.

⁶²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 619.

Direito como norte de sentido não trata do solipsismo propriamente dito, mas sim dos arranjos que buscam a preservação das regras mínimas que permitem o jogo democrático dentro dos parâmetros por nós conformados como compromissos para nós e para as futuras gerações, é questão de base, e, em última análise, a própria democracia posta em risco a partir da concentração arbitrária do poder, que tende a levar a excessos perigosos, e é disso que trata este trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para alcançar os objetivos pretendidos na presente pesquisa, foram eleitos marcos teóricos que se apresentam sucessivamente nos capítulos dela decorrentes, de acordo com o que se pretendeu em cada um deles. A abordagem relativa ao pós-positivismo se dá a partir de Hans Kelsen, imprescindível para que se promovesse a sustentação de uma compreensão avançada do direito na modernidade, e que serviria, por sua vez, de ponto de partida para a consolidação do Estado Moderno e de suas premissas clássicas, momento em que se pede a perspectiva de Montesquieu no desenho do ainda vigoroso, embora já desgastado, Estado Moderno.

Se no ponto de partida deste trabalho, e conforme assevera João Uchoa, o ponto de partida é sempre uma eleição já que antes dele sempre existe alguma coisa, firmou-se a ideia de que em Kelsen o solipsismo já seria concebido como um problema recorrente na estrutura jurídica, e que poderia ser mitigado a partir de uma ciência dotada de pureza, de forma que o mundo concreto seria como que congelado em sua existência, e processado em um plano ideal, validado pela neutralidade obtida por uma linguagem ideal em um esquema de lógica formal, encadeando as regras resultantes das estruturas formadas a partir do pacto originário, formalizada na norma fundamental, ambas metáforas extremamente úteis para a representação da base do problema que se anuncia.

É a partir desse desgaste do Estado Moderno, que surge das dívidas não pagas nascidas das insuficiências próprias da modernidade e que deixaram no projeto homem uma série de expetativas frustradas, que nasce a demanda pela compreensão do necessário salto qualitativo proposto pelo(s) neoconstitucionalismo(s). A

perspectiva de um novo arranjo social, de novas possibilidades do sujeito e da demanda pela superação do esquema sujeito-objeto, passa pela severa crítica de Castanheira Neves no processo de fusão entre questão de fato e questão de direito, trazendo com ele a imprescindível reinserção do mundo concreto para a compreensão adequada do direito, ao afastar-se dos planos separados ideal/real; ser/dever-ser.

A nova perspectiva do Estado Moderno que surge a partir dessas premissas, pede uma releitura constitucional, o que se dá a partir dos modelos nascidos no pós-guerra na Europa Continental, e que tem no direito um projetar-se para o futuro, em uma estrutura baseada em regras e princípios. A leitura da tese da descontinuidade defendida por Streck, a partir da qual princípios constitucionais não devem ser considerados como uma revigoração dos velhos princípios gerias do direito, abrem um caminho para a reinserção do mundo concreto no direito, e enquanto compromissórias e programáticas, encontra-se agora, nas constituições, algo que vai além da perspectiva kelseniana de ordem estrutural baseada em um rigor decorrente da linguagem e destinada a regular questões sociais.

Agora o *plus* normativo dá à Constituição o papel de transformar. Se, contudo, o Estado Moderno precisa passar por releituras, seus fundamentos clássicos como o equilíbrio de poderes e as atribuições originárias constitucionalmente construídas, prevalecem. Assim sendo o novo exsurge em parte das cinzas do velho, mas mantendo de seu projeto originário alguns conceitos básicos, que se apresentam, por sua vez, inegociáveis até o presente momento.

Aqui encontra-se o âmago da questão. Novas possibilidades gerando novas demandas em um Estado que se propôs como incumbido de, além de resgatar as promessas incumpridas da modernidade, de cumprir mais outros tantos compromissos que passam a existir, abrindo-se exponencialmente em novas demandas.

Demandas abertas, por sua vez, implicam mais atuação de velhos atores em novos papéis. As instituições veem nas possibilidades contemporâneas, nos rearranjos e redesenhos, novas possibilidades de protagonizarem o projeto “Estado Moderno do Brasil contemporâneo”. Um dos grandes obstáculos (como se já não houvesse tantos), é que no(s) jogo(s) de poder, conforme previa Maquiavel, nota-se a tendência do abuso vindo de seu acúmulo.

Pois bem, se o solipsismo decisionista já era algo com que o judiciário lidava de há muito, por que não fazer prevalecer um solipsismo institucional, não mais com

uma arbitrariedade difundida entre indivíduos e sim a partir de um discurso adjudicador da justiça, em nome da estabilidade, dos valores sociais, da vontade geral e do consenso nacional? A leitura de Abranches se torna instrumento hábil para desenhar a crise institucional pela qual passa o Estado Moderno no Brasil Contemporâneo, bem como para deixar clara a abertura de espaços nas instâncias de poder, espaços estes que o judiciário busca ocupar, como se candidato a uma vaga nos novos arranjos estruturais propostos. Diante destas novas possibilidades deixou-se de lado o detalhe de que, mais do que metáforas, vontade geral e tripartição de poderes (seria uma metáfora?) são pilares de sustentação sobre os quais se ergue o estado social democrático de direito brasileiro.

Streck apresenta, por fim, uma proposta hermenêutica adequada ao modelo constitucional brasileiro, trata-se da critica hermenêutica do direito (CHD), com suas bases solidamente fincadas na Hermenêutica Filosófica, a partir da qual os sentidos afastam-se do método validador, e encontram-se sedimentados na mundialidade. A partir da compreensão dos entres em um autêntico modelo de conhecer intersubjetivo, em um processo circular entre o apofântico e o hermenêutico, é possível se alcançar a temporalidade construtora do sentido das coisas e suas compreensões adequadas.

Assim fugindo da filosofia da consciência, da relativização resultante do uso inadequado dos princípios pelas teorias argumentativas de matriz aleyana, das dogmáticas cegas e do próprio normativismo aprisionador do positivismo kelseniana, Streck apresenta a proposta de que não há que ser realizada uma separação entre texto e norma, e entre interpretação e aplicação, sendo a partir do círculo hermenêutico que haverá a introdução da facticidade, não podendo as pré-compreensões serem afastadas deste processo.

Ao final da pesquisa é possível afirmar que:

- 1) O positivismo exegético, a ser atacado pelo neopositivismo normativista kelseniano, baseado na ideia da suficiência da letra da lei para a solução das demandas sociais existentes, tendo o juiz como responsável por atribuir o sentido da lei, estabelecendo seus limites, acabava por demonstrar a existência de uma abertura para que a Constituição se tornasse o que o judiciário dissesse o que ela deveria ser.

- 2) Quando da detecção das insuficiências da linguagem por Kelsen, no neopositivismo, tem-se a constatação de que a linguagem não se confunde com o texto, mas sim que se apresenta como condição de possibilidade para sua compreensão. Há, desde já, a identificação da existência de uma discricionariedade exercida pelo juiz quando da prática de seus atos, evidenciando que, longe de ser uma prática recente, há muito já se constata a impossibilidade de controle do Juiz.
- 3) A exaustão da modernidade nos leva a uma nova leitura social a partir de uma multiplicação de possibilidades, que vão fazer com que o sujeito da modernidade venha a explodir multidirecionalmente, resultando em um movimento originário da Europa Central denominado genericamente neoconstitucionalismo(s), e que aqui aporta em 1988, com o advento da Constituição.
- 4) Levando em conta que a Constituição de 1988 gira em torno da proposta de um novo modelo de sujeito com novas possibilidades e, consequentemente, mais pretensões, não há que se falar na possibilidade e que haja uma ciência pura, própria da modernidade e seu projeto baseado no esquema s-o, afastada de toda e qualquer influência externa para a compreensão e aplicação do direito como pretendia Kelsen, sendo imprescindível levar em conta a nova concepção do sujeito e das demandas existentes, não sendo o modelo moderno e dogmático suficiente para dar conta da realidade contemporânea.
- 5) As alterações dos modelos de juízes com o passar do tempo apontam para uma alteração das formas de exercício de poder institucionais. De Júpiter a Hércules e Hermes, a partir de Ost é possível constatar que, mesmo sendo possível notar um ganho qualitativo com relação à forma de exercício dos atos praticados pelo Magistrado, não há, ainda, um modelo de juiz que se apresente apartado de questões solipsistas, mesmo que desejado.
- 6) Há um sentido constitucional que advém de uma proposta civilizatória, existente a partir do Estado Democrático de Direito, tendo como base a

necessidade de concretização de direitos fundamentais, e da função social do direito, além da ideia de um *plus* normativo que consiste no caráter transformador a ser exercido pelo Estado.

- 7) Mesmo considerando a possibilidade do exercício de um controle de constitucionalidade pelo Judiciário, o que de fato é relevante e necessário, não há a permissão para que sejam adotadas práticas com cunho político sob o álibi do contramajoritarismo.
- 8) Levando em conta que as alterações das estruturas de poder influenciam, inexoravelmente, na forma de exercício de poder adotada em sociedade, foi possível constatar que de que de fato existe, além do decisionismo, um protagonismo judicial, sendo, por muitas vezes, identificadas práticas pelo Poder Judiciário que nem sempre atendem aos desígnios constitucionais.
- 9) Os atores dos Poderes de Estado acabam por coordenar seus atos a fim de que alcancem objetivos pretendidos, o que acaba por se apresentar de forma prejudicial à tripartição de poderes e à própria democracia, deixando de ser observados horizontes autênticos para a compreensão e aplicação do direito para que sejam utilizados referentes institucionais, que espelham os ideais dos poderes e das soluções consideradas adequadas para os conflitos internos e referentes às relações estabelecidas entre eles.
- 10) A partir do fenômeno do presidencialismo de coalizão vivenciado no Brasil com o advento da Constituição de 1946, registrado por Abrantes, nota-se a fragilidade da tripartição de poderes pretendida por Montesquieu tanto na teoria quanto na prática, com contínuos focos de desavença acerca de decisões que, por muitas vezes, acabam por ser elaboradas levando em conta questões políticas e a resolução de anseios institucionais.
- 11) Os princípios constitucionais não podem ser vistos como uma reformulação dos princípios gerais do direito, e nem mesmo como forma de abertura interpretativa, mas sim como fechamento interpretativo e forma de institucionalização do mundo prático no direito, preservando a autonomia do

direito, preservando a estrutura e promovendo os ideais constitucionais, estabelecendo condições para um controle da interpretação constitucional e garantindo a observância à Constituição para solução das demandas sociais dentro de uma necessária ação pautada pela legitimidade, impedindo a validação de quaisquer meios para a obtenção de quaisquer fins.

12) Considerando o modelo constitucional democraticamente construído e em vigor no Brasil, a realidade social adequada às demandas plurais de uma sociedade que assim se propôs, bem como a tripartição de poderes, condição de possibilidade para o equilíbrio de forças no Estado Moderno, tem-se que a Crítica Hermenêutica do Direito, proposta por Streck, mostra-se como caminho adequado para a consecução legítima dos fins constitucionalmente propostos enquanto projeto civilizatório em vigor, com a finalidade de que seja observado um norte de sentido adequado para a interpretação/aplicação do direito, que é justamente a aplicação conforme a Constituição, se tratando, por sua vez, de um direito fundamental, devendo ser levada em conta a existência de princípios, e não de políticas, evitando, dessa forma, decisões proferidas *ad hoc*, respeitando os papéis constitucionalmente desenhados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro. vol. 31, n. 1, 1988, pp. 5 a J4. Disponível em: <https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizao-sergio-abranches.pdf>

ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ABRANCHES, Sérgio. *Trinta anos de presidencialismo de coalizão*. Blog DADOS, 2019 Publicado em 31 de maio de 2019. Disponível em: <http://dados.iesp.uerj.br/trinta-anos-de-presidencialismo-de-coalizao/>

ABRÃO, Baby; COSCODAI, Mirtes. *História da filosofia: o percurso da filosofia, das suas origens a: Sócrates, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, Descartes, Espinosa, Newton, Rousseau, Hegel, Marx, Nietzsche, Sartre, Heidegger entre outros pensadores*. 2. ed. São Paulo: Best Seller, 2003.

AGUILAR, Enrique. *A liberdade política em Montesquieu: seu significado*. En publicacion: Filosofia Política Contemporânea: Controvérsias sobre Civilização, Império e Cidadania. Atilio A. Boron, 1a ed. - Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Departamento de Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo. Abril 2006.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Org. Trad. Luís Afonso Heck. 3. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. *Poder Judiciário e Política: o dilema do constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AQUINO, São Tomás de. *Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino*. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ : Vozes, 1995.

AQUINO, São Tomás de. *Os princípios da realidade natural: o ente e a essência*. Tradução de Henrique Pinto Rema. Porto, Portugal: Porto Editora, 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; VEDOVATO, Luís Renato; SIMONI, Rafael Lazzarotto. *Os novos donos do saber jurídico: a disputa pela ocupação dos espaços de produção de sentido do Direito no Brasil*. Revista de Estudos Constitucionais,

Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 10(2):183-196, maio-agosto 2018. Unisinos. Disponível em:
<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.102.08>.

AUSTIN, John. *Province of jurisprudence determined*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc. 1998.

AVRITZER, Leonardo. *O novo constitucionalismo latino-americano*: o prisma sociológico-histórico. In: AVRITZER, Leonardo [et. al.]. *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 44 ed. São Paulo: Globo, 2003.

AZEVEDO, SILVAGNER ANDRADE DE. *Direito e Jurisdição: Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost*. Direito Público, [S.I.], v. 8, n. 44, ago. 2013. ISSN 2236-1766. Disponível em:
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2070>

BARROSO, Luiz Roberto. *A razão sem voto*: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50. Disponível em:
<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *Cidadania e democracia*. Lua Nova, São Paulo , n. 33, p. 5-16, Ago. 1994. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000200002&lng=en&nrm=iso.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política*: uma revelação difícil. Lua Nova: revista de cultura e política. São Paulo, v. 61, pp. 5-24, 2004. Disponível em:
http://www.cedec.org.br/files_pdf/luanova/LN-61.pdf

BERMAN, Manrshal. *Tudo que é sólido desmancia no ar*. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

BILLIER, Jean-Cassien. MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Braueri, SP: Manole, 2005.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 1^a reimpr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOLZAN DE MORAES, José Luiz. *O Brasil pós-1988: Dilemas do/para o Estado Constitucional*. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados* 18 (51), 2004. p. 128. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>

BORGES, Ivan Cláudio Pereira. *O modelo metodológico-jurídico do jurisprudencialismo de António Castanheira Neves como proposta de superação de funcionalismos: o exemplo do neoconstitucionalismo*. In: MONTEIRO, António Pinto; AMARAL, Francisco; LINHARES, J. M. Aroso; MARCOS, Rui de Figueiredo. *Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos diálogos com Castanheira Neves*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7^a ed. 9^a reimp. Coimbra: Edições Almedina. p. 658.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Os métodos do acharamento político*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 6^a ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2020.

CASTANHEIRA NEVES, A. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 3. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 2. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 1. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Boletim da faculdade de direito Universidade de Coimbra, Stvdia Ivrídica 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 163/169.

CASTRO, Marcus Faro de. *O supremo tribunal federal e a judicialização da política*. XX Encontro Anual da ANPOCS Caxambu-MG, 1996. p. 2. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/20-encontro-anual-da-anpocs/gt-19/gt03-5/5342-mfaro-o-supremo/file>

CERQUEIRA, Nelson; PASSOS, Bruno Ricardo dos Santos. *As Revoluções Científicas e a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen/The Scientific Revolutions and the Hans Kelsen's Pure Theory of Law*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 163-173, jun. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedyreito/article/view/980/845>.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas*: de Maquiavel a nossos dias. Trad. Lydia Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973.

CHUEIRI, Vera Karam. *Direito, história e memória: ainda há juízes em Berlim (?)*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2019.

CIRIZA, Alejandra. *A propósito de Jean Jacques Rousseau: contrato, educação e subjetividade*. In: BORON, Atilio A. *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas. São Paulo: Universidade de São Paulo. 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CLÉVE, Clemerson Mérlin. *O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adércio de Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 3^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

COELHO, Luiz Fernando. *Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen*. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 116-132, jan. 1982. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17160/15721> .

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Constituição em perspectiva histórico-cultural e os limites e o sentido do poder constituinte*. Leitura jurisprudencialista da lição fundadora de Emmanuel Joseph Sieyès. In: MONTEIRO, António Pinto; AMARAL, Francisco; LINHARES, J. M. Aroso; MARCOS, Rui de Figueiredo. *Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos diálogos com Castanheira Neves*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020.

COMTE, August. *Discurso preliminar sobre o espírito positivo*. Tradução de Rennato Barboza Rodrigues Pereira. Edição eletrônica de Ridendo Castigar Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/comte.pdf>

COMTE, August. *Principios de filosofia positiva*. Tradução de Jorje Lagarrigue. Santiago: Imprenta de la libreria del mercúrio, 1875.

COPELLI, Giancarlo Montagner. *O presidencialismo de coalizão: um problema de Direito*. Revista Consultor Jurídico de 02 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/diario-classe-presidencialismo-coalizao-problema-direito>

COPELLI, Giancarlo Montagner. *Uma teoria do Estado em diálogo com a Crítica Hermenêutica do Direito*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Diário de Classe de 10 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/diario-classe-teoria-estado-dialogo-critica-hermeneutica-direito>

COSTA, Débora Laís dos Santos. *Fundamentar ou não fundamentar? Eis a questão: um debate a partir da chain novel de Dworkin sobre o artigo 489, § 1º e sua aplicabilidade no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 83

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Teoria geral do Estado: ciência política*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CURI, Ivan Guérrios. *Tempos de crise do Direito: intercorrências e perspectivas do jurisprudencialismo*. In: MONTEIRO, António Pinto; AMARAL, Francisco; LINHARES, J. M. Aroso; MARCOS, Rui de Figueiredo. *Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos diálogos com Castanheira Neves*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.) *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. 17 reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas*. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

FOLLARI, Roberto A. *Um discurso sobre as ciências: a abertura aos tempos*. In: SOUZA SANTOS, Boaventura de (org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 1ª ed. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito*. Argumenta Journal Law: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi, nº 10, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. tradução de Flávio Paulo Meurer, revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 9º ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, Adércio Leite, CRUZ, Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GILLMAN, Howard. CLAYTON, Cornell. *Supreme Court Decision Making: new institutional approaches*. Chicago: The university of Chicago press. 1999.

GINZURG, Carlo. *Medo, reverência, terror: Quatro ensaios de iconografia política* tradução Federico Carotti, Joana Angélica d'Avila Melo, Júlio Castañon Guimarães — 1a ed. —São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A tripartição dos poderes em Montesquieu*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Embargos Culturais, 14 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-14/embargos-culturais-triparticao-poderes-montesquieu>

GONÇALVEZ, Antonio baptista. *Hermenêutica e a linguagem: um estudo sobre sua relação com a filosofia, o Direito, o neoconstitucionalismo e a defesa da dignidade da pessoa humana*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

HART, Hebert. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1961.

HART Herbert L. A. *Visita a Kelsen*. Revista Lua Nova nº 64. São Paulo Jan./Apr. 2005, 153-177.

HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenêutica da facticidade*. Tradução de Renato Kirchner. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2014.

HOBBES, Thomas. *Do cidadão*. Tradução, apresentação e notas de Renato Janine Ribeiro. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBES, Thomas. *Elementos de Filosofia - Primeira Seção - Sobre o Corpo*. Parte I - Computação ou Lógica. 57 Tradução e apresentação de José Oscar de A. Marques. Campinas: IFCH/Unicamp, 2005. p. 57. Disponível em: https://www.unicamp.br/~jmarques/trad/HOBES-Sobre_o_Corpo-Parte_I-Logica.pdf

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. p. 45. Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução de Maria L. Teixeira e Marcos Penchel. 15. ed. Paz e Terra, 2000.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate - proceduralismo versus substancialismo*. Juris Plenum Ouro, Caxias do Sul: Plenum, n. 16, nov./dez. 2010. 1 DVD. ISSN 1983-0297.

JASMIN, Marcelo Gantus. *Alexis de Tocqueville: a historiográfica como ciência da política*. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG: IUPERJ, 2005.

KALLÁS FILHO, Elias. FUZARI, Tiago de Souza. *Da crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck ao jurisprudencialismo de Castanheira Neves: um caminho para a superação da discricionariedade do juiz na atual realidade jurídica brasileira*. Revista Quaestio Iuris. vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016. pp. 122-139.

KELSEN, Hans. *Normas jurídicas e análise lógica*. [Correspondência trocada entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug]. Traduzida por Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN. Hans. *A democracia*. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdiccional*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58741/57534>>.

KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. Traducción de Augustín Contín. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamengo. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES, Ziel Ferreira. *Onde habita o juiz Hércules? Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais*. Tese apresentada para doutorado em

Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2020.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito, volume 2: o século XX*. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 35 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *O STF na política e a política no STF*. IDP – linha de pesquisa acadêmica. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINES, Fernando; SENNA, Carlos de Azevedo; CALEGARI, Luiza. *Se o Direito é a primeira vítima, a segunda é a democracia. É nessa ordem*. In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Colapso institucional, 1 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-01/entrevista-lenio-luiz-streck-jurista-advogado>

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Maurício Santana Dias. Penguin Companhia das Letras. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4377771/mod_resource/content/1/O-PRÍNCIPE-NICOLAU-MAQUIAVEL.pdf

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro – o processo de produção do capital. Volume II. 12. ed. Tradução de Reginaldo Sant'ana. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro – o processo de produção do capital. Volume I. 12. ed. Tradução de Reginaldo Sant'ana. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1988.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *A regulamentação da democracia direta e a divisão de poderes no Brasil*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martopio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47/48.

MAZZEO, Antonio Carlos. *Burguesia e capitalismo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. *John Locke e o individualismo liberal*. In: Os clássicos da política, org. Francisco C. Weffort, Ática, São Paulo 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Legitimidade da justiça constitucional*. Revista Da Faculdade De Direito 98, Universidade De São Paulo, (2003). 291-311. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67591>

MORAES, Filomeno. *Democracia, Constituição e Reforma Política*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martopio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos*

constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania*: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Afinal: quem é o estado?* Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional*. In: Democracia, Constituição e Reforma Política. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martopio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Luiz. *Constituição, direito e normatividade*. In: LEITE, José Adércio. *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 181.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 6ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Marecelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *A atuação do juiz no estado democrático de direito: Em busca do ponto de equilíbrio*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*. Doxa. Cuadernos de Filosofía. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsj1v8>>.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Código Napoleão - influência nos sistemas jurídicos ocidentais*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, [S.I.], n. 32, p. 1-14, fev.

2014. ISSN 1984-1841. Disponível em:
<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1003> .

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PINHEIRO, Aline. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. In: Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2009Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2009-mar-15/intervista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

POUSADELA, Inês M. *O Contratualismo Hobbesiano* [ou de como para entender do direito é necessário pensar do avesso]. In: BORON, Atílio A. (Org.) *Filosofia Política Moderna: de Hobbes a Marx*. São Paulo: Depto. de Ciência Política – FFLCH – Universidade de São Paulo, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alexis de Tocqueville: o profeta da democracia?* Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 89/2014. p. 351. Out/2014.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Editora Saraiva, 1963.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *O STF, seus bastidores e suas crises*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. *Democratização do Poder Judiciário no Brasil*. São Paulo: Editora Contarcorrente. 2018.

RIBEIRO, Pedro José de Almeida. *A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias do STF*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROCHA, Carlos Vasconcelos. *Neoinstitucionalismo como modelo de análise para as Políticas Públicas: algumas observações*. Revista Civitas: Porto Alegre, v. 5. n. 1. jan.-jun. 2005

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Tradução de Maria Lacerda de Moura. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nassetti. São Pauçlo: Editora Martin Claret, 2003.

RUSSEL, Bertrand. Introdução. In: WITTGENSTEIN, Ludwing. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

SANDANHA, Jânia Maria Lopes. *A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um lhar sobre o direito processual brasileiro*. Estudios Constitucionales, Santiago, v. 8, n. 2, pp. 675-706, 2010. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3522/ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y

SAMPAIO, José Adércio de Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pelas mãos de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. 2^a ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Paradoxo do liberalismo: teoria e história*. Rio de Janeiro: Revan, 3^a ed., 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Ainda existem juízes em Berlim”? – O STF e a liberdade de expressão. In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Direitos Fundamentais, 21 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-21/ainda-existem-juizes-berlim-stf-liberdade-expressao>

SARMENTO, Daniel. *Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social – (pós-modernidade constitucional)*. In: LEITE, José Adércio. *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des) construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da constituição*. Tese. Doutorado em Direito Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2011.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal?* In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2019.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *Da modernidade à pós-modernidade: a exigência de uma nova forma de hermenêutica constitucional*. RVMD, Brasília, V. 9, nº 2, p. 160-188, Jul-Dez, 2014.

SILVA FILHO. Edson Vieira da. COSTA, Débora Laís dos Santos. *Só é possível habitar o que se constrói: Uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Direito Fundamental à Moradia no Brasil Contemporâneo*. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, Editora Unijuí – Ano XXIX – n. 53 – jan./jun. 2020. p. 116/127

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza e VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá. 2010.

SILVA, Denival Francisco da. *A democracia no Brasil e o guardião do descuidado: a contribuição do poder judiciário no desmonte democrático*. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, para obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica. Itajaí/SC, 2018.

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

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *O segredo de Kelsen*: resenha de um livro imaginário sobre o fim do neoconstitucionalismo no direito brasileiro. In: Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Volume 90, número 01, ano 127 - janeiro a junho de 2018. 110-136.

SIMON, Henrique Smitd. *Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart*. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2006.

SOËTARD, Michel. *Jean-Jacques Rousseau*. Tradução de Verone Lane Rodrigues D oliveira. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as “dificuldades epidêmicas” do decidir*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *A Baixa Constitucionalidade como Obstáculo ao Acesso à Justiça em Terrae Brasilis*. Revista Sequência – UFSC, v. 35 n. 69, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/seq/n69/04.pdf>

STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador, Bahia: Editora Jus Podivm, 2019

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8. ed. ver. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum de 28 de junho de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar A “Letra Da Lei” É Uma Atitude Positivista? Novos Estudos Jurídicos [Online]*, Volume 15 Número 1 (27 julho 2010). Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>

STRECK, Lenio Luiz. *As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53>

STRECK, Lenio Luiz. *Como se prova qualquer tese em Direito*. Revista Consultor Jurídico, 26 de abril de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito>

STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo*. Revista Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>

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

STRECK, Lenio Luiz. *Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão*. Revista Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 6, vol. 1, Brasília, mai./2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/856>

STRECK, Lenio Luiz. *Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”*. Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum. 13 de março de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>.

STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada*. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 17(3), 721-732. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/67>

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes?* In: Revista Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum de 12 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil*. Revista Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336>

STRECK, Lenio Luiz. *Ministro Barroso, minha dor é perceber que apesar de tudo, tudo...* Revista Consultor Jurídico, Coluna: Senso Incomum de 24 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-24/senso-incomum-ministro-barroso-minha-dor-perceber-apesar-tudo-tudo>

STRECK, Lenio Luiz. MATOS, Daniel Ortiz. *Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico*. Revista UNIFESO – Humanas e Sociais Vol. 1, n. 1, 2014, pp. 120-140.

STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Revista Consultor Jurídico. Coluna Senso Incomum de 13 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>

STRECK, Lenio Luiz. *O direito como um conceito interpretativo*. Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 500-513, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2138>

STRECK, Lenio Luiz. *O (Pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes)* - dois decálogos necessários. Revista De Direitos E Garantias Fundamentais, (7), 2010. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/O-PÓS-POSITIVISMO-E-OS-PROPALADOS-MODELOS-DE-JUIZ-HÉRCULES-JÚPITER-E-HERMES---DOIS-DECÁLOGOS-NECESSÁRIOS.pdf>

STRECK, Lenio Luiz. *O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito*. In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum de 10 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>

STRECK, Lenio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum, 22 de março de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>

STRECK. Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – O constitucionalismo contemporâneo*. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v.1, n 02, p. 27-41, out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O Supremo, o contramajoritarismo e o “Pomo de ouro”.* Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum. 12 de julho de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>

STRECK, Lenio Luiz. *Os Dilemas da Representação Política: O Estado Constitucional entre a Democracia e o Presidencialismo de Coalizão.* Revista Direito, Estado e Sociedade, n.44, jan/jun 2014. p. 83 a 101. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/380>

STRECK, Lenio Luiz. *Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira.* In: SAMPAIO, Adércio Leite, CRUZ, Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Os modelos de juiz e a literatura.* In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura.* 2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Para juiz, vovó pode testar para Lenio, mas não para netos queridos.* Revista Consultor Jurídico, 2 de agosto de 2018. Coluna Senso Incomum. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/senso-incomum-juiz-vovo-testar-lenio-nao-netos-queridos>

STRECK, Lenio Luiz. *Quando o Direito só serve para dizer o que é "feio" fazer.* In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum de 5 de julho de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-05/senso-incomum-quando-direito-servir-dizer-feio>

STRECK, Lenio Luiz. *Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo?* Revista Consultor Jurídico de 17 de maio de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo?pagina=3>

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Zimmermann, Schmidt, Streck e Otávio: todos contra o pan-principialismo.* In: Revista Consultor Jurídico, Coluna Senso Incomum de 5 de março de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-05/senso-incomum-balde-agua-fria-pan-principialismo-clausulas-gerais2>

TASSINARI, Clarissa. *A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial.* Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 31-46, jul./dez. 2012.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TASSINARI, Clarissa, LOPES, Ziel Ferreira. *Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial?* Revista Consultor Jurídico, Coluna Diários de Classe de 19 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial>

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução Eduardo Brandão. 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. 4 ed. Tradução: Yvonne Jean. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

TRINDADE, André Karam. *O protagonismo judicial sob a perspectiva da literatura*. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. 2. Reimp. São Paulo: Atlas, 2019.

TRINDADE, André Karam. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 9(3):311-326

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM v. 11, n. 2/2016. Disponível em: www.ufsm.br/revistadireito

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezesete anos de judicialização da política*. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2. nov. 2007.

VIEIRA, José Ribas. *Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil*. Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2nd ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito II: A epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Seqüência; Estudos Jurídicos e Políticos. N. 5 Vol. 48, 1982.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

WEBER, Max. *Ciência e política*: duas vocações. Coleção Obra-Prima de Cada Autor. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Editora Matin Claret., 2004.

WEBER, Max. *Ensaios de Sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5ª ed. LTC Editora.

WEBER, Max. *Três Tipos Puros de Poder Legítimo*. In: Max WEBER, Três tipos de poder e outros escritos, Tribuna da História, Lisboa, 2005. Tradutor: Artur Morão. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/weber_3_tipos_poder_morao

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradutores: António Francisco de Souza, Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.