

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN  
FACULDADE DE DIREITO – FAD  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO**

**VICTOR RODRIGUES BEZERRA PONTES**

**UMA ANÁLISE (DE)ONTOLÓGICA DO DIREITO: A MORALIDADE QUE  
PAIRA NOS TRIBUNAIS**

**MOSSORÓ**

**2021**

VICTOR RODRIGUES BEZERRA PONTES

UMA ANÁLISE (DE)ONTOLÓGICA DO DIREITO: A MORALIDADE QUE PAIRA  
NOS TRIBUNAIS

Monografia apresentada à Universidade  
do Estado do Rio Grande do Norte –  
UERN – como requisito obrigatório para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof<sup>a</sup>. Ma. Veruska  
Sayonara de Góis

MOSSORÓ  
2021

## FICHA CATALOGRÁFICA

© Todos os direitos estão reservados a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do(a) autor(a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu(a) respectivo(a) autor(a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

### **Catálogo da Publicação na Fonte. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

P814a Pontes, Victor Rodrigues Bezerra  
Uma análise (de)ontológica do Direito: a moralidade que paira nos tribunais. / Victor Rodrigues Bezerra Pontes.  
- Mossoró, 2021.  
56p.

Orientador(a): Profa. M<sup>g</sup>. Veruska Sayonara de Góis.  
Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

1. autonomia do Direito. 2. ativismo judicial. 3. interpretação jurídica. 4. moral. I. Góis, Veruska Sayonara de. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

O serviço de Geração Automática de Ficha Catalográfica para Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC's) foi desenvolvido pela Diretoria de Informatização (DINF), sob orientação dos bibliotecários do SIB-UERN, para ser adaptado às necessidades da comunidade acadêmica UERN.

---

VICTOR RODRIGUES BEZERRA PONTES

UMA ANÁLISE (DE)ONTOLÓGICA DO DIREITO: a moralidade que paira nos tribunais.

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 11/11/2021.

Banca Examinadora



---

Prof. Ms. Veruska Sayonara de Góis (Orientadora)  
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN



---

Professor Mestre Emanuel de Melo Ferreira

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN

HUMBERTO HENRIQUE COSTA  
FERNANDES DO REGO

Assinado de forma digital por HUMBERTO HENRIQUE  
COSTA FERNANDES DO REGO  
Data: 2021.11.12 14:55:30 -0300'

---

Professor Mestre Humberto Henrique Costa Fernandes do Rêgo  
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN

## AGRADECIMENTOS

Sempre fui impulsivo ao ponto de dizer que “só se vive uma vez”. Hoje percebo que vivemos todos os dias e todo dia é um novo nascimento. Porém, se hoje estou vivo, é porque, antes de tudo, alguém (ou deveria usar o neologismo alguéns) me concedeu os meus primeiros momentos de vida. Por isso agradeço às pessoas mais importantes da minha vida, meus pais.

A você, minha mãe, Weruschka Rodrigues Bezerra, só tenho agradecer pela mulher forte, que em nenhum momento da sua vida deixou de me presentear com todo amor e carinho. Todo o meu amor e admiração a você.

Ao meu pai, Roberto Rodrigues Pontes, que antes de nordestino é um forte, pois diante de todas as adversidades nunca deixou de cuidar de mim, movendo o mundo para demonstrar o seu amor. Obrigado, pai, amo-te.

Ao meu irmão de coração, que compartilho quase todos os anos da minha existência, Kennedy Fernandes de Souza. A você, meu grande irmão, todo o meu carinho e afeto, você sabe que sem sua ajuda eu não teria conseguido.

Ao meu grande amigo, Pedro Lucas Pinto Barreto, com quem compartilho os anos de graduação e de ensino fundamental, todo o meu agradecimento e carinho. Sem o seu apoio esse trabalho não passaria de uma folha em branco.

Aos meus amigos de graduação, com quem compartilho risadas, alegrias e tristezas ao longo do curso, Quitéria, Luana, Celícia, Lucas, Isabel, Yuri, Fernanda, Gregório e Bárbara. Obrigado por esses anos maravilhosos.

Aos companheiros de turma, Neto, Gregório, Caio, Ton, Patrick, que me acolheram desde o início da faculdade. Obrigado por estenderem a mão quando precisei.

A um dos presentes que a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte me deu, Waléria Dantas de Souza. A você, com quem pude compartilhar bons e maus momentos, e que mesmo distante se faz presente, todo o meu carinho e admiração.

Aos meus amigos, Victor Hiago e Bernardo, que são exemplos de inteligência e companheirismo. Obrigado por terem me dado todo o suporte e tornado a universidade um caminho mais leve.

À minha orientadora, Veruska Sayonara de Góis, que foi imprescindível para construção desse trabalho. Obrigado por todo auxílio, desde meu primeiro dia na faculdade de Direito até o último, agradeço por toda orientação na minha vida acadêmica, você foi essencial por toda minha formação. Agradeço por ter sido um norte. A você todo meu carinho e admiração.

Aos membros da minha banca, Humberto Fernandes e Emanuel Ferreira. Obrigado por terem aceitado estarem presentes. Toda minha admiração a vocês.

Ao escritório Ferreira Alves, na pessoa de Daniel Victor, obrigado por todo o suporte e contribuição no meu desenvolvimento profissional.

A todos, de forma singela, meus verdadeiros agradecimentos!

Isso de querer  
Ser exatamente aquilo  
Que a gente é  
Ainda vai  
Nos levar além

*Paulo Leminski*

## RESUMO

O presente trabalho pretende analisar decisões judiciais dos tribunais brasileiros – incluindo os superiores –, de forma qualitativa, para averiguar a existência de ativismo judicial nas práticas dos julgadores, isto é, suas concepções expressas, mediante fortes traços de discricionariedade. Para tanto, busca-se traçar a natureza normativa do Direito, a partir das teorias de Hans Kelsen, para revelar que, malgrado a importância do reconhecimento do Direito como norma, não foi possível traçar uma teoria da decisão que impedisse essa discricionariedade, o que se mostra evidente em outras teorias positivistas. Pontue-se que antes da análise de decisões, o trabalho apontou a importância da autonomia do Direito como garantia do Estado Democrático, ao passo que evidenciou os agentes nocivos a este, tudo isso à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, proposta por Lenio Luiz Streck. Sucedendo, traçou-se as diretrizes de uma teoria da decisão que almeja encontrar respostas corretas, na medida em que impõe limites aos intérpretes. Por fim o trabalho contou com a análise de oito decisões judiciais, das mais variadas instâncias, coletadas bibliografias sobre a temática em questão, tendo como termo inicial o advento da Constituição de 1988, e que em algum momento apresentassem um forte conteúdo moral, para verificar que há uma recorrente aplicação da moral no caso concreto, em detrimento do Direito democraticamente posto.

**Palavras-chaves:** autonomia do Direito; ativismo judicial; interpretação jurídica; moral.



## ABSTRACT

The present work intends to analyze judicial decisions of the Brazilian courts – including the superiors –, in a qualitative way, in order to verify the existence of judicial activism in the judges' practices, that is, their expressed conceptions, through strong features of discretion. Therefore, we seek to trace the normative nature of Law, based on the theories of Hans Kelsen, to reveal that, despite the importance of recognizing Right as a norm, it was not possible to trace a theory of decision that would prevent this discretion, which it is evident in other positivist theories. It should be noted that before analyzing decisions, the work pointed out the importance of the autonomy of Law as a guarantee of the Rule of Law, while highlighting the harmful agents to it, all in the light of the Hermeneutic Critique of Right, proposed by Lenio Luiz Streck . Then, the guidelines of a theory of decision that aims to find correct answers were traced, as it imposes limits on interpreters. Finally, the work included the analysis of eight court decisions, from the most varied instances, collected bibliographies on the subject in question, having as its initial term the advent of the 1988 Constitution, and that at some point had a strong moral content, to verify that there is a recurrent application of morality in the concrete case, to the detriment of democratically placed Right.

**Keywords:** autonomy of law; judicial activism; legal interpretation; morality.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 O DIREITO COMO NORMA ÉTICA: A ORIGEM DO DEVER-SER .....</b>	<b>13</b>
2.1 Breves considerações acerca da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Luiz Streck .....	13
2.2 Definição de norma em Hans Kelsen e seu caráter deontológico .....	14
2.3 O positivismo jurídico e a onda de discricionariedade judicial: do Exegetismo ao Constitucionalismo Contemporâneo .....	17
<b>3 DELINEAMENTOS ACERCA DA AUTONOMIA DO DIREITO E DE SEUS PREDADORES .....</b>	<b>22</b>
3.1 A autonomia do direito a partir da Crítica Hermenêutica do Direito Streckiana .....	23
3.2 A moral como elemento fulminante da autonomia do Direito .....	27
3.3 O ativismo judicial e a corrosão da autonomia do Direito .....	31
<b>4 A MORALIDADE QUE PAIRA NOS TRIBUNAIS: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS.....</b>	<b>35</b>
4.1 Resposta correta (adequada) a partir da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).....	36
4.2 Análise de decisões judiciais e a busca pelo respeito ao Direito.....	40
4.2.1 Metodologia de colheita de decisões judiciais .....	40
4.2.2 Análise de decisões judiciais .....	42
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>51</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das frases mais céleres ditas nos cursos de Direito é que “tudo depende”. Essa é uma afirmação perniciososa na medida em que possa ser usada como subterfúgio para o intérprete – aqui pode-se utilizar julgadores – fugir dos limites hermenêuticos propostos, ou mais ainda, fugir do próprio Direito para aplicar outros fundamentos, como seus anseios morais. Por essa razão, o presente trabalho adota como fundamento a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), proposta por Luiz Lenio Streck, como alicerce bibliográfico, pois esta, a partir das propostas integrativas de Ronald Dworkin e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, afirma que é possível chegar a tese de que há respostas corretas, existindo limites, sobretudo semânticos na interpretação.

Assim, o presente trabalho pretende analisar, de forma qualitativa, decisões judiciais, para averiguar se há, no Brasil, uma série de decisões em que estão sendo aplicadas as convicções morais dos magistrados, rompendo com os limites hermenêuticos que serão adiante delineados. Dessa forma, a presente pesquisa é consubstanciada na técnica de documentação indireta, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que, com relação à primeira, propor-se-á uma abordagem mais teórica e conceitual feita através de livros e artigos especializados, comparando as diversas teses sobre o tema, para, mediante uma sequência lógica de argumentos, chegar aos objetivos esperados, ao passo que, com relação à pesquisa documental, fundamenta-se no fato que também se analisará decisões judiciais, isto é, documentos oficiais e dogmáticos sobre a temática.

Como forma de organização da monografia em questão, o primeiro capítulo abordará o caráter deontológico do Direito, perpassando por sua natureza normativa proposta por Hans Kelsen, ao passo que demonstrará que a sua própria teoria positivista, apesar de ter reconhecido o Direito como obrigatório – modificando paradigmas à época – tratou por (assim como outras teorias positivistas) permitir a discricionariedade judicial, o que, aparentemente, foi incorporado no Brasil de forma atabalhoada, dando azo ao próprio ativismo judicial.

Sucedendo o primeiro capítulo, foi preciso evidenciar no segundo (capítulo) a autonomia do Direito, à luz da CHD, para demonstrar que, com o pós-guerra, ficou reconhecida a força normativa da Constituição, a qual garantiu a incorporação de

determinadas instâncias sociais – moral, política, economia, para ficar nessas três – quando da criação desta, permitindo que o próprio Direito conquistasse um grau de autonomia elevado e não fosse soçobrado por essas mesmas instâncias cooriginárias. Nessa perspectiva, também na mesma seção, foi preciso revelar que a moral é, na verdade, uma predadora a autonomia do Direito, ocasionando graves agressões ao próprio Estado Democrático, ao passo que, tentou-se evidenciar que as decisões que se utilizam de fundamentos morais são, notadamente, decisões ativistas, as quais se tratam de uma verdadeira ofensa à Separação de Poderes e aos princípios democráticos.

Nesse sentido, o último capítulo se volta a pesquisa, a qual se utiliza-se de documentos oficiais, quando se trata de decisões judiciais, ou seja, os acórdãos dos próprios tribunais. Trata-se de um estudo de caso de cunho qualitativo que foi composto mediante a utilização de bibliografia específica – sobretudo do autor Lenio Streck – para a pesquisa dos casos, as quais foram abordados em algum momento da obra pelo autor

Logo, perpassado todo esse caminho, foi necessário expor como se chegariam as respostas corretas propostas na forma proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito, buscando-se, então, analisar as seguintes decisões judiciais: STJ - AgReg em REsp nº 279.889/AL (julgado em 03/04/2001) – versa sobre restituição de imposto de renda retido na fonte; STJ - HC 94.826/SP (julgado em 17/04/2008) – impetrado em favor de menor sentenciado a medida sócio-educativa de internação; STJ - HC 16.706/RJ (julgado em 19/06/2001) – impetrado para modificação da pena fixada em sentença condenatória; TJPR - ACrim 135.719-5/ PR – apelação interposta pelo Ministério Público contra sentença que, na opinião deste, fixou pena inferior à necessária para o caso; TJSP - AI 7256094200/SP – agravo interposto contra decisão que determinou a produção de prova pericial; TJSC - AC 37530/SC – apelação interposta no bojo de embargos à execução fiscal, diante da rejeição destes; TST –EDRR 6443/89 – Ac. 2418/90 – embargos interpostos em recurso de revista contra decisão que não apreciou todos os argumentos; STM- Apelo 49563/RS – apelação interposta contra sentença que absolveu o acusado em crime de violência contra superior.

Destarte, a partir de todo esse caminho e análise, foi possível questionar se há, no Brasil, uma gama de magistrados que ofendem a autonomia do Direito, na

medida em que aplicam suas convicções morais em detrimento de leis democraticamente criadas.

## **2 O DIREITO COMO NORMA ÉTICA: A ORIGEM DO DEVER-SER**

Uma das discussões mais antigas da Filosofia Jurídica é a celeuma acerca da relação entre o Direito e a realidade, isto é, se aquele seria deontológico ou não. Grandes embates foram travados a respeito de o Direito ser uma mera representação da estrutura social ou se teria uma força suficiente para conformar a realidade a qual está imerso – faz-se a lembrança do debate entre Ferdinand Lassale (1885) e Konrad Hesse (1991).

Nesse sentido, para se compreender melhor o Direito, e para posteriormente analisar satisfatoriamente como este está sendo (se é que realmente está) aplicado, faz-se necessário buscar institutos da sua Teoria Geral, classificando-o e buscando sua natureza normativa, e o que o torna obrigatório frente a toda sociedade. Ora, para analisar a aplicabilidade do seu objeto de estudo, é mister analisá-lo inicialmente.

Para tanto, este capítulo pretende abordar a definição de norma trazida por Hans Kelsen, permeando seu caráter deontológico e coercitivo. Ademais, o presente escrito, neste momento, busca perquirir a diferenciação acerca de algumas espécies de juspositivismos e suas consequências práticas no âmbito da discricionariedade judicial, utilizando-se a teoria proposta pelo jurista brasileiro Luiz Lenio Streck: a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

Dessa forma, objetiva-se então prospectar o Direito dentro do seu campo normativo, classificando seus produtos (normas) como éticas, isto é, dotada de carga valorativa no ato da sua criação, para só então, em capítulos posteriores, averiguar a possibilidade ou não desses valores externos permearem sua aplicação.

### **2.1 Breves considerações acerca da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Luiz Streck**

Conforme dito, o trabalho aqui exposto se utiliza da teoria proposta por Lenio Luiz Streck, precisamente sua Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Assim, antes de expor as temáticas daqui em diante, faz-se necessário abordar, ainda que de forma breve, um pouco sobre o referido autor e sua obra.

Lenio Luiz Streck é um jurista brasileiro, pós-doutor em Direito, que ao longo de toda sua trajetória constrói uma Teoria do Direito própria, a qual denominou de Crítica Hermenêutica do Direito – CHD. A sua crítica une diversos autores, sobretudo da filosofia, buscando traçar uma teoria acerca do que há muito o positivismo jurídico deixou de se preocupar: a decisão judicial. Por isso afirma que a “CHD é uma construção teórica que resulta da imbricação da hermenêutica de Gadamer e Heidegger (que podemos chamar de fenomenologia hermenêutica) com a teoria interpretativa de Ronald Dworkin.” (STRECK, 2019, p. 23).

Nesse sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito se opõe a relativismos interpretativos; ao panprincipiologismo (expressão cunhada pelo próprio jurista para nomear o fenômeno da criação de princípios sem densidade normativa e de forma *ad hoc*); às teorias objetivistas e subjetivistas (nem apoia o literalismo nem o voluntarismo); e se opõe à decisão como ato de vontade (STRECK, 2019, p.23). Como forma de abordar seu posicionamento, a CHD utiliza da ideia de autonomia do Direito, de respostas adequadas (corretas) à Constituição, além de abordar diversos tipos de teorias positivistas para a criação da sua própria, o que será abordado doravante.

## **2.2 Definição de norma em Hans Kelsen e seu caráter deontológico**

Após longos debates se o Direito seria capaz de modificar a realidade ou apenas representá-la, é possível afirmar que ele tem a capacidade de conformar a realidade, atribuindo condutas, ou abstenções. Nesse sentido, atualmente, percebe-se que o Direito se encontra no plano do dever-ser, isto é, “segundo seu uso comum da linguagem, um ‘dever-ser’ corresponde apenas à imposição; à autorização, um ‘poder’, à permissão” (KELSEN, 1986, 122), e tal circunstância decorre do seu próprio caráter normativo, e, por isso, impõe condutas, seja mediante prescrições ou proibições.

Como forma de esclarecer esse raciocínio, utilizam-se aqui os estudos apresentados por Hans Kelsen, jurista que promoveu uma verdadeira revolução no campo do Direito, durante o século XX, contrariando pontos de vista tradicionais da

teoria e práxis do campo jurídico, buscando, nos seus estudos, encarar o Direito como norma. Na definição dele (KELSEN, 1986, p. 2):

Norma dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra 'norma' indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão linguística é um imperativo ou uma proposição de dever-ser.

Nessa linha de intelecção, percebe-se que a norma se traduz como um mandamento que é direcionado a outrem, ou seja, trata-se de uma prescrição para exigir uma determinada conduta, ou até mesmo abstenção do seu receptor, ou, em outras palavras, “norma jurídica, para Kelsen, é o sentido objetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem.” (STRECK, 2017, p.20).

Por esse motivo, pode-se afirmar que as normas jurídicas são deontológicas<sup>1</sup>, pois “toda norma estatui um ‘dever-ser’ e este termo abrange todas as funções normativas possíveis: ordenar, conferir poderes, permitir, derrogar.” (KELSEN, 1986, p.4)

Observa-se então que a norma, consoante esse posicionamento, torna-se o ponto central de todo o conhecimento jurídico, podendo-se afirmar que

na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano (KELSEN, 1998, p.4).

Dessa forma, malgrado existam diversos conceitos acerca do que seria o Direito, é possível afirmar que o conteúdo normativo é um ponto de intersecção, isto é, falar em Direito significa, inevitavelmente, falar em normas. Prova disso, é que outros autores, inclusive contemporâneos, reconhecem o Direito, não obstante suas peculiaridades específicas, como um conjunto normativo. Nesse sentido, bem aponta Lenio Luiz Streck (2019, p.41) o “Direito é um sistema constituído por regras e princípios, em que os últimos não serão comandos que, por sua vagueza semântica, podem ser cumpridos em maior ou menor grau ou intensidade.”

Destarte, pode-se então sustentar, sem excluir outras características, que o Direito é um arranjo normativo deontológico, impondo condutas aos indivíduos.

---

<sup>1</sup> Aqui utiliza-se deontológico como sinônimo de dever-ser, através da etimologia da palavra deontologia, isto é, derivada do grego, na qual *deontos* significa dever e *logos* significa tratado.



Ocorre que, a partir desse raciocínio, urge questionar acerca do que o torna eficaz, ou, em outras palavras, o que produz o sentimento de obrigatoriedade de cumprir o Direito na sociedade.

Nesse sentido, é plausível elencar dois fatores primordiais. O primeiro deles seria a reiteração de atos, isto é, condutas reproduzidas e aceitas socialmente, ou, em melhores palavras:

Somente quando estes atos se repetiram durante um certo tempo surge no indivíduo a ideia de que se deve conduzir como costumam conduzir-se os membros da comunidade e a vontade de que também os outros membros da comunidade se comportem da mesma maneira. Se um membro da comunidade se não conduz pela forma como os outros membros da comunidade se costumam conduzir, a sua conduta é censurada por esses outros porque ele não se conduz como estes querem. Desta forma a situação fática do costume transforma-se numa vontade coletiva cujo sentido subjetivo é um dever-ser. Porém, o sentido subjetivo dos atos constitutivos do costume apenas pode ser interpretado como norma objetivamente válida se o costume é assumido como fato produtor de normas por uma norma superior. (KELSEN, 1986, p.7)

Percebe-se, por essa lógica, que a primeira manifestação de obrigatoriedade do Direito advém da reiteração de atos sociais, por outro modo, são oriundos de condutas sociais reputadas como convenientes – observa-se que existe uma forte carga valorativa nessa situação. Ora, essa obrigatoriedade não decorre de forma aleatória, mas sim tem como diretriz a vontade humana, precisamente a social, pois “o certo é que toda norma enuncia algo que deve ser, em virtude de ter sido reconhecido um valor como razão determinante de um comportamento declarado obrigatório. Há, pois, em toda regra um juízo de valor” (REALE, 2001, p. 31). Nesse sentido, percebe-se que os valores elencados pela sociedade como importantes ou essenciais são vetores para a elaboração das normas.

Nessa perspectiva, após a reiteração de atos, faz-se necessária a criação de uma norma válida e expressa, que seja oponível aos indivíduos, ou seja, manifestação objetiva propriamente da norma, podendo ser expressada através de leis ou da própria Constituição, para citar exemplos. Em vista disso, quando há a união dessa reiteração social com uma norma vigente que exprime a conduta desejada, tem-se a obrigatoriedade.

Observa-se, mediante o exposto acima, que a própria sociedade que escolhe quais normas serão obrigatórias, isto é, os próprios indivíduos, previamente,

selecionam quais serão suas leis. Tal raciocínio é elemento fulcral para compreensão da democracia, na qual o parlamento, sendo o arquétipo da representação popular, elabora esses dispositivos legais, cabendo, posteriormente, ao Judiciário aplicá-los.

A outro giro, além do aspecto supracitado, há a consequência advinda do descumprimento da norma. Ora, o Estado como detentor do monopólio legítimo da violência (WEBER, 1996), para obrigar o cumprimento de suas normas, estabelece sanções para aqueles que as descumprem. À vista disso, algumas normas jurídicas prescrevem um ato de coação, isto é, a sanção, para uma conduta ilícita – contrária à norma exposta. (KELSEN, 1968, p.30).

Logo, “o Direito é essencialmente ordem de coação. Prescreve uma certa conduta de modo que, como consequência, liga um ato de coação à conduta contrária do ser devido.” (KELSEN, 1986 p.30) É justamente nesse aspecto, de maneira patente, que o Direito se diferencia de outros ramos normativos - tais como a Moral, Política, a Religião –, pois é o único que conta com a violência do aparato estatal para dar cumprimento às suas normas.

Por fim, verifica-se que o Direito é dotado de normatividade, encontrando-se, por essa razão, no plano deontológico, detendo elevado grau de obrigatoriedade, gozando de força coercitiva para dar cumprimento às suas normas. Ocorre que, evidenciadas tais características, resta saber quais são as diretrizes basilares para o conteúdo dessas normas, e se esses fundamentos podem vir a permear novamente as normas após a sua criação, isto é, na sua aplicação, ou até tentando vir a corrigi-las. Dessa forma, tais apontamentos serão trabalhados nos tópicos doravante expostos.

### **2.3 O positivismo jurídico e a onda de discricionariedade judicial: do Exegetismo ao Constitucionalismo Contemporâneo**

No tópico anterior, foram feitas considerações acerca da normatividade do Direito, do seu caráter deontológico e da sua obrigatoriedade, a partir da perspectiva kelseniana. No entanto, malgrado Hans Kelsen ter promovido uma mudança de paradigma no mundo jurídico a partir da ideia normativa do Direito, ele não se

preocupou em promover mudanças significativas do âmbito da teoria da decisão, pois permitiu a discricionariedade dos julgadores, como será visto.

Primeiramente, para compreender a discricionariedade judicial gerada pela teoria de Kelsen, é necessário revisitar a própria maneira de observar o objeto de estudo (Direito), isto é, é necessário revisitar o próprio positivismo jurídico, sobretudo os primários, para a compreensão do tema.

Deve se entender que o positivismo é uma postura científica iniciada no século XIX, como forma de uma espécie de método de pesquisa, trata-se de um fenômeno complexo. Dessa forma, o “positivismo jurídico tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos” (STRECK, 2017, p.159). Essa espécie de positivismo jurídico, pode ser chamada de positivismo clássico, a qual revela a preocupação do jurista em descrever esses fatos, “daí a raiz do positivismo jurídico: Direito é um fato social posto pela razão humana. Como veremos, esse fato posto pode ser uma lei, um julgamento, um conceito” (STRECK, 2017, p. 160).

Assim, não obstante existirem, a partir desse ponto de vista clássico, diversas vertentes que contendo diversas idiossincrasias, é possível vislumbrar um ponto de intersecção entre elas, podendo ser resumido como um

movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada: na França, a lei produzida pelo legislador racional, de inspiração iluminista (positivismo exegético); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência dos conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica). (STRECK, 2017, p. 159)

Verifica-se, portanto, que nesse primeiro momento do positivismo, a tarefa do jurista era descrever esses “fatos”. Utilizando o positivismo exegético francês – por ter uma crença comum atribuída erroneamente a Kelsen ter defendido o juiz boca-da-lei – é possível afirmar que este (que era a forma do positivismo primitivo) “separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar” (STRECK, 2013, p. 74). Essa forma de pensar decorre da influência romana, justamente pela forma de como era estudado e ensinado o Direito, isto é, havia um texto específico que era o centro dos estudos sobre o Direito.

Posteriormente, pode-se citar o positivismo inaugurado por Hans Kelsen, chamado de normativo, o qual buscou criar uma teoria que servisse para qualquer época, buscando superar esse positivismo clássico. Para compreender o positivismo normativo é necessário entender que a teoria de Kelsen é pura e não o Direito, ou seja, há uma cisão entre a ciência do Direito e o Direito, isto quer dizer, isto significa que “ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto (KELSEN, 1998, p. 1). Assim, pode-se dizer que

Como Kelsen – seguindo os pressupostos neokantianos e contrapondo-se ao juspositivismo clássico (ele é o primeiro positivista pós-exegético) –, parte de uma separação entre fato e valor, a validade da norma jurídica não pode advir de qualquer elemento factual. A validade da norma advém, então de uma norma superior, e esta por sua vez de outra norma superior. Para não terminar em um regresso *ad infinitum*, Kelsen apresenta a norma fundamental (*Grundnorm*), isto é, um pressuposto lógico-transcendental para dar validade a todo o sistema jurídico. (STRECK, 2017, p. 162)

Percebe-se que Kelsen almejou criar uma teoria do conhecimento jurídico neutra, ao passo que entendeu que a objetividade só seria possível no âmbito da ciência do Direito, não tendo como isso ocorrer no âmbito de aplicação deste. Tal situação é evidenciada no famoso capítulo VIII – a interpretação – da Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1998) na qual previu a possibilidade do julgador que, ao aplicar as normas, tem liberdade de interpretar dentro de uma espécie de moldura, isto é, um mesmo texto normativo poderia advir diversas interpretações corretas desde que respeitada essa moldura semântica. Assim, Kelsen entendia que

na prática judiciária, o juiz precisa aplicar a norma ao caso concreto. Não pode apenas descrever o Direito. Por isso, a prescrição decorrente do ato de aplicação do Direito (sentença) será um ato de vontade, pois ele escolhe qual interpretação da norma que lhe convier, segundo sua subjetividade, suas crenças, etc. (STRECK, 2017, p. 162)

Como se vê, Kelsen, em seu positivismo normativo, enxerga, na prática, uma desvinculação do julgador à lei, aos precedentes e aos conceitos, posto que trata a sentença como ato de vontade, permitindo qualquer interpretação – inclusive as que fundamentam pela consciência do julgador – como válida desde que esteja dentro da moldura afirmada por ele. Assim, observa-se que o positivismo normativo abriu margem para que influências externas, após o Direito posto, pudessem influenciar a

aplicação, o que, como será visto mais adiante, fulmina a autonomia do Direito. Trata-se de um positivismo que abre margem para a discricionariedade judicial.

Mais adiante, no século XX, tem-se o positivismo proposto por Herbert Hart, o qual diferente de Kelsen, não propôs a validade do Direito em um plano lógico-transcendental, mas sim para o mundo concreto. Hart acredita que a validade do Direito existe porque a própria comunidade, na qual ele regula, reconhece como válida, decorrendo, a partir daí, o que ele denominou de “regra de reconhecimento”, a qual atribui validade as outras normas (HART, 2001, p. 104). Assim, para Hart somente o conteúdo que possua aceitação oficial, ou seja, fruto das autoridades que decidem, é que pode ser considerado Direito.

Como se denota, o positivismo hartiano vai de encontro ao normativo proposto por Kelsen, pois o cerne dele se trata de

um elemento convencional, não mais lógico-transcendental como em Kelsen que dá validade ao Direito (ainda que as normas jurídicas, em Kelsen, também são produtos de convenções humanas). Assim é possível que argumentos morais venham a integrar o Direito de forma contingencial, pois ele – Direito – enquanto linguagem, contém vaguezas e ambiguidades nas quais, não havendo definição da sua significação, entra em uma “textura aberta” na qual os juízes podem criar Direito segundo padrões externos ao próprio Direito, como argumentos políticos, morais, etc. (STRECK, 2017, 163)

Logo, percebe-se que, malgrado a mudança de referencial de validade, não houve a modificação na teoria da aplicação do Direito, isto é, tanto em Kelsen, quanto em Hart, abriu-se grande margem para a discricionariedade judicial.

Essas teorias, aparentemente, foram incorporadas pela doutrina brasileira e pelos próprios magistrados a fim de permitir que a discricionariedade judicial fosse um ponto fulcral a teoria da decisão em *terrae brasilis*, como se o Direito fosse aquilo que os tribunais dizem que é – para fazer uma referência ao realismo jurídico.

Por essa razão, a Crítica Hermenêutica do Direito vai de encontro a essas teorias propondo, no plano da decisão judicial, que

o positivismo jurídico, ao admitir a discricionariedade (e a possibilidade de o juiz lançar mão aos mais diversos argumentos de moralidade), acaba por aceitar, na prática judiciária, posturas subjetivistas do juiz” (STRECK, 2017, p. 165)

Dessa forma, a CHD não é de acordo com a discricionariedade judicial, por entender que ela não se coaduna com o Constitucionalismo Contemporâneo, por fulminar a autonomia do Direito e por ofender o Estado Democrático de Direito, uma vez que, por vezes, leis democraticamente criadas são substituídas pela consciência de um julgador, mormente por argumentos morais, que detém discricionariedade. Nesse sentido,

No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, o Direito assume um elevado grau de autonomia, no interior do qual Direito e Moral são cooriginários. Consequentemente, a moral, a política e a economia não podem determinar a correção da aplicação do Direito. Isto é, esses elementos “predadores” passam a estar institucionalizados no Direito. (STRECK, 2017, p. 39)

Observa-se então que o Direito detém um elevado grau de autonomia que é solapado quando há a incorporação dessas teorias que permitem a discricionariedade judicial. Assim, doravante, será abordada justamente a autonomia do Direito à Luz da CHD, seus predadores e uma possível solução.

### **3 DELINEAMENTOS ACERCA DA AUTONOMIA DO DIREITO E DE SEUS PREDADORES**

Ultrapassadas as considerações do capítulo anterior acerca do caráter deontológico do Direito, da sua obrigatoriedade e dos vetores (leia-se valores) que guiam as escolhas sociais acerca das suas próprias normas. Faz-se necessário perquirir acerca da possibilidade dessa carga axiológica – valores morais, políticos, religiosos, econômicos – influenciar a aplicação do Direito, quando este já está posto.

Nesse sentido, o presente capítulo abordará a autonomia do Direito e sua importância para a manutenção da democracia, observando a (im)possibilidade da utilização de fundamentos alheios ao mundo jurídico, por exemplo a moral, na aplicação do Direito. Para tanto, utilizar-se-á das obras, e conceitos, de Lenio Luiz Streck, a partir da sua Crítica Hermenêutica do Direito – CHD.

Passadas as considerações a respeito do que seria e da importância da autonomia do Direito, é forçoso expor os agentes nocivos a ela, e as consequências prejudiciais decorrentes da sua fragilização, o qual, para o presente trabalho, será abordada a moral. Nesse ponto, é necessário evidenciar que essa avaliação será feita através do produto da aplicação do Direito, isto é, mediante a análise de uma teoria da decisão judicial. Assim, o tópico descrito observará a problemática da moral como elemento influenciador da aplicação do Direito pelo Judiciário, e as problemáticas que disso decorrem.

Por fim, o capítulo narrado analisará o fenômeno do ativismo judicial decorrente dessas decisões proferidas com base em elementos alheios – moral, política, religião – como elemento nocivo à democracia e prejudicial ao Direito, mormente à sua autonomia. Nesse sentido, far-se-á dos conceitos de Georges Abboud, bem como, novamente, dos escritos de Lenio Luiz Streck.

### 3.1 A autonomia do direito a partir da Crítica Hermenêutica do Direito Streckiana

Em tempos de modernidade, ou para aqueles que preferem o termo pós-modernidade (HARVEY, 2006), é cediço que, no corpo social, a pluralidade de ideias e pensamentos é vasta. Nesse sentido, toda a sociedade experimenta diversos desacordos morais, isto é, não há um consenso em diversos setores sociais. Curiosamente, de forma antagônica, o acordo que se pode chegar é a multiplicidade de dissensos.

Dessa forma, é natural que o mundo moderno esteja polarizado em opiniões, que os debates sejam mais efervescentes e emocionados, e que as sociedades estejam fragilizadas. Assim, faz-se necessário que haja uma instância capaz de solucionar (ou ao menos tentar) esses desacordos, ou ainda, possibilitar que esses dissensos existam de forma harmônica e sejam respeitados democraticamente (STRECK; MORBACH, 2019, p. 265). É justamente nessa linha de inteligência que se encontra o Direito, funcionando como uma barreira contramajoritária capaz de regular a sociedade e impedindo que esses desacordos sejam decididos ao livre arbítrio de quem julga. Por isso, pode-se dizer que:

Em uma sociedade democrática contemporânea — justamente na medida em que “a democracia contemporânea de sociedades plurais” é exatamente “caracterizada pela existência de conflitos” —, também parece inegável que o Direito assumira especial relevância nesse cenário. (STRECK; MORBACH, 2019, p. 256)

Nesse sentido, à medida que o Direito é utilizado como marco regulatório desses desacordos, é necessário que seja garantida sua independência para que não soçobre diante de agentes externos, e, por via de consequência, a própria sociedade não esteja à mercê da barbárie e de arbítrios.

Tal situação foi percebida desde o Século XX, no pós-guerra – em que foi experimentado um descontrole da política diante do nazismo e fascismo –, quando iniciou-se o movimento do Constitucionalismo Contemporâneo, o qual estabeleceu como foco normativo do ordenamento jurídico as Constituições, sendo estas



compromissórias e dirigentes, as quais tiverem sua força normativa reconhecida. Nesse sentido, Lenio Streck (2019, p. 26) aponta que:

O Direito, a partir do segundo pós-guerra, alcançou um elevado grau de autonomia. O Direito havia fracassado. Exsurge, então, uma novidade: as Constituições passam a ser normas. Sim: um dever ser. Daí a força normativa das Constituições.

Assim, essa nova visão acerca das Constituições permitiu que o Direito se tornasse o instrumento de transformação, haja vista que as Constituições sendo normas, poderiam assumir um papel de concretização de seus próprios compromissos. É nesse sentido que as Constituições surgem, não só como uma panaceia contra as maiorias, mas também como efetivadora dos direitos nelas previstos.

Como se verifica, a autonomia do Direito surge diante desse paradigma, sendo a Constituição, que detém natureza normativa, a expressão dessa autonomia frente às outras instâncias – política, moral, economia, por exemplo – ao passo que reconhece essas quando da sua criação. Assim, a autonomia do Direito não despreza essas dimensões quando da criação deste, mas sim impede que, após o Direito está posto, essas venham a solapá-lo. Trata-se, portanto, de uma “ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis.” (STRECK, 2009, 74).

Indo mais além, não é impossibilidade de o Direito ser influenciado por outras dimensões que caracteriza sua autonomia, mas sim a impossibilidade de utilizar essas instâncias após a criação do Direito como forma de fundamentação ou correção, posto que isso enfraqueceria sua própria independência. Sendo assim,

Trata-se de uma blindagem contra-argumentos exógenos que, se utilizados como critérios de fundamentação das decisões, passam a flexibilizar e relativizar as disposições constitucionais, ou seja, os direitos e garantias fundamentais. (STRECK, 2019, p. 46)

Portanto, é perceptível que essa autonomia é a própria condição de possibilidade da existência do Direito. Ora,

para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m (STRECK, 2009, p. 74).

É justamente acerca desse ponto de vista que se torna necessária a defesa da autonomia do Direito, posto que preservá-la é garantir a democracia, na medida em que há a aplicação, com o mínimo de previsibilidade, de um conjunto de regras e princípios democraticamente escolhidos no bojo de uma Constituição normativa – portanto, é lei –, possibilitando, assim, que existam condições epistêmicas que impeçam que uma decisão – a qual deve respeitar as “regras do jogo” (BOBBIO, 1986) – não sejam frutos de uma consciência individual, ou de influências econômicas, midiáticas ou políticas, permitindo, em última análise, a defesa dos direitos e garantias fundamentais.

Ademais, ao pensar na importância da autonomia do Direito, também é possível fazer o caminho inverso, a partir das consequências prejudiciais de não reconhecer o Direito como uma dimensão autônoma. Ora,

se o direito não for concebido como uma dimensão autônoma da cultura e da experiência humana e social da nossa comunidade, então ele não é nem importante, tampouco necessário para a sociedade. E mais: um direito sem autonomia perde uma das mais importantes conquistas civilizatórias da sociedade, que é a possibilidade de ele se constituir como uma regra contramajoritária, quer dizer, a possibilidade de o direito constituir-se na experiência política como um critério importante para se opor inclusive às opiniões das maiorias democráticas. E não é só: um direito sem autonomia não é mais direito, pois aí já não haveria nenhuma diferença entre os critérios jurídicos para a solução de problemas concretos e os demais critérios políticos, econômicos, organizacionais etc. (SIMONI, 2012, p. 147)

Destarte, observa-se que negar a autonomia do Direito é condenar a sociedade aos anseios pessoais dos julgadores, aos clamores midiáticos, econômicos e políticos, e isso, em um ambiente democrático, não é possível.

Por essa razão, insta pontuar que, malgrado a autonomia do Direito ser uma exigência da democracia, o Legislativo caminhou em sentido contrário, com a aprovação da Lei nº 13.655/2018, a qual alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), dispondo acerca da segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. A referida lei acrescentou os artigos 20 a 30 da LINDB e pretendia trazer maior segurança jurídica, quando na verdade caminhou em sentido oposto.

Para elucidar a questão é de se dizer que o artigo 20, da LINDB, prevê que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (BRASIL, 1942). Ora, primeiramente, a referida lei não especifica o que são valores jurídicos abstratos – ironicamente a própria lei caiu no que queria evitar, eis o “ovo da serpente” –, ficando a cargo do magistrado decidir o que são, alargando, pro via de consequência, a força dos magistrados e seu voluntarismo e discricionariedade, o que ofende a autonomia do Direito, por permitir a utilização da consciência individual do julgador. A outro giro, a referida lei, exige que se considerem as consequências práticas da decisão, como se vê, exige uma espécie de consequencialismo.

O problema é que admitir que as decisões levem em conta somente as consequências leva-se a empregar a ideia de que os fins justificariam os meios, trata-se de uma aplicação moral utilitarista, deixando em segundo plano o próprio Direito. Ao fim e ao cabo, a lei que deveria ser garantidora da segurança jurídica, faz o caminho inverso.

Todavia, restou demonstrado que em um Estado Democrático de Direito as decisões devem ser guiadas por um instrumento normativo que garanta os direitos fundamentais, além de que haja mínimo de previsibilidade das decisões – as quais devem ser pautadas pelo material jurídico estabelecido e não por dimensões externas –, e que impeça os indivíduos de ficarem à mercê de arbitrariedades pelos agentes estatais (legisladores e juízes, apenas para citar), esse instrumento, conforme visto, é a Constituição.

### 3.2 A moral como elemento fulminante da autonomia do Direito

Conforme visto no tópico anterior, a autonomia do Direito é uma garantia da democracia, sendo a Constituição a materialização desse grau de independência. Essa autonomia permite que os textos constitucionais, como normas, abarquem diversas instâncias sociais (moral, política e economia, para ficar nessas três) quando da sua criação, ao passo que assegurem direitos e garantias fundamentais – bem como os próprios canais democráticos – sem se deixar solapar por essas mesmas instâncias. Assim, trata-se de um instrumento regulatório contramajoritário em detrimento dos próprios anseios sociais e individuais.

Nesse sentido, diversas teorias explicam esse caráter contramajoritário da Constituição. Há aqueles que defendem que os textos constitucionais são mecanismos de autovinculação social, a partir de um pré-comprometimento, isto é, protegem a sociedade de suas próprias paixões e fraquezas (ELSTER, 2009). A outro giro, existem os que dividem a política em ordinária e extraordinária, sendo a primeira as ações cotidianas estatais e a segunda decorrente de decisões tomadas em momentos de grande mobilização cívica, a qual – essa segunda -, através de uma Constituição, poderia estabelecer limites aos anseios sociais (ACKERMAN, 2006).

Assim, verifica-se que a autonomia do Direito, manifestada através da Constituição, serve, em última análise, para proteger a sociedade de seus próprios anseios, que, por vezes, podem ser deletérios. Uma analogia elucidativa advém do jurista Stephen Holmes (1995, *apud* REGO, 2016, p. 202), promovendo uma narrativa acerca de “Peter”, o qual, ao sair para uma festa, solicita ao seu amigo que não o deixe dirigir quando estiver bêbado; “Peter” fica bêbado e diz ao seu amigo que mudou de ideia e quer dirigir; no entanto, para sua surpresa, a sua primeira vontade prevalece. Holmes traça o paralelo de que o “Peter” sóbrio seria a Constituição e o “Peter” bêbado seria a sociedade, para afirmar que o corpo social toma decisões “embriagadas”, movido por suas paixões, e que a Constituição é justamente o mecanismo necessário para proteção das metas e direitos da mesma sociedade.

Observa-se, portanto, que, em diversas teorias, a Constituição é um mecanismo que é utilizado – também – para que a sociedade não soçobre diante de suas próprias paixões. Dessa forma, esse mesmo raciocínio é utilizado quando da aplicação das regras e princípios, pelo Judiciário, a um caso concreto. Ora, malgrado outras dimensões – novamente: a moral, política e economia – serem intercambiáveis com o Direito quando da sua criação, estas não podem vir a influenciá-lo (ou tentar corrigi-lo) quando da sua aplicação.

Por isso, o presente tópico pretende analisar como uma dessas dimensões, no caso a moral, pode ser um elemento prejudicial à autonomia – e à totalidade – do Direito. Nessa linha de intelecção, o primeiro passo será atribuir um conceito ao objeto (moral) para somente depois iniciar a discussão acerca das consequências práticas.

A moral, para fins do presente trabalho, tem ligação com a ideia de bem e mal, certo e errado (NADER, 2014, p.63), isto é, trata-se das convicções pessoais – ainda que incuta a ideia de normatividade individual – dos membros da sociedade. Nesse sentido, juízos morais “são nada mais que expressões de preferência, de atitude, de sentimentos, na medida em que tenham caráter moral ou valorativo” (MACINTYRE, 2007, p. 13, *apud* STRECK; MORBACH, 2019, p. 261). Verifica-se, portanto, que a moral não é objetiva, mas sim subjetiva, posto que carrega consigo uma carga valorativa e emocional individual, e, por essa razão, não pode ser verificada (testada) – não pode ser verdadeira ou falsa.

Assim, observa-se que a moral está umbilicalmente ligada ao elemento volitivo individual – atitudes e emoções – não havendo como sustentar ser uma resposta correta, ou objetiva, a que carregue consigo expressões como “bom”, “mau”, “certo” ou “errado”. Por essa razão, Arthur Ferreira Neto (2015, p.161) afirma que “um ato de fala dotado de contornos morais nunca se refere a nada, a não ser a uma emoção ou a um sentimento do emissor desse ato de fala”.

Nesse sentido, quando há a utilização de argumentos morais, pelo Judiciário, nas suas decisões, ocorre a aplicação da vontade – dos anseios, das ideologias, do subjetivismo – do julgador à revelia do Direito. Precisamente, ocorre o fenômeno do solipsismo abordado por Lenio Streck (2017, p. 273), o qual:

pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme seu ponto de vista interior.

Como se vê, o solipsismo é uma prática que trata por minar o próprio Direito, posto que o julgador utiliza da sua própria consciência – sobretudo argumentos morais – em detrimento do próprio material jurídico existente. Tal situação não pode ser permitida em um ambiente democrático, uma vez que permite uma exacerbada discricionariedade de quem julga, ocorrendo, em última análise, a arbitrariedade, pois quando se “quando se afirma que a discricionariedade abre porta para a arbitrariedade é justamente porque, tanto numa como noutra, o problema é o mesmo, ou seja, a falta de controle conteudístico” (STRECK, 2017, p. 58).

Dessa forma, verifica-se que, quando há a utilização de argumentos morais, há a possibilidade do julgador, através de suas convicções pessoais, decidir sobre casos concretos da vida dos indivíduos sem observar uma norma que foi democraticamente criada por estes, uma vez que o próprio instrumento de controle (Constituição) estaria sendo renegado. Em razão disso, é correto afirmar que o Direito, antes de tudo, é linguagem pública – e deve ser sempre observado – não advém, portanto, da consciência individual do julgador – da suas opiniões morais – e por isso:

quando vamos ao Judiciário, não perguntamos o que cada magistrado pensa sobre o Direito. Perguntamos o que essa linguagem pública tem a nos dizer, sob pena de o Direito perder seu grau necessário de autonomia. (STRECK, 2018, p. 331).

Nesse raciocínio, resta evidente que mesmo a moral sendo cooriginária ao Direito (STRECK, 2019, p. 51), a sua influência posteriormente – na aplicação do Direito – gera um prejuízo sem igual à democracia e à autonomia jurídica. As consequências práticas desse prejuízo à autonomia são tremendas, conforme visto alhures.

Ademais, consoante já pontuado, quando os julgadores utilizam argumentos morais para decidir, utilizam-se das suas próprias consciências em detrimento de todo material jurídico democraticamente criado. Essa preterição do próprio Direito é assentada em um raciocínio consequencialista. Ora, decidir com um raciocínio moral é decidir pelo resultado que se acha “melhor” diante do caso concreto, sem observar o que o próprio Direito afirma sobre o caso.

Nesse sentido, quando o Judiciário decide por argumentos morais ele “assenta sua decisão, não no reconhecimento de um direito preexistente, mas, sim, em algum tipo de argumento que anuncia uma avaliação de resultados que podem trazer maior benefício para o bem-estar social” (STRECK, 2018, p. 177). Assim, trata-se de uma decisão meramente teleológica, retirando, portanto, uma das características essenciais do Direito: seu caráter deontológico.

Por essa razão, em um Estado Democrático de Direito, não há espaço para que convicções morais substituam o Direito democraticamente erigido, isto é:

Em um sistema racional de supremacia constitucional democraticamente fundada, os valores que devem comandar a atuação dos agentes públicos (e até os particulares) são aqueles constitucionalmente estabelecidos. Se há alguma moral que possa ser utilizada como vetor para a tomada de decisões, é a moral objetivamente plasmada na Constituição, não havendo autorização para fundamentalismos axiológicos para além das decisões constituintes. (SALGADO, 2018, p. 200-201).

Logo, a moral não pode vir a influenciar a atuação do intérprete quando da aplicação (decisão judicial), posto que a Constituição já incorporou os valores morais necessários quando criada pelo constituinte originário.

Por fim, permitir que os julgadores decidam dessa forma – mediante argumentos morais e inobservando o Direito – é dar uma força deveras elevada ao Judiciário frente aos outros Poderes, não havendo limites semânticos e institucionais para o que se possa decidir. Tal fenômeno deletério é conhecido como ativismo judicial, o qual será abordado adiante.

### 3.3 O ativismo judicial e a corrosão da autonomia do Direito

Conforme visto alhures, o pós-guerra, nos meados do século XX, tratou por promover uma mudança de paradigma na doutrina do Direito, fazendo migrar para as Constituições o centro dos ordenamentos jurídicos, sendo reconhecida a autonomia do Direito. Foram observadas as forças normativas dos textos constitucionais, que passaram a ser tratadas como norma. Essas mesmas Constituições passaram a prevê um forte conteúdo compromissório, aquilo que José Joaquim Gomes Canotilho (2001) chamou de Constituição Dirigente.

Observa-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito além de garantir direitos fundamentais, agora, diante de seus compromissos firmados, deve dar cumprimento aos seus objetivos, os quais foram democraticamente escolhidos.

No Brasil esse movimento, de reconhecimento da força normativa da Constituição com a implementação de objetivos, foi alcançado com a Constituição Federal de 1988, a qual elencou diversos objetivos e direitos fundamentais. Dessa forma, os tribunais pátrios – sobretudo o Supremo Tribunal Federal, por ser guardião da Constituição – assumem um forte papel de dar cumprimento ao texto constitucional. Desse modo, por via de consequência, há uma espécie de “protagonismo” judicial, mormente diante de uma inércia dos outros Poderes.

Diante desse quadro surgem dois movimentos: a judicialização da política e o ativismo judicial. Malgrado tanto uma quanto a outra expressaram o elevado grau de judicialização que assume o Direito brasileiro (TASSINARI, 2012, p.17), é necessário afirmar que são coisas distintas para que haja melhor compreensão do assunto e não se trate dois fenômenos diferentes como iguais.

Assim, conforme bem ensina Luiz Lenio Streck (2014, p. 65):

a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes.



Como se vê, a judicialização da política é eventual e temporária, isto é, quando os outros Poderes não honram com seus objetivos constitucionais de implementação de direitos ou objetivos, os jurisdicionados recorrem ao Judiciário para o cumprimento do texto constitucional. Percebe-se, portanto, que, quando o poder jurisdicional implementa o previsto na Constituição, a necessidade de sua atuação desaparece.

Diferentemente é o fenômeno do ativismo judicial, o qual não tem respaldo constitucional, legal ou democrático – trata-se de uma atuação arbitrária do Judiciário, pode ser definido como

uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos (KOERNER, 2013, p. 72)

Como se vê, o ativismo judicial se trata de uma “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa (RAMOS, 2015, p. 109). Assim, diante dessa definição, a doutrina enxerga, na prática, duas dimensões no ativismo judicial, uma microscópica (decisória) e uma macroscópica (decisória) (ABBOUD, 2017).

Nesse sentido, Georges Abboud (2017, p. 214) ensina que “em linhas gerais, na dimensão macro, o ativismo se caracteriza por um agigantamento do Judiciário face aos demais poderes, sem respaldo constitucional para tanto”. Nota-se, então, que nessa dimensão há uma espécie de desbalanceamento da Separação de Poderes, oriundo da usurpação de funções pelo Judiciário frente aos outros Poderes, o que não pode ser permitido.

Ora, a Separação de Poderes é um dos corolários do Estado Democrático de Direito, justamente necessário para limitar o poder estatal e evitar a concentração arbitrária e ditatorial nas mãos de um só. Nesse sentido,

o conceito de divisão de poderes pode apresentar-se de formas muito variadas, comportando, inclusive, a previsão de organismos e funções que não se enquadram perfeitamente na clássica ideia tripartite, mas que, ainda assim, perseguem o ideal de concretização de um governo limitado. (ABBOUD; TOMAZ, 2015, p. 204)

Assim, o que se percebe desde logo é que o ativismo judicial fere os preceitos democráticos, na medida em que concentra, de forma ilegítima, no Judiciário uma enorme quantidade de poder. Tal fenômeno é conhecido pela doutrina estrangeira, tendo sido importada para o Brasil, como juristocracia, a qual pode ser definida como:

Uma forma de degradação da democracia constitucional em que a autonomia e a separação de poderes é golpeada por um ativismo judicial que atinge a esfera dos demais Poderes, sem respaldo constitucional. Além da usurpação em relação aos demais poderes, é traço distintivo da juristocracia a crescente invasão do Poder Judiciário em face da esfera de liberdade do cidadão (ABBOUD, 2017, p. 225).

É evidente a natureza nociva do ativismo judicial para a democracia, observando apenas a dimensão macro, a qual permite uma concentração de poder exacerbada no Judiciário de forma indevida.

Por outro lado, tem-se a dimensão decisória, a qual é ainda mais interessante para os fins do presente trabalho, que pretende analisar as decisões judiciais dos tribunais pátrios. Dessa forma:

Na dimensão decisória (micro) o ativismo consiste na suspensão da legalidade (CF +lei) como o critério decisório por um critério voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, moral, religioso etc. Ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua subjetividade/discricionariedade. (ABBOUD, 2017, p. 214)

Percebe-se que, na dimensão microscópica, o ativismo aponta um dos assuntos já abordados: a utilização de critérios não jurídicos para decidir casos concretos – tendo sido abordado a moral no presente trabalho. Observa-se então que o ativismo judicial decorrente dessa discricionariedade trata por fulminar a

autonomia do Direito, na medida em que critérios objetivos jurídicos democraticamente postos são substituídos pela consciência do julgador, em um claro ato de arbitrariedade.

Nota-se mais uma vez que o ativismo judicial é um atentado ao Estado Democrático e à autonomia do Direito, uma vez que o intérprete utiliza de seu subjetivismo em detrimento do ordenamento jurídico. Ocorre que o julgador não tem – ou ao menos não deveria ter – essa discricionariedade a sua disposição, afinal o magistrado “não pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK, 2018, p. 183), pois o intérprete está inserido num contexto e vinculado a uma “tradição” – no caso a Constituição – que sobre ele exerce constrangimento. (STRECK, 2017, p. 51).

Por isso, “a ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária” (STRECK, 2017, p. 54).

Destarte, aponta-se com clareza que a utilização de argumentos exógenos, sobretudo morais, é uma espécie de ativismo judicial que trata por minar a autonomia do Direito, e mais ainda, trata por atentar o Estado Democrático de Direito. Assim, permitir o ativismo judicial é permitir que o Judiciário concentre uma gama de poder imensurável, que transparece uma forma ditatorial velada, a qual, pode-se chegar um momento que não terá como ser sanada.

Para que não restem dúvidas acerca da existência desse fenômeno, é preciso analisar empiricamente, através de decisões judiciais, a utilização de argumentos subjetivos pelos magistrados do país, em claro cunho autoritário e antidemocrático, o que será feito doravante.

#### 4 A MORALIDADE QUE PAIRA NOS TRIBUNAIS: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS

Superadas as considerações do segundo capítulo acerca da autonomia do Direito, da moral como agente degradador desta e do ativismo judicial como elemento nocivo à democracia, é necessário averiguar se esses fenômenos prejudiciais existem na prática.

Para tanto, o presente capítulo pretende analisar decisões judiciais para averiguar a existência – ou não – de argumentos morais (voluntaristas) em substituição do próprio Direito. Caso a resposta seja positiva, será comprovada a fragilidade da autonomia do Direito em decorrência da discricionariedade – para não dizer arbitrariedade – judicial, ao passo que demonstrará uma onda de ativismo judicial que nada reflete a não ser o agigantamento do Judiciário e o atentado ao regime democrático.

Nesse sentido, antes de analisar propriamente as decisões judiciais, é preciso traçar as diretrizes fundamentais para a elaboração de um *decisum*. Assim, será utilizada, primeiramente, a Crítica Hermenêutica de Lenio Streck – fundamentada em grande parte na teoria integrativa de Ronald Dworkin e na hermenêutica gadameriana – precisamente sua teoria da decisão, que surge em razão da ausência de critérios argumentativos para definir como deve se decidir (um dos problemas do positivismo jurídico, que se preocupou muito mais em descrever o objeto de estudo do que o prescrever).

Assim, traçadas as noções basilares acerca da teoria da decisão proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito, serão apresentadas decisões judiciais selecionadas para averiguar se há, no Direito brasileiro, um compromisso de decidir por princípio, através de decisões íntegras e coerentes, ou se há um claro movimento ativista e discricionário – sob o fundamento de argumentos morais – por parte do Judiciário capaz de ruir a autonomia do Direito e fragilizar o próprio Estado Democrático de Direito.

#### 4.1 Resposta correta (adequada) a partir da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD)

A Crítica Hermenêutica do Direito – CHD – proposta por Lenio Streck é uma teoria que se preocupa, em suma, com três dimensões (TASSINARI, 2017, p. 132-133): uma teoria do direito (de responsabilidade dos juristas sobre pensar o fenômeno jurídico); uma filosofia do direito (ao propor uma leitura hermenêutica do direito) e, para os fins do presente capítulo, uma teoria da decisão judicial (que tem o condão de refutar a discricionariedade). Nesse sentido,

a CHD tem como ponto de partida o problema de haver decisões judiciais que não são democráticas, ou seja, nas quais o juiz procedeu de modo arbitrário, conforme a sua consciência individual, e isso é um desrespeito ao Estado Democrático de Direito que estabelece as regras do jogo no qual o juiz atua. (STRECK, 2019, p. 40)

Na sua teoria, Lenio Streck importa as propostas integrativas de Ronald Dworkin e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, observando os pontos de convergência entre estas, para se chegar a tese de que há respostas corretas – que ele também chamou de adequadas para divergir de Dworkin – no Direito. Assim, a teoria streckiana elucidada que:

Para alcançar a resposta correta – denominada na CHD de resposta adequada à Constituição – utilizou-se o caminho promissor desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da *'law as integrity'* de Dworkin, ambas importantes para a formação da Crítica Hermenêutica do Direito. Com efeito, ambas são antirrelativistas e antidiscionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as 'contingências' do Direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. (STRECK, 2017, p. 254)

Dessa forma, para compreender de onde vem e como alcançar as respostas corretas (adequadas) propostas pela Crítica Hermenêutica do Direito, é necessário abordar com clareza os pontos necessários da teoria de Ronald Dworkin e Hans Gadamer. O que será feito doravante.

Ronald Dworkin é um jusfilósofo norte-americano – severo crítico do positivismo – que tem uma visão sobre o Direito bem peculiar, isto é, reconhece o Direito como uma atividade interpretativa. Nesse sentido, essa atividade interpretativa seria uma prática social que teria como ponto de partida a divergência imersa nos casos concretos. Essa divergência permitiria que existissem respostas corretas para os casos, sendo aquelas que encontram a melhor interpretação possível. Assim,

sendo o Direito a prática social que garante legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc.) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser. Dito de outro modo, a divergência é resolvida com a melhor justificação. (STRECK, 2017, p. 33)

Essa ideia se revela como uma proposta de Dworkin para evitar o voluntarismo judicial e revelar que existe objetividade no Direito. Como forma de garantir isso, ele elenca diversos conceitos, tais como moralidade política, responsabilidade política do julgador, interpretação jurídica como romance em cadeia. Dentre esses conceitos, são dois os que mais se coadunam com o presente trabalho: coerência e integridade.

Assim, é forçoso analisar a coerência e integridade antes de adentrar ao conceito de respostas corretas. Dessa maneira, pode-se dizer que:

a) coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impor ao seu desdobramento; e b) integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. (STRECK, 2017, p. 34)

Nota-se que a integridade é construída a partir de um aspecto valorativo como forma de barrar decisões judiciais com dois pesos e duas medidas – trata-se de uma garantia contra as arbitrariedades do Judiciário –, enquanto a coerência seria o modo de alcançá-la. Isso significa que a exigência de coerência e integridade

impede os “floreios interpretativos” dos julgadores ao decidir mediante argumentos exógenos, como o subjetivismo, a moral, enfim, a consciência do aplicador.

Assim, a “ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade” (STRECK, 2017, p. 2014). Sabe-se que a igualdade é corolário do Estado Democrático de Direito, e o Judiciário, como uma das suas instituições, deve sua preservação. Ocorre que, no Brasil, o Poder Judiciário é contramajoritário, posto que a sociedade não vota para eleger seus julgadores, logo não é a este Poder que é transferida a representatividade política do tecido social, mas aos eleitos pelo sistema de eleição (Executivo e Legislativo).

Não obstante, ainda assim é exigível ao Judiciário que suas decisões respeitem os princípios democráticos, incluindo a igualdade, assim como as instâncias majoritárias. Dessa forma, “como os pronunciamentos judiciais devem expressar igual consideração e respeito? Honrando o texto constitucional e a legislação a partir dele produzida” (TASSINARI, 2017, p. 143). Logo, esse respeito garantirá a coerência e integridade, impedindo, por via de consequência decisões imprevisíveis, mormente sobre questões análogas.

A outro giro, o pensamento de Hans-Georg Gadamer coaduna-se com o de Dworkin, na medida em que ambos tentam traçar uma objetividade na interpretação, isto é, o primeiro reconhece que a atividade interpretativa não é uma atividade livre e dissociada de qualquer fundamento, sempre haverá um antecedente – semântico e tradicional.

Por essa razão, Gadamer (2012, p. 358) vai afirmar que, para compreender um texto, é necessário deixar, primeiramente, que o texto diga algo, isto é, existem limites semânticos que o intérprete estaria previamente limitado. Trazendo essa ideia para o Direito, é possível afirmar que

O principal fundamento para a análise das decisões judiciais exsurge da lei, na medida em que esta, por meio de um texto, oferece os pressupostos iniciais para balizar e impor os limites ao hermeneuta. (SOUZA; ANDRADE, 2019, p. 617)

Ademais, observa-se que uma das teorias de Gadamer incorporadas pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é a intersubjetividade: a ideia de que “há sempre um a priori que compartilhamos mesmo sem nos darmos conta” (STRECK, 2019, p. 13), ou seja, não há respostas antes das perguntas, ou mais ainda, não há grau-zero de sentido, isto é, não há linguagem estritamente privada, mas sim linguagem pública – ainda mais o Direito.

Assim, o “intérprete não é livre para atribuir qualquer sentido ao texto. Ele sempre estará inserido em uma determinada tradição, que sobre ele exerce constrangimento” (STRECK, 2017, p. 51). Essa tradição pode ser “entendida como a constante recepção de conceitos, costumes e práticas a que o homem se encontra permanentemente exposto pela linguagem” (TRINDADE, 2017, p. 201). Dessa forma, a tradição exerce uma espécie de limitação que ratifica a ideia de que não existe grau-zero de sentido.

Dessa forma, o intérprete tem limites prévios estabelecidos seja pela tradição – algo só é algo em determinado lugar e em determinada situação – bem como os limites semânticos – o intérprete não pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.

Logo, a Crítica Hermenêutica do Direito busca desenvolver uma teoria da decisão íntegra e coerente no afã de esclarecer que os julgadores, como qualquer intérprete – nesse caso do material jurídico – também tem esses limites – evitando a discricionariedade. Ora, uma teoria da decisão que defende a discricionariedade, é afirmar que nenhuma das partes tem realmente direito a algo, uma vez que dependerá da interpretação (consciência) que juiz der e não de um material jurídico limitador previamente estabelecido (STRECK, 2017, p. 251).

Por essa razão, a Crítica Hermenêutica do Direito, aliada aos seus fundamentos teóricos (teoria integrativa de Dworkin e hermenêutica filosófica de Gadamer), permite afirmar que é possível chegar a uma resposta correta (adequada para CHD). Dessa forma, a

decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de



qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação. (STRECK, 2017, p. 257)

Assim, a decisão decorrente da melhor interpretação é a resposta correta, sendo aquela que se respeita o todo coerente do Direito, fundamentada na Constituição, sem se deixar levar por seus predadores – moral, política e economia, por exemplo – ao passo que mantém o respeito pelos princípios constitutivos de uma dada comunidade (tradição).

Logo, uma decisão adequada que perpassa previamente por uma criteriologia, almejando alcançar uma resposta correta, é garantidora do Estado Democrático de Direito, uma vez que impede que o próprio objeto jurídico não esteja colocado ao bel-prazer dos agentes estatais (juízes).

Destarte, é preciso analisar decisões judiciais para averiguar se os tribunais pátrios estão realmente decidindo de forma adequada, mediante critérios previamente estabelecidos, ou estão aplicando uma coisa diferente do Direito no caso concreto, por exemplo, a moral. O que será feito doravante.

## **4.2 Análise de decisões judiciais e a busca pelo respeito ao Direito**

De início, cumpre esclarecer que, antes de analisar as decisões escolhidas para o presente trabalho, é necessário expor o caminho metodológico traçado para a colheita dos dados. Por essa razão, o presente tópico será dividido em duas partes: em um primeiro momento será abordada a metodologia de apuração das decisões judiciais, e, em um segundo momento, a análise destas.

### **4.2.1 Metodologia de colheita de decisões judiciais**

O trabalho em questão investigará um conjunto de decisões dos tribunais pátrios (superiores e de segunda instância). Tais decisões foram filtradas a partir de casos que envolvessem, em algum momento, um forte conteúdo moral por parte do

jugador. Para tanto, as decisões foram buscadas em bibliografias sobre a temática em questão, sobretudo Streck (2013) e Tassinari (2017).

A pesquisa utiliza-se de documentos oficiais, quando se trata de decisões judiciais, ou seja, os acórdãos dos próprios tribunais. Trata-se de um estudo de caso de cunho qualitativo que foi composto mediante a utilização de bibliografia específica – sobretudo do autor Lenio Streck – para a pesquisa dos casos, as quais foram abordados em algum momento da obra pelo autor.

A seleção do *corpus*, de cunho qualitativo, deu-se em setembro de 2021, com decisões que pudessem contar até a referida data, isto é, desde o advento da Constituição Federal (1988) até 2021.

Foram selecionadas e analisadas as seguintes decisões: STJ - AgReg em REsp nº 279.889/AL (julgado em 03/04/2001) – versa sobre restituição de imposto de renda retido na fonte; STJ - HC 94.826/SP (julgado em 17/04/2008) – impetrado em favor de menor sentenciado a medida sócio-educativa de internação; STJ - HC 16.706/RJ (julgado em 19/06/2001) – impetrado para modificação da pena fixada em sentença condenatória; TJPR - ACrim 135.719-5/ PR – apelação interposta pelo Ministério Público contra sentença que, na opinião deste, fixou pena inferior à necessária para o caso; TJSP - AI 7256094200/SP – agravo interposto contra decisão que determinou a produção de prova pericial; TJSC - AC 37530/SC – apelação interposta no bojo de embargos à execução fiscal, diante da rejeição destes; TST –EDRR 6443/89 – Ac. 2418/90 – embargos interpostos em recurso de revista contra decisão que não apreciou todos os argumentos; STM-Apelo 49563/RS – apelação interposta contra sentença que absolveu o acusado em crime de violência contra superior.

Assim, tem-se ao todo oito decisões judiciais, as quais, em sua maioria, se tratam, em última análise, da fundamentação acerca da apreciação da prova no processo. Dessa forma, passa-se à análise de forma pormenorizada delas.

#### 4.2.2 Análise de decisões judiciais

Conforme visto no presente trabalho, o Direito tem um grau de autonomia elevado, manifestado na Constituição, que não pode deixar ser solapado por instâncias sociais, como a moral, religião, economia, sob pena de ofensa ao próprio regime democrático. Assim, é necessário que os julgadores decidam consoante o material jurídico existente, respeitando os limites impostos, isto é, decidam com base numa teoria da decisão íntegra e coerente.

Dada essa importância, os magistrados – aqui englobando juízes e ministros –, como agentes da democracia, têm responsabilidade política ao decidir, tendo em vista a interferência no corpo social diante das suas decisões. Logo,

Decidir é agir com responsabilidade política. Responsabilidade de meio (não de resultado), de construir a resposta correta a partir da melhor interpretação possível do material jurídico básico (leis, códigos, precedentes etc.) e dos princípios que conformam esse empreendimento coletivo (que remetem, por sua vez, a dimensões da dignidade humana). (STRECK, 2017, p. 268)

Dessa forma, a responsabilidade política dos juízes é de decidir conforme o Direito e de modo a reconhecer direitos, e não criá-los conforme argumentos subjetivos.

Ocorre que é possível avistar algumas decisões solipsistas dos tribunais pátrios, incluindo os próprios tribunais superiores, nas quais a consciência do julgador é substituída do Direito no caso concreto. Observe, por exemplo, o voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, no AgReg em REsp nº 279.889/AL, o qual se trata de restituição de imposto de renda retido na fonte:

Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha

Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2001, AgReg em REsp nº 279.889/AL, Ministro Humberto Gomes de Barros)

Primeiramente é de se observar que a fala do ministro deixa claro que não está se decidindo conforme o Direito, mas sim conforme sua vontade, seu subjetivismo, ou, conforme traçado no presente trabalho, conforme sua concepção moral. Nesse sentido, verifica-se, conforme esse raciocínio, que o magistrado não estaria adstrito a nenhum limite, o que acaba por fulminar a própria autonomia do Direito, posto que esse está sendo deixado de lado para dar lugar aos anseios morais do julgador, desprezando normas democraticamente postas. Ora, “dizer que o juiz decide conforme sua consciência retira o caráter institucional e político que reveste as decisões do Poder Judiciário” (STRECK, 2017, p. 76).

Percebe-se ainda o tom autoritário na fala do ministro, ao afirmar que “ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém”, revela que os magistrados não estariam sujeitos a qualquer limitação ou controle, podendo dizer o “Direito” da forma como bem entenderem – conforme suas consciências – estando acima de tudo e de todos. Seguindo mesmo raciocínio, Lenio Luiz Streck (2017, p. 76) ensina que “no Direito, quando alguém diz que o juiz decide por livre convencimento ou que só obedece a sua consciência ou coisas do gênero, é possível afirmar que ali ainda está presente o sujeito autoritário da modernidade.”

Essas manifestações discricionárias – e autoritárias – não podem ser permitidas em um Estado Democrático de Direito, pois “o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja” (STRECK, 2013, p. 20), o Direito é linguagem pública, então repita-se, quando o indivíduo busca o Judiciário, não almeja encontrar o que o magistrado pensa sobre o assunto, mas o que o material jurídico existente tem a dizer. Por essa razão:

Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas Leis,

nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais etc. Só que estas, depois que o Direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) – não podem vir a corrigi-lo. (STRECK, 2018, p. 178)

Assim, percebe-se de antemão que essa onda de ativismo judicial por aplicação dos anseios morais dos julgadores é existente, autoritária e nociva ao regime democrático e não pode ser tolerada.

Ademais, esse entendimento solipsista não é isolado apenas do caso citado, tem-se outros que podem ser abordados. É o caso, por exemplo, do julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso de Revista nº 6443/89, os quais foram opostos em razão de ausência de apreciação de todos os argumentos capazes de influir no resultado do processo, tendo sido julgados pela primeira turma do Tribunal Superior do Trabalho:

A sentença é um ato de vontade do juiz como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência com o objetivo de solucionar todos os pedidos, analisando as causas de pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), o juiz não está obrigado a refutar todos eles. A sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes” (BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 1991, 1ª Turma – EDRR 6443/89 – Ac. 2418/90)

É de se observar nesse caso que o próprio TST entende que a sentença é um “ato de vontade do juiz”, como se os magistrados tivessem escolha ao decidir. Ocorre que esse raciocínio não merece prosperar, posto que os julgadores tem responsabilidade política e por isso não podem escolher na hora de decidir, mormente de acordo com suas consciências, pois

decidir é um dever e não uma opção ou escolha: o direito não aconselha meramente os juízes e outras autoridades sobre as decisões que devem (ought to) tomar; determina que eles têm um dever (have a duty to) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões. (STRECK, 2016, p. 42)

Assim, a vontade do magistrado não pode servir de subterfúgio para julgar como bem entender. Afinal, “a ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária” (STRECK, 2017, p. 54).

Essa forma de pensar, no Judiciário, é, aparentemente, constante, uma vez que é possível avistar os magistrados utilizando sua consciência para decidir. Do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Habeas Corpus:

Em face do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o Magistrado, no exercício de sua função judicante, não está adstrito a qualquer critério de apreciação das provas carreadas aos autos, podendo valorá-las como sua consciência indicar, uma vez que é soberano dos elementos probatórios apresentados. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008, HC 94.826/SP<sup>2</sup>).

Observa-se mais uma vez a consciência do julgador sendo o cânone epistemológico da decisão. No mesmo sentido, tem-se do STJ, também em sede de Habeas Corpus:

se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2001, p. 352, HC 16.706/RJ<sup>3</sup>).

Percebe-se que esse raciocínio de que os tribunais dizem o Direito conforme a consciência dos seus julgadores, não ocorre somente nos tribunais superiores, são pensamentos reverberados para instâncias inferiores, isto é, as últimas instâncias do Judiciário, que deveriam defender o Direito dos seus predadores, são as que propagam essa forma de pensar. Observe como exemplo o acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em decorrência de apelação interposta pelo Ministério Público contra sentença que, na opinião deste, fixou pena inferior à necessária para o caso:

---

<sup>2</sup> Habeas Corpus impetrado em favor de menor sentenciado a medida sócio-educativa de internação.

<sup>3</sup> Habeas Corpus impetrado para modificação da pena fixada em sentença condenatória

examinadas as circunstâncias judiciais, estabelecer, conforme necessário e suficiente, 'a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos'. A avaliação é subjetiva e o juiz lança o quanto entenda necessário sua consciência. (PARANÁ, TJPR, 1999, ACrim 135.719-5/ PR<sup>4</sup>)

No mesmo raciocínio, tem-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de agravo de instrumento contra decisão que determinou a produção probatória pericial, afirmando que “A norma legal propicia ao juiz (...) meios para completar sua convicção e, assim, decidir com tranquilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz” (SÃO PAULO, TJSP, 2008, AI 7256094200/SP).

Cite-se ainda o *decisum* proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, proferido em razão da rejeição de embargos à execução fiscal, o qual atribuiu novamente como razão fundamental de decidir a consciência, mas, desta feita, a consciência social, bem como permitindo, explicitamente, a utilização de argumentos morais: “o juiz é o intérprete da consciência social, pois contrapõe a livre valoração moral à norma” (SANTA CATARINA, TJSC, 2000, AC 37530/SC).

Por fim, voltando aos tribunais superiores, há o Superior Tribunal Militar que, apelação interposta contra sentença que absolveu o acusado por crime de violência contra superior diante da ausência de provas, entendeu que além da interpretação da lei depender da consciência do julgador, a produção da prova também depende dela: “provar é produzir um estado de certeza na consciência do Juiz, para sua convicção sobre a existência – ou não – de um fato” (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, Apelação nº 49563/RS).

Essa forma de pensar não é estrita apenas nas decisões, mas nos próprios discursos dos membros dos tribunais, isto é, trata-se de uma opinião consolidada que vai além da postura de julgador. Veja a fala, por exemplo, do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio:

---

<sup>4</sup> Apelação interposta pelo Ministério Público contra sentença que, na opinião deste, fixou pena inferior à necessária para o caso

Daí ter sempre presente, quando me defronto com conflito de interesses, a necessidade de buscar acima de tudo a almejada justiça. Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio (AURÉLIO, 2010)<sup>5</sup>.

Percebe-se que, além dos critérios morais para decidir (justiça), tem-se um ato de força arbitrário, pautado na consciência do julgador, qual seja, de primeiro decidir e depois buscar uma fundamentação para dar razão decidido. Ora, é um claro ato de força, tendo em vista que o resultado do julgamento já foi fixado, e o que se busca é apenas um álbi retórico para dar razão, “é como se fosse possível atravessar o ‘abismo gnosiológico’ do conhecimento e, depois, retornar para construir a ponte pela qual já se passou” (STRECK, 2018, p. 187). Nota-se, então, que a fala do ministro tem uma tendência finalística, se pauta a partir de argumentos consequencialistas, e se colocando fora do paradigma da intersubjetividade. Tratando-se realmente de uma fala autoritária.

Por essa razão, é necessário que se combata essa forma de pensar, sob pena de fulminar todo o Direito e permitir um agigantamento – ainda maior – do Judiciário, colapsando o próprio regime democrático. É necessário deixar que a “Constituição dê o seu recado. Ela é linguagem pública. Que deveria constranger epistemicamente o seu destinatário, o juiz” (STRECK, 2017, p. 277). Ora, em um Estado Democrático de Direito, é preferível que os magistrados apliquem uma lei democraticamente criada e não suas opiniões pessoais ao caso concreto.

Destarte, a partir da análise das decisões selecionadas, é perceptível, que a moralidade paira nos tribunais pátrios, e o entendimento de que o julgador é livre para decidir conforme sua consciência – com sua noção subjetiva de certo ou errado (moral) – é compartilhado pelos tribunais superiores e pelas instâncias inferiores. Assim, é necessário que seja repensada essa atuação do Judiciário, a partir de uma teoria da decisão crítica que respeite, antes de tudo, a Constituição. Afinal, o texto constitucional, em um Estado Democrático de Direito, é o aparato que exprime todos os valores necessários a uma sociedade, impedindo que esta sucumba aos seus

---

<sup>5</sup> Discurso proferido na homenagem realizada no dia 17/06/2010, em comemoração a 20 anos de atuação do Ministro Marco Aurélio no Supremo Tribunal Federal



próprios desejos, garantindo, assim, que os indivíduos não vivam sob qualquer tipo de arbitrariedade, sobretudo a judicial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise (de)ontológica que aqui se propôs foi a averiguação de como deveria ser aplicado – e como é – o Direito. Previamente, como fundamento inicial para a presente pesquisa, observou-se que o Direito sempre foi alvo de muitos debates acerca da existência de valores quando da sua criação, assim como sempre houve – até hoje há – uma discussão acerca de como o Judiciário deveria agir: se estaria livre pra decidir, se deveria decidir conforme a maioria social, se deveria utilizar esses valores para decidir.

Nesse sentido, fez-se necessário uma pesquisa aprofundada acerca dessa relação entre o Direito e essas instâncias sociais que carregam forte carga valorativa (moral, política, religião, por exemplo), para analisar quando estas estariam presentes e se haveria uma autonomia necessária ao Direito. A partir disso, foi necessário observar se o Judiciário estaria livre para decidir consoante essas mesmas instâncias ou deveria atuar de uma forma diferente, isto é, a partir de um Direito autônomo que incorpora essas instâncias, ao passo que não permite sua penetração após a criação.

Assim, face ao exposto, foi possível averiguar, que o Direito goza de uma autonomia, que tem como arquétipo a Constituição, não podendo ser soçobrada por instâncias externas (moral, política, religião, etc.). Dessa forma, a partir da análise de julgados, que a moralidade paira nos tribunais, não a moralidade política de responsabilização dos agentes estatais, e sim as convicções pessoais e subjetivas dos magistrados. Observa-se que a linguagem pública da Constituição é substituída pela linguagem privada dos magistrados, em um forte caráter autoritário. Com tudo isso, há o enfraquecimento da autonomia do Direito, e, por via de consequência, o próprio Estado Democrático de Direito.

Nota-se, portanto, que isso é uma prática que precisa ser repensada com temperamentos, posto que a autonomia do Direito, foi fruto de muitas lutas e é garantia para que a sociedade não viva sob os olhos das arbitrariedade dos magistrados. Por isso, a Crítica Hermenêutica do Direito tenta traçar uma teoria da decisão que almeja alcançar respostas corretas galgadas na Constituição, uma vez

que essa incorporou os valores da própria sociedade, trata-se do arquétipo da Democracia.

Por esse motivo, buscou-se traçar o aspecto deontológico do Direito, para que se o entendesse como norma, e, desta feita, deve ser aplicado sempre, não abrindo margem para que as consciências dos julgadores sejam fundamentos para decisões judiciais. Aqui, deve-se observar que o Direito deve ser compreendido em todo seu material jurídico normativo (leis, princípios, precedentes, regras, etc.) que esteja baseado na Constituição. Somente entendendo dessa forma é que se observará a arbitrariedade, e desnecessidade, da utilização de outras instâncias sociais para fundamentar uma decisão quando há uma espécie de material jurídico tão completo.

Dessa forma, sucedeu-se evidenciando que a autonomia do Direito é a própria condição de possibilidade do Direito e da Democracia, posto que é justamente o alicerce que garante que a sociedade não ruirá por suas próprias paixões, como exemplo do presente trabalho, foi utilizada a moral, na forma das convicções pessoais dos magistrados. Prospectou-se que as decisões baseadas nessas razões são oriundas do ativismo judicial, podendo perceber que este se trata de um fenômeno deletério para o Estado Democrático, pela usurpação de função dos outros Poderes e pelas decisões distanciadas do próprio Direito.

E, por fim, foi possível averiguar, através da própria análise do produto das cortes brasileiras (decisões judiciais), incluindo de Tribunais Superiores – que deveriam evitar tais situações e defender a Constituição –, a existência de decisões em que a moral foi aplicada ao caso concreto, justamente porque as consciências dos magistrados assim são, em detrimento do Direito posto.

Destarte, observa-se que uma teoria da decisão responsável exige *standards* epistemológicos que ultrapassem as práticas subjetivistas, intuitivas e personalistas, e, por essa razão, é o caminho para sanar tal quadro. Nesse sentido, qualquer teoria da decisão deve respeitar sempre a Constituição, pois ela é o epicentro do sistema jurídico, que contém um texto que tem algo a dizer previamente, e, por isso, deve deixa-lo falar. Afinal, a Constituição é linguagem pública que deve ser o primeiro caminho a ser observado por um magistrado.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Juristocracia delegativa**: os riscos da degeneração democrática trazidos pelo ativismo judicial. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; NERY JÚNIOR, Nelson. *Jurisdição e hermenêutica constitucional: em homenagem a Lênio Streck*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017. p. 211-227.

ABBOUD, Georges; TOMAZ, Rafael de Oliveira. **Neoconstitucionalismo**: vale a pena acreditar?. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p. 196-214.

ACKERMAN, Bruce. **Nós o Povo Soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AURÉLIO, Marco. **Marco Aurélio vê sua homenagem como “estímulo”**. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-as-normas-marco-aurelio>>. Acesso em: 05/10/2021

BRASIL, **Decreto-Lei nº. 4.657**, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 08/10/2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ministro Humberto Gomes de Barros, **AgReg em REsp nº 279.889/AL**, julgado em 03/04/2001, DJ 11/06/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **HC 94.826/SP**, julgado em 17/04/2008, DJe 05/05/2008

BRASIL. Superior tribunal de Justiça (STJ). **HC 16.706/RJ**, julgado em 19/06/2001, DJ 24/09/2001, p. 352.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST), 1ª Turma, **EDRR 6443/89**, Ac. 2418/90. DJU 15.02.91

BRASIL. Superior Tribunal Militar (STM). **Apelação nº 49563/RS**

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a Fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meuer. 12. ed. Petrópolis: Vozes: 2012.

HART, Hebert. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª ed. 2001.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 15. ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : S.A. Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986

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

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?**: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. DOI: 10.1590. Dossiê: 25 anos da Constituição Federal. Novos estudos. CEBRAP. Julho-2013

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1985

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36.a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR): **ACrim 135.719-5/ PR**, DJ 05/08/1999.

RAMOS, Elival Da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. 22ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2001.

REGO, Frederico Montedonio. **A dimensão democrática do dever de motivação das decisões judiciais**: o novo código de processo civil como concretização da Constituição de 1988. Unichristus: Revista Opinião Jurídica. DOI:10.12662. v, 14, n. 18. 2016. p177-206

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC): **AC 37530/SC**, DJ 03/08/2000

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP): **AI 7256094200/SP**, DJ 31/07/2008.

SALGADO, Eneida Desiree. **Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição**: a democracia entre velhos e novos inimigos. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 117, jul-dez, 2018, p. 193-217.

SIMONI, Rafael L. **Decisão jurídica e autonomia do Direito**: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes *et al.* Constitucionalismo e democracia. Rio de Janeiro : Elsevier, 2012. p. 138-163

SOUZA, K. F.; ANDRADE, J. T. O. **Afetividade e o (des) respeito à lei**: ativismo judicial nas relações familiaristas. In: Karidja Kalliany Carlos de Freitas Moura. (Org.). I CONGRESSO NACIONAL DE CIÊNCIA E EDUCAÇÃO Educação e Humanização: Poética da Condição Humana. 1. ed. Mossoró: FCRN, 2019, v. 1, p. 616-638.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF Em 30 Julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. MORBACH, Gilberto. **(Autonomia do) Direito e desacordos morais**. Belo Horizonte: Revista Brasileiro de Estudos Políticos (RBEP). DOI: 10.9732. v. 119, junho-dezembro 2019, p. 253-289

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito – hermenêutica** [livro eletrônico].ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.

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

STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito**. Unisinos: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). DOI: 10.40131. Janeiro-junho 2009, p. 65-77.

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus**: juge n'est pas Dieu. Curitiba: Juruá, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial confrontada pela crítica hermenêutica do direito**. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; NERY JÚNIOR, Nelson. Jurisdição e hermenêutica constitucional: em homenagem a Lênio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017. p. 131-150.

TRINDADE, André Karam. **As bases filosóficas da crítica hermenêutica do Direito**. In: ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; NERY JÚNIOR, Nelson. Jurisdição e hermenêutica constitucional: em homenagem a Lênio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017. p. 191-209.

WEBER, Max. **A Política como Vocação**. In: WEBER, Max. *Ciência e Política, Duas Vocações*. São Paulo: Editora Cultrix, 1996. p. 53-124.