

# A POSSIBILIDADE DE UMA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO<sup>1</sup>

## THE POSSIBILITY OF A CONSTITUTIONALLY ADEQUATE JUDICIAL DECISION BASED ON THE HERMENEUTICAL CRITIQUE OF LAW

Guilherme de Oliveira Zanchet<sup>2</sup>

### RESUMO

Diante do papel de destaque cada vez maior assumido pelos tribunais no constitucionalismo democrático contemporâneo, este trabalho explorou as notas características de uma decisão judicial constitucionalmente adequada, analisando os fatores que constituem decisões judiciais discricionárias e a possibilidade de solução de casos a partir da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), doutrina oposta a fundamentações subjetivistas e solipsistas realizadas pelos juízes. Expostas as premissas do que se convencionou denominar giro ontológico-linguístico e da obra de Ronald Dworkin, tornou-se possível a diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial. Ao final, a avaliação crítica do estado da arte no Brasil propiciou a observação da manifesta contrariedade das posições adotadas no País em relação aos avanços da dogmática constitucional e da própria CHD. Arrematou-se, nessa linha, que a proposta da CHD é factível ao intérprete que se compromete a contrapor as suas opiniões prévias aos casos concretos, de modo a questionar a legitimidade e o significado de seus preconceitos (na acepção gadameriana), reconhecendo que a interpretação jurídica é um ato integrador que parte do círculo hermenêutico.

**Palavras-chave:** Decisão judicial. Giro ontológico-linguístico. Hermenêutica. Crítica Hermenêutica do Direito. Ativismo judicial.

### ABSTRACT

Given the increasing importance of judicial courts in contemporary democratic constitutionalism, this paper explored the characteristics of a constitutionally adequate judicial decision by analyzing the traits of discretionary decisions and the possibility of solving cases through the Hermeneutical Critique of Law (HCL), a theory that opposes subjective and solipsistic reasons presented by judges. After the philosophical bases of the so-called ontological-linguistic turn and Ronald Dworkin's work were examined, it was possible to discriminate between judicialization of politics and judicial activism. At the end, it was possible to conduct a critical evaluation of the patent contrariety of the doctrinal positions in Brazil regarding the advances of constitutional law and the HCL itself. It was inferred hereof that the HCL's proposal is realizable to the interpreter who is committed to counterpose their previous opinions to real cases they come across, questioning the legitimacy and the signification of their

---

<sup>1</sup> Artigo extraído de Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora composta pelos professores Dr. Gustavo Oliveira de Pereira Lima (orientador), Dr. Augusto Jobim do Amaral e Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner, em 26 de novembro de 2018.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail:* guilherme.zanchet@acad.pucrs.br.

prejudices (in the Gadamerian sense) and acknowledging that legal interpretation is an integrative act that starts in the hermeneutic circle.

**Keywords:** Judicial decision. Ontological-linguistic turn. Hermeneutics. Hermeneutical Critique of Law. Judicial activism.

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, principalmente a partir da vigente Constituição Federal de 1988, tem-se buscado a prestação jurisdicional do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, em todos os âmbitos da experiência humana. O tema perpassa diversas questões históricas, como a modificação do paradigma brasileiro do regime militar para uma sociedade democrática – sobretudo quando observado que nossa Magna Carta é considerada uma das mais garantidoras de direitos fundamentais –, além das mudanças proporcionadas pela ciência e pela tecnologia no que tange à disponibilidade e à troca de informações.

No litigioso ambiente contemporâneo, as decisões judiciais contemplam desde o mais comezinho conflito entre vizinhos até o momento de início do cumprimento de pena privativa de liberdade em todo o território nacional. Poucos são os dias em que os principais veículos de comunicação não destacam alguma decisão dos tribunais. O Supremo Tribunal Federal, provocado rotineiramente acerca dos mais relevantes assuntos, já decidiu sobre pesquisa com células-tronco, quotas nas universidades, aborto de anencéfalos, fidelidade partidária, guerra fiscal, lei de crimes hediondos, além de milhares de *habeas corpus*, de mandados de segurança e de recursos extraordinários.

À evidência, o aumento da sofisticação das relações jurídicas e da procura por direitos em juízo demanda o exame da qualidade e da própria constitucionalidade da prestação jurisdicional, cuja pedra angular é a decisão judicial, meio pelo qual o Poder Judiciário emana sua autoridade. À vista disso, pretende-se explorar neste trabalho as características das decisões judiciais adequadas à Constituição Federal brasileira, sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), teoria de interpretação jurídica formulada pelo jurista Lenio Luiz Streck. Para tanto, os argumentos caracterizadores de decisões judiciais discricionárias devem ser contrapostos aos fundamentos da mencionada doutrina de hermenêutica jurídica, a fim de que seja possível responder se a CHD representa uma solução viável à limitação do decisionismo judicial.

Inicialmente, são examinadas as bases do denominado giro ontológico-linguístico na filosofia, enfatizando-se os pensamentos de Martin Heidegger, com sua fenomenologia hermenêutica, e de Hans-Georg Gadamer, que se notabilizou pela hermenêutica filosófica e pela indissociabilidade do tripé compreensão-interpretação-aplicação. Na sequência, apresentam-se os elementos da obra de Ronald Dworkin, que acena com a perspectiva pós-positivista da interpretação do direito como ato de “integração”, trazendo-se os aportes fundamentais da CHD.

A partir disso, delinea-se o cenário sociopolítico proporcionado pela constitucionalização no Brasil, a fim de se identificar o estado da arte das decisões judiciais nos dias de hoje. Ao final, a CHD serve como suporte à diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, dois tópicos de relevância singular nas democracias contemporâneas, arrematando-se com uma apreciação crítica de declarações de especialistas e autoridades e de julgamentos importantes prolatados recentemente no Brasil (pós-Constituição de 1988). Constatada a problemática das decisões judiciais que vêm sendo tomadas no Brasil, pode-se

afirmar que a CHD representa uma proposta factível ao intérprete que se compromete a contrapor as suas opiniões prévias aos casos concretos.

## 2 FUNDAMENTOS DE UMA DECISÃO JUDICIAL CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

“Chegamos aos objetos pela linguagem”.<sup>3</sup> Não é possível imaginar nenhum saber não-proposicional, já que todo o conhecimento ocorre por meio da mediação da linguagem, entendida enquanto o *como* da manifestação do mundo. Nunca existiu um ser humano que tenha se expressado de modo alheio a uma história determinada<sup>4</sup> – como se houvesse um *eu a-histórico* isento da realidade em que inserido.

Esse acesso indireto às coisas condena o ser humano à hermenêutica: a definição lógico-formal do conhecimento é sempre prejudicada pelos elementos interpretativos, e não há compreensão livre de sentidos e de significados.<sup>5</sup> A “invasão” da linguagem na filosofia no século XX agregou ao elemento lógico-analítico uma dimensão de natureza prático-pragmática, sobretudo em virtude das obras de Wittgenstein e Heidegger.<sup>6</sup> Com o auxílio do jurista Lenio Luiz Streck, intitula-se de “giro ontológico-linguístico” essa guinada da filosofia, rejeitando-se o sujeito como fundamento do conhecimento; a compreensão passa a ser de caráter ontológico, porquanto o ser humano é ente que já sempre se compreende a si mesmo. O compreender, portanto, deve ser concebido como um existencial da própria condição humana.<sup>7</sup>

À vista disso, este primeiro capítulo do artigo esboça os contornos necessários à devida percepção dos alicerces jusfilosóficos da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Após a análise dos componentes essenciais do giro ontológico-linguístico da filosofia, adentra-se a ideia de “*law as integrity*” de Ronald Dworkin, para, na sequência, examinar-se a CHD em si.

### 2.1 ELEMENTOS DO GIRO ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICO

Com Streck, há uma importante diferenciação entre hermenêutica clássica – chamada por ele de pura técnica de interpretação (*Auslegung*) – e hermenêutica filosófica, fundada no trabalho de Hans-Georg Gadamer, que envolve um “dar sentido” (*Sinngebung*), dizendo respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo, intrinsecamente ligado ao modelo da linguagem e sua formação de realização.<sup>8</sup> Em *Verdade e Método*, o filósofo alemão afirma que, desde o romantismo, já havia se reconhecido a unidade interna entre o compreender e o interpretar, assinalando que “[...] a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidos como um momento estrutural interno da compreensão”,<sup>9</sup> deslocando-se, assim, a marginalizada questão da linguagem para o centro da filosofia. Apesar disso, a fusão dos dois momentos da hermenêutica clássica mantinha a total desconexão do terceiro – o da *aplicação* – do seu contexto. A solução proposta por Gadamer, diante desse quadro, é a de que, já incluída na compreensão, está a aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete; dessarte, a hermenêutica passa a ser visualizada como uma unidade (compreensão-interpretação-aplicação).

<sup>3</sup> STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010, p. 9.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 16-18.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 14.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>8</sup> *Id.* **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 186-187.

<sup>9</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 459.

A quebra de paradigma proposta por Gadamer está fundada na própria existência humana e na sua inserção no mundo, ou seja, na experiência humana, tanto que, na sua introdução a *Verdade e Método*, o filósofo rechaça que o fenômeno hermenêutico seja um problema de método.<sup>10</sup> Apoiado em Martin Heidegger, que ressuscita o tema do “ser”, ele defende que a compreensão e a demonstração de todo o sentido do ser e da objetividade só é possível ao se partir da temporalidade e da historicidade da *pre-sença* ou *ser-aí* (*Dasein*), ultrapassando, face às aporias do historicismo, uma posição fundamentalmente nova, uma vez que “compreender é o caráter ôntico original da própria vida humana”.<sup>11</sup> A *applicatio*, nessa perspectiva, relaciona-se com uma *fusão de horizontes*, visto que o intérprete, imbuído de seus pressupostos, proporciona o aparecimento da novidade que a interpretação descortina.<sup>12</sup>

A fenomenologia (ou ontologia fundamental) de Heidegger não diz respeito diretamente ao que as coisas são, mas à descrição de como elas são, voltando-se sobretudo ao modo de abordá-las da maneira correta.<sup>13</sup> Em *Ser e tempo* (*Sein und Zeit*), ele centra sua obra no sentido do “ser”, tendo em vista o fracasso histórico da ontologia quanto à resolução ou mesmo à colocação do problema. É por isso que o filósofo inicia sua obra criticando o “dogma” (criado desde o pensamento grego) de que “ser” é o conceito mais universal e o mais vazio, sendo evidente por si mesmo. Para ele, a colocação da questão do sentido do “ser” é crucial, chegando inclusive a afirmar que se trata até “da questão fundamental”.<sup>14</sup>

Ao esboçar o problema, a noção de ente, compreendido como “tudo de que falamos, tudo que entendemos, com que nos comportamos dessa ou daquela maneira, sendo também o que e como nós mesmos somos”, vem à tona a fim de complementar o ser, como se o exteriorizasse. Na visão de Heidegger, esse é um binômio indissociável, dado que “o ser é sempre o ser de um ente” e que “o que resulta como *interrogado* na questão do ser é o próprio ente”.<sup>15</sup>

É devido a isso que o ponto de partida para essa interrogação acerca do “ser” dos fenômenos somos nós mesmos. O *Dasein* (*ser-aí* ou *pre-sença*) é um ente impregnado da facticidade insuperável do seu mundo, definido como aquilo que cada um de nós somos enquanto dotados do poder de questionar.<sup>16</sup> O recurso de Heidegger ao único ente que compreende ser, ou seja, o homem (*Dasein*), mostra-se necessária, na medida em que só se possibilita a questão sobre o sentido do ser quando se dá *uma compreensão do ser*. Isso se coloca em evidência ao se perceber que o *Dasein* se comporta compreendendo. Em face disso, quanto mais originária e adequadamente se conseguir explicar esse ente, com mais segurança nos encaminhamos em direção à elaboração do problema ontológico fundamental.<sup>17</sup>

Conforme Gianni Vattimo, ser-no-mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados. Não há cisão entre os momentos em que um conjunto de “objetos” é dado (como se possível fossem as “simples-presenças”, despidas de pré-juízos do intérprete) e em que o ser-aí com eles se relaciona, atribuindo-lhes significados e funções, uma vez que as coisas já vêm dotadas de uma função: o *Dasein* já dispõe de uma totalidade de significados. Assim, o conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e articulação das fantasias que o *Dasein*, como indivíduo, possa ter sobre o mundo, mas, sim, a elaboração

<sup>10</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 31.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 387-393.

<sup>12</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101.

<sup>13</sup> GREAVES, Tom. **Heidegger**. Tradução, consultoria e supervisão de Edgar Marques. São Paulo: Penso, 2012, p. 19-30.

<sup>14</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed., parte I. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 27-30.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 266.

da constitutiva e originária relação com o mundo que o constitui: tal ideia, do conhecimento como articulação de uma *pré-compreensão* (*Vorverständnis*) originária – que não é limitadora nem negativa – é que Heidegger chama de “círculo hermenêutico”.<sup>18</sup>

Gadamer, na mesma linha, traz à tona o que ele denomina de *problema dos preconceitos*. Para ele, a interpretação trabalha com conceitos (ou opiniões) prévios, chamados de preconceitos, que podem ser valorizados positiva ou negativamente – é interessante reparar que o autor salienta a não identidade entre as ideias de preconceitos e de “falsos juízos”. A compreensão, para o filósofo, ocorre elaborando-se os projetos corretos e adequados “às coisas mesmas”, mantendo-se sempre atento, com a sua correção constante com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido. Isso porque quem procura compreender um texto realiza sempre uma projeção: no momento em que aparece um primeiro sentido no texto, já há a antecipação de um sentido todo.<sup>19</sup> É este constante reprojetar – no qual consiste o movimento no sentido de compreender e interpretar –, com a verificação da legitimação (origem e validade) das opiniões, que constitui o processo que descreve Heidegger, ou seja, o círculo hermenêutico.

Em razão disso, Streck argumenta que a história é a condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo.<sup>20</sup> Rejeita-se, desse modo, a contraposição clássica sujeito-objeto, passando-se, agora, a uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade, porquanto quem compreende não tem uma mente em branco: tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo, qual seja, a pré-compreensão. Para Gadamer, o objeto desta pré-compreensão é a tradição, que é o legado compulsório e irrenunciável recebido pelo sujeito. Nas palavras de Heidegger, “a tradição não nos entrega à prisão do passado e irrevogável. Transmitir, *délivrer*, é um libertar para a liberdade do diálogo com o que foi e continua sendo”<sup>21</sup> – reside nisso a crítica gadameriana em relação à ideia de possibilidade de ficarmos imunes aos fatos da história.<sup>22</sup>

A partir dessa lógica, é impossível reproduzir um sentido, pois o caráter da interpretação é sempre produtivo: a compreensão é imbuída, irremediavelmente, do aporte produtivo do intérprete. É daí que se conclui que a interpretação acontece a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*), já que compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos, sendo a presença de um horizonte histórico condição de possibilidade para este fenômeno – é aqui que a *consciência histórico-efetual*, ou historicidade, do intérprete aparece. É devido a essa consciência que o intérprete adiciona sentido, no que Gadamer assinala que o ato de interpretar sempre implica a produção de um novo texto, possibilitada pela fusão de horizontes dada pela aplicação.<sup>23</sup>

Nesse panorama, a hermenêutica jurídica, na linha fenomenológica de Gadamer, relaciona-se diretamente com as próprias condições do intérprete e a sua postura filosófica no círculo hermenêutico, com o reconhecimento da tradição histórica de sua formação e a ampliação dos seus horizontes, não se tratando de um problema de critério ou de método<sup>24</sup>. Não é possível imaginar um intérprete jurídico desvinculado de um determinado meio contexto e alheio à tradição, não cabendo imaginá-lo fora do ambiente cultural ou de uma cadeia interpretativa do texto; apesar disso, simultaneamente, o sujeito não está absolutamente adstrito

<sup>18</sup> VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10. ed. Lisboa: Instituto Piaget, p. 26-36.

<sup>19</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 400-408.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 202-203.

<sup>21</sup> HEIDEGGER, Martin. Que é isto – a filosofia?, p. 213. In: CIVITA, Victor (Ed.). **Os pensadores**. vol. XLV. Trad. Vergílio Ferreira. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 205-222.

<sup>22</sup> STRECK, op. cit., p. 203.

<sup>23</sup> Ibid., p. 204-206.

<sup>24</sup> MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri: Manole, 2010, p. 40-42.

a uma compreensão, já que entender é sempre uma atitude de abertura e antessala a algo criador e complementar do passado, como se, no caso jurídico, o direito recobrasse seu vigor cada vez que é aplicado ou cumprido.<sup>25</sup>

A interpretação do Direito – como de qualquer outro tema –, portanto, de acordo com o giro ontológico-linguístico, tem caráter criativo/produtivo, nunca reprodutivo. Além disso, é importante que se acentue o antirrelativismo da hermenêutica de corte gadameriano: não há supervalorização do papel da subjetividade do intérprete ou qualquer espécie de relativismo. Nesse paradigma, o pensamento se projeta para fora da subjetividade, já que a linguagem transforma a interpretação em um ato intersubjetivo que precisa comunicar seu conteúdo para ser dotada de sentido. A gama de significados e de significantes à qual temos acesso não são qualidades “subjetivas”, mas algo compartilhado por todos, intersubjetivamente – a tradição. A compreensão, assim, é sempre um projeto compartilhado.<sup>26</sup>

## 2.2 O PÓS-POSITIVISMO DE RONALD DWORKIN

A discricionariedade sempre esteve ligada ao positivismo jurídico, começando, cronologicamente, no Legislativo, e passando, posteriormente, ao Judiciário. Trazendo à baila o paralelo traçado por Lima e Losurdo<sup>27</sup>, na teoria hobbesiana o direito era produto do soberano, no movimento propiciado pela Revolução Francesa podia o legislador definir o direito, enquanto no chamado positivismo normativista o juiz poderia produzir a norma, investido de poder que permitiria o emprego de raciocínios morais, ideológicos, políticos, dentre outros. À vista dessa problemática, as teorias pós-positivistas do direito tomaram para si o enfrentamento do problema interpretativo.

Ronald Dworkin, nesse contexto, projeta sua obra a partir de críticas aos modelos positivistas, especialmente o de Herbert Hart – que teve reflexo na famosa doutrina de Robert Alexy –, identificando, de início, que os juristas, ao raciocinarem sobre direitos e obrigações jurídicos, valem-se de padrões diferentes de regras, como princípios e políticas. Nessa linha, ele contrasta essa noção com a ideia de que o positivismo é um “modelo de e para um sistema de regras”, dentro do qual se ignoram os importantes papéis desempenhados pelos padrões que não são regras.<sup>28</sup>

Com base nisso, Dworkin traz diferenças fundamentais entre princípios e regras: ainda que os dois conjuntos constituam padrões que norteiem decisões particulares em casos específicos, eles se desencontram quanto à natureza da orientação que proporcionam – enquanto as regras são aplicáveis à “maneira do tudo-ou-nada”, sendo válidas ou inválidas em face dos fatos analisados, os princípios apenas conduzem a argumentação em dada direção, mas não pretendem estabelecer condições que tornem a sua incidência necessária. Diante disso, é possível inferir que os princípios possuem uma dimensão “de peso ou importância” que permite a resolução do conflito ao se considerar a força relativa de cada um; por outro lado, se duas regras se confrontarem, uma delas não será válida.<sup>29</sup>

Observados esses fundamentos, o jusfilósofo americano ressalta a importante função dos princípios na elaboração de decisões jurídicas específicas, argumentando haver uma diferença fundamental entre tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que as regras

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 210.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 329-330.

<sup>27</sup> LIMA, Dandara Miranda Teixeira de; LOSURDO, Federico. O aparente embate entre positivismo e pós-positivismo no Brasil: uma análise da decisão sobre união homoafetiva. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-21, jan./jun., 2017. Semestral. Disponível em: <<https://www.scilit.net/article/980e9288e45eb27c3df5f5e8ff588450>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 39-43.

jurídicas – ou seja, com obrigatoriedade de lei – e tratá-los como princípios extralegais que os julgadores teriam liberdade de aplicar de acordo com a sua vontade. A orientação por uma dessas abordagens acarreta enormes consequências, porquanto a primeira permite concluir que os juízes incorrem em erro ao não aplicar os princípios quando pertinente; já a segunda constitui um ato de poder discricionário ao criar obrigação jurídica *ex post facto*.<sup>30</sup>

O positivismo jurídico que aposta no poder discricionário para decisões, mediante a criação de um novo item de legislação, coaduna-se com o segundo viés, distanciando-se das melhores concepções constitucionalistas e democráticas. Se o critério para a função e a aplicação de um princípio se alinhasse às preferências pessoais do juiz, que simplesmente o escolheria arbitrariamente, não haveria a obrigatoriedade de regra alguma. Admitindo-se os princípios como padrões que integram o discurso jurídico, alheios à consciência subjetiva de um juiz legislador em virtude de uma moralidade política intersubjetiva, as premissas positivistas perdem força.<sup>31</sup>

As objeções de Dworkin à construção hartiana – e ao positivismo em geral – se direcionam ao fato de que os litigantes num processo têm o direito de que a solução jurídica para o seu caso esteja em conformidade com o ordenamento previamente estabelecido. Esse fundamento valeria para todos os casos, evitando o decisionismo e o poder criativo dos juízes, sobretudo porque os princípios indicariam o direito para uma das partes, mesmo na ausência de qualquer regra aplicável. A legitimação dos princípios residiria, nesse sistema legal, no fato de que as pessoas de uma sociedade reconhecem princípios comuns como norteadores de suas condutas (comunidade de princípios).<sup>32</sup>

Para Dworkin<sup>33</sup>, o direito é um conceito interpretativo, sendo imperativa a sua compreensão como prática social. Nessa linha, ele nega a possibilidade de se ter acesso fidedigno à intenção do autor de determinado texto, lei ou obra de arte, já que a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva. A interpretação se preocupa fundamentalmente com os propósitos do próprio intérprete, não com os de algum autor. A imposição de um propósito objetivo tornar o objeto ou a prática o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se supõe que pertençam. Desse modo, o jusfilósofo americano se aproxima da já explorada hermenêutica filosófica: existe uma coerção sobre as interpretações disponíveis de uma prática ou objeto oriundas desses últimos e da própria história que inviabiliza que se diga qualquer coisa sobre qualquer coisa. A propósito, ele mesmo menciona a observação gadameriana de que a interpretação, enquanto algo que aceita e luta, ao mesmo tempo, contra as imposições da história, “deve pôr em prática uma intenção”.

Nessa conjuntura deve ser compreendida a tese da resposta correta de Dworkin. Essa expressão, ao contrário do que pode induzir o leitor a depreender, não se relaciona com a existência de uma única solução jurídica. Na verdade, ela corresponde à constatação de que, ainda que haja mais de uma possibilidade juridicamente defensável para um caso concreto, o Direito sempre teria uma resposta. A sistematização do Direito como regras e princípios excluiria juízos discricionários, considerando-se que sempre haveria, inevitavelmente, uma “história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada”. Não há, para Dworkin, um método preciso e rigoroso para a decisão judicial, nem mesmo é necessário que juízes diferentes cheguem semanticamente a uma única e última resposta dada *a priori* no Direito. O exercício interpretativo não almeja valorar proposições jurídicas nem

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46-49.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 50-60.

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016. Quadrimestral. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/1181/684](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1181/684)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 62-67.

mesmo buscar a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*); objetiva, isso sim, tornar seu objeto o melhor possível.<sup>34</sup>

Aceitando-se o ideal interpretativo da integridade, os juízes, em meio de algum conjunto coerente de princípios sobre direitos e deveres, decidem casos difíceis à procura da melhor interpretação possível da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. A partir disso, existe um limiar que elimina as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal sorte que a histórica jurídica atua como limitadora das convicções pessoais de um juiz. Nesse contexto, ainda que cada julgador estabeleça esse limiar de maneira diversa, da aceitação do direito como integridade já decorre a restrição que a verdadeira história política exerce sobre as convicções políticas individuais.<sup>35</sup>

A proximidade dos argumentos de Dworkin para com os pressupostos filosóficos de Heidegger e Gadamer (giro ontológico-linguístico) é evidenciada quando se compreende que a interpretação do direito como ato de “integração” tem por base o círculo hermenêutico, já que, do mesmo modo que o fenômeno jurídico como um todo deve ser entendido pela parte, a parte só adquire sentido pelo todo. O sentido hermeneuticamente adequado é obtido por intermédio da integração coerente na prática jurídica, na qual a autoridade da tradição (condição de possibilidade do intérprete) assume especial relevo.<sup>36</sup>

### 2.3 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO STRECK

No Brasil, a discricionariedade supera aquela delineada na doutrina de qualquer positivista do século XX e na crítica de Dworkin. Havendo vagueza ou ambiguidade, a comunidade jurídica encontra um terreno fértil para o exercício da subjetividade do intérprete. Mesmo na hipótese de pequenos “espaços” de sentido, encontram-se possibilidades de apelo a princípios ou enunciados performativos que chegam, muitas vezes, a aniquilar o texto constitucional. Aqui, a discricionariedade, ao apostar no protagonismo judicial – considerado uma fatalidade –, visa a sobrepujar o modelo de Direito formal-exegético, aceitando-se a atribuição de sentidos de modo arbitrário e desenfreado.<sup>37</sup>

Conjugando os aportes da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa de Dworkin, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) representa uma proteção contra interpretações deslegitimadoras e ilusórias do arcabouço jurídico da Constituição. Com a força da tradição, da coerência e da integridade, condicionantes atreladas à historicidade, não vingam pretensões solipsistas sustentadas pelo esquema sujeito-objeto, contaminadas por discricionariedades/arbitrariedades típicas de ativismo. O intérprete/aplicador, nesse cenário, está encarregado de encontrar uma resposta que esteja adequada à Constituição, que estabelece o sentido fundante de todo o sistema.<sup>38</sup>

A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* – não há cisão entre os atos de conhecimento, de interpretação e de aplicação –, de modo que não há falar em um sentido “original” da Carga Magna despido da tradição, que é condição de possibilidade. A interpretação do Direito é um ato integrador, que parte do círculo hermenêutico, no sentido de que o intérprete coloca à prova suas opiniões prévias a fim de comprovar sua legitimidade e seu significado, respeitando a autonomia do Direito – cuja produção se presume democrática –, a

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016. Quadrimestral. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/1181/684](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1181/684)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 387.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 74-75.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 651-653.



sua coerência e integridade, e refreando a discricionariedade. A resposta adequada à Constituição, portanto, rejeita argumentos de política (*policy*) que justifiquem decisões assentadas em estratégias econômicas, sociais ou morais, na medida em que argumentos de princípio não são compatíveis com um “grau zero de sentido”.<sup>39</sup>

Os princípios, tidos como *virtudes* em vez de *valores* na CHD, são cooriginários ao Estado Democrático de Direito e implicam comprometimento da comunidade com as decisões tomadas – a consequência lógica é aquilo que Dworkin chamou de responsabilidade política dos juízes. Veja-se que os efeitos da história são incontornáveis: não haveria como se conviver, contemporaneamente, em um sistema que não incorporasse as garantias que foram construídas historicamente, como a igualdade, o devido processo legal, a presunção da inocência, a publicidade dos atos, a proibição de discriminação de qualquer espécie, dentre outros.<sup>40</sup> Atribuindo-se aos princípios o *status* de norma jurídica, há uma abertura à racionalidade prática, sufocada pelo positivismo, que decorre da normatividade oriunda de uma “convivência intersubjetiva emanada da moralidade política”<sup>41</sup> – resgata-se, novamente, a integridade do Direito de Dworkin.

A teoria desenvolvida por Streck contém uma especificidade essencial: a Constituição, como elo entre a política e o Direito, abastece o processo hermenêutico de um vetor de sentido, que não pode ser modificado senão por regramento próprio existente no próprio processo originário. Diante disso, o autor, no interior de sua obra, elenca cinco princípios ilustrativos de sua tese: a preservação da autonomia do Direito, na medida em que o paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido em um histórico de fracassos da falta de controle da e sobre a política, evitando-se argumentos “corretivos” que submetam o Direito àquela, à moral e à economia; o controle hermenêutico da interpretação institucional, uma vez que a discricionariedade é antidemocrática, não estando o intérprete autorizado a dizer o que quiser, arbitrariamente; o efetivo respeito à integridade e à coerência do Direito, entendido como empecilho a atitudes solipsistas-voluntaristas, favorecendo-se o tratamento equânime entre casos e a obediência ao sistema jurídico como um todo; o dever fundamental de justificar as decisões, uma espécie de *accountability*, a partir do qual o julgador fica impedido de impor um conteúdo “moral atemporal ou a-histórico”, dado que o caso concreto retrata o próprio fenômeno hermenêutico; e o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, princípio dependente do anterior, que garante o cumprimento da Constituição.<sup>42</sup>

A “resposta correta” – ou a “resposta hermeneuticamente adequada à Constituição” – passa, por todo o exposto, pela integridade dworkiniana ante as decisões passadas (relacionada diretamente com o respeito à tradição autêntica da hermenêutica filosófica), considerando-se sempre a pré-compreensão antecipadora, condição de ser-no-mundo, sobre a qual não temos ingerência. Ao intérprete é vedado atribuir sentidos, por exemplo, que desvirtuem a função social da propriedade, a culpabilidade ou a noção do trânsito em julgado – não se pode “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”.<sup>43</sup>

Os sentidos somente são capturáveis a partir da faticidade em que se insere o intérprete e ao se respeitar os conteúdos estruturantes do texto, que já traz um compromisso prévio que governa qualquer enunciado que será produzido a partir dele. Nisso reside que o texto da Constituição só pode ser entendido por meio de sua aplicação – a *applicatio* “norma” o texto constitucional –, de modo que a Constituição é o resultado de sua interpretação, cujo

<sup>39</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 653-654.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 620-621.

<sup>41</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 140.

<sup>42</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 629-650.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 361-368.

acontecimento concreto é produto da intersubjetividade dos juristas, emergindo do enredamento das relações sociais.<sup>44</sup>

Nesse cenário, não há aleatoriedade na interpretação de um texto jurídico, e é por esse motivo que as contribuições de Heidegger e Gadamer se aproximam às de Dworkin. É possível (e necessária) a distinção entre boas e más decisões: independentemente de concepções pessoais sobre a justiça e a equidade, os juízes devem decidir conforme o limite independente e superior da integridade<sup>45</sup>. De qualquer sorte, o direito fundamental a uma resposta correta proposto não implica respostas definitivas – a hermenêutica filosófica não comporta soluções dessa natureza, uma vez que isso seria desgarrar a temporalidade do ser. Além disso, a resposta não é a única nem a melhor, mas tão somente uma resposta adequada à Constituição, a ser nesta confirmada.<sup>46</sup>

### 3 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

A diminuição do Estado nos países que atravessaram a etapa do *welfare state* teve consequências completamente diferentes da minimização do Estado em países como o Brasil, em que “não houve o Estado Social”, segundo Lenio Streck, sendo inegáveis as abissais diferenças socioeconômicas no País<sup>47</sup>. Assim, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, em que o Direito é meio de transformação social, para fins de materialização dos direitos fundamentais, há em nosso País uma “desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei”. O cenário jurídico brasileiro está assentado em um paradigma liberal-individualista-normativista que contraria o novo modo de produção do Direito necessário a uma sociedade cada vez mais complexa, em que os conflitos assumem um caráter transindividual.<sup>48</sup>

No Constitucionalismo Contemporâneo, a ampliação do catálogo de direitos aos cidadãos, provenientes do modelo prévio de *welfare state*, com o dever de cumprimento de modo imediato desse programa constitucional, viabilizado pelo Estado Democrático de Direito, enseja um ambiente de maior procura pelo Judiciário, que assumiu o papel de concretizador dos direitos previstos mas não cumpridos pelos demais Poderes. As transformações ocorridas no contexto social, com modificações de cariz político-jurídico (relacionadas às “tendências no Direito”), conceitual (no que toca à noção de sociedade complexa), comportamental (com a crescente litigiosidade) e estrutural (a partir da ideia de massificação dos conflitos) se mostram, nesse cenário, fundamentais à compreensão dos contornos assumidos pela função do Direito<sup>49</sup>. O problema que se coloca no Brasil é: “de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante esses direitos da forma mais ampla possível”<sup>50</sup>.

As alterações no âmbito social, cada vez mais influenciado pela globalização, transnacionalização, novos direitos, dentre outros, passa a ser o foco da agora denominada *sociedade complexa*. No caso brasileiro, a fragilização da esfera estatal é agravada pelas enormes diferenças socioeconômicas ainda não solucionadas, lançando-se os cidadãos a uma ampla litigiosidade, a fim de resgatar e exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito – é nos regimes democráticos que se acentua a conflituosidade social, ante a distribuição mais difusa do poder. Em meio a isso, a alteração estrutural no modo de compreender os direitos, agora mergulhados em exigências coletivas e direitos difusos,

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 369-373.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 384-385.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 686-692.

<sup>47</sup> *Id.* **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 24.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 33-36.

<sup>49</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 45.

<sup>50</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 38-39.

característicos de produção, consumo e distribuição massificados, norteia a tutela jurídica em direção às noções de pluralidade e pluralismo, que traduzem a atuação das organizações sociais.<sup>51</sup>

Toda essa parametrização do caso brasileiro é similar em países periféricos, denominados de “países de modernidade tardia” por Streck<sup>52</sup>. Daí porque a inadequação de uma teoria geral do constitucionalismo, já que da generalização decorre sempre a preterição das especificidades de países como o Brasil. O nítido caráter dirigente-compromissório da Constituição Federal brasileira deriva, conforme a lição de Gilberto Bercovici<sup>53</sup>, da fixação dos objetivos da República insculpidos no artigo 3º da Carta Magna, que têm a função de identificação e de individualização do regime constitucional vigente, na medida em que remete ao tipo de Estado, ao regime político, aos valores inspiradores do ordenamento, dentre outros.

Assim, a problemática da Constituição dirigente deve ser investigada sob a égide da ordem histórica concreta, tendo em vista que sua definição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica. No Brasil, a existência das chamadas normas programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições socioeconômicas da população qualificam a Constituição de 1988 como dirigente<sup>54</sup>. Com Bercovici, a Carta Magna brasileira não é um mero “instrumento de governo” que se resume a descrever competências e regular processos, mas também é a norteadora dos fundamentos e dos fins da sociedade brasileira.<sup>55</sup>

Contudo, se por um lado o texto constitucional deve ser a dimensão básica da legitimidade moral e material, não é menos verdade que ele não pode servir como fonte jurídica única, nem ser o alfa e o ômega da constituição de um Estado<sup>56</sup>. A *bíblia de promessas* das Constituições dirigentes acaba por causar uma excessiva centralização estatal, que traz prejuízos por desconsiderar o alto grau de diferenciação necessário à estatalidade, assim como outros meios de direcionamento social.<sup>57</sup>

À vista disso, Streck invoca o que ele chama de *teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*, ou seja, apesar da constatação de que a inserção de excessivas promessas em uma Constituição é uma estratégia nociva, não é possível eliminar nem descartar a noção de Constituição dirigente compromissória nos países periféricos, uma vez que, contextualizando-se a ideia de Constitucionalização ao Brasil, há um déficit resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade que deve ser preenchido: é na construção das condições de possibilidade para o resgate dessas promessas que reside o objetivo de textos constitucionais dessa natureza. O papel institucional da justiça constitucional assume, conseqüentemente, relevância nessa temática, “entendendo-se o Direito a partir do viés transformador que lhe foi dado pelo Estado Democrático de Direito, mediante mudanças qualitativas e quantitativas que podem ser produzidas na sociedade”<sup>58</sup>.

Apesar do reconhecimento desse papel, no dizer de José Eduardo Faria<sup>59</sup>, o Poder Judiciário brasileiro tem sido ineficaz em quase todos seus ramos, setores e instâncias. No

<sup>51</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 45-47.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 202.

<sup>53</sup> BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/08/Constitui%C3%A7%C3%A3o-dirigente-e-garantia.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> STRECK, op. cit., p. 204.

<sup>57</sup> TASSINARI, op. cit., p. 42.

<sup>58</sup> STRECK, op. cit., p. 204-208.

<sup>59</sup> FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. v. 1. t. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15-18.

desempenho de suas três funções básicas, quais sejam, a instrumental (como o principal *locus* de resolução dos conflitos), a política (exercendo papel decisivo de controle social, reforçando as estruturas vigentes de poder e assegurando a integração da sociedade) e simbólica (na medida em que dissemina um sentido de equidade e justiça na vida social, calibrando os padrões vigentes de legitimidade na vida política), o Judiciário tem sofrido com a incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica a partir da qual e sobre a qual tem de atuar.

A crítica do autor reside na ideia de que tal instituição foi concebida para operar no âmbito de uma sociedade basicamente estável, com níveis mais equalizados de distribuição de renda e um sistema legal impregnado de normas padronizadoras, unívocas e hierarquizadas em termos lógico-formais. Com base nisso, os conflitos jurídicos que seriam levados à apreciação judicial teriam caráter interindividual, surgindo de interesses minimamente unitários. A intervenção do Judiciário ficaria a cargo dos lesados (princípio da inércia da jurisdição), com a litigância judicial detendo um horizonte eminentemente retrospectivo, e ficando o impacto do julgamento circunscrito às partes.<sup>60</sup>

A realidade brasileira, no entanto, não se coaduna com tal modelo de Judiciário. Nas palavras de Faria<sup>61</sup>, “instável, iníqua, contraditória e conflitiva, ela se caracteriza por enormes desigualdades sociais, regionais e setoriais”. No Brasil, situações de miséria, indigência e pobreza impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais; a violência urbana desenfreada, decorrente, em grande parte, de setores sociais excluídos da economia formal, aos quais apenas resta a transgressão cotidiana como meio de sobrevivência, desafia a ordem democrática.<sup>62</sup>

As conclusões de Streck<sup>63</sup> e Faria<sup>64</sup> são consonantes: o excessivo individualismo que permeia o ideário da Justiça brasileira vai ao encontro dos novos conceitos típicos da sociedade industrial, principalmente daqueles relacionados a direitos coletivos e difusos que dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos. Não é ilógico, portanto, que o sistema seja incapaz de gerar previsibilidade e segurança das expectativas, diante da profusão de teses, teorias e princípios editados para dar conta de casos muito específicos e meramente conjunturais.

Com isso, evidencia-se uma conjuntura incoerente, já que, enquanto o atual contexto faz surgir a tutela de direitos difusos e coletivos, a busca por sua satisfação ocorre pela via do litígio individual: ajuízam-se numerosas ações singulares almejando a tutela de direitos coletivamente assegurados. Em contraponto, o sistema jurídico responde por meio de mecanismos, como a criação, por parte dos tribunais, do que se chama de *juízos em bloco* (em uma tarde, desembargadores e ministros decidem milhares de casos) e, por parte da doutrina, a refutação da titularidade individual dos direitos sociais, com a negação de sua condição de direitos subjetivos<sup>65</sup>. O cenário, assim, é caótico – sendo cada vez mais numerosos os processos que tramitam no Judiciário, abarrotando-se a máquina judiciária, mais é comum a produção de julgados que, prejudicialmente às singularidades dos casos concretos e à motivação das decisões constitucionalmente assegurada, massificam entendimentos jurídicos.

A partir disso, com o incremento da judicialização no Brasil, particularidade própria do constitucionalismo democrático – ou seja, do próprio Estado Democrático de Direito –,

<sup>60</sup> FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. v. 1. t. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17-18.

<sup>61</sup> Ibid., p. 18.

<sup>62</sup> Ibid., p. 18.

<sup>63</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37.

<sup>64</sup> FARIA, op. cit., p. 18.

<sup>65</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 47.

proporcionado por um amplo espectro de modificações, tanto sociais quanto políticas, mostra-se necessária uma investigação acerca das limitações inerentes à atuação jurisdicional. No ponto, a conceituação de judicialização da política e de ativismo judicial, temas cada vez mais presentes no País, deve ser desenvolvida criticamente com base no posicionamento jusfilosófico apresentado nos capítulos anteriores, com o propósito de problematizar julgamentos e opiniões veiculadas em território brasileiro.

#### 4 A PROBLEMÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como se viu, as profundas alterações organizacionais, políticas, sociais e jurídico-culturais, somadas às diretrizes constantes da Carta de 1988, promoveram a ascensão institucional do Poder Judiciário, principalmente da Suprema Corte brasileira. Passando por disputas políticas hipertensionadas até as mais controvertidas questões morais, nunca foi tão ampla a diversidade de temas que conclamam por resposta do Estado-juiz, situação que sem dúvida pesou para o surgimento de variadas espécies de argumentos dos juízes: atualmente, favorecem-se visões mais criativas e imbuídas de valores em detrimento do velho positivismo legalista, na medida em que é cada vez mais ressignificado o alcance de normas constitucionais de caráter indeterminado.<sup>66</sup>

Neste derradeiro capítulo, a teoria pesquisada permite a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, dois fenômenos presentes nas democracias contemporâneas. Após, sob a mesma ótica, apreciam-se criticamente declarações de especialistas e autoridades, assim como julgamentos prolatados recentemente no Brasil, com destaque às decisões da Reclamação 4.335/AC, da ADI 4277, da ADPF 132 e do *habeas corpus* 126.292/SP, e práticas judiciais notabilizadas pela “Operação Lava Jato”.

##### 4.1 O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Nessa conjuntura, a fim de ilustrar a expansão da jurisdição no Brasil, sobretudo constitucional, é relevante apresentar algumas exemplificações. Anos atrás, por exemplo, durante a primeira legislatura da Câmara dos Deputados na vigência da Carta Magna de 1988, houve o caso de parlamentar – único representante de seu partido – que assistia regularmente às sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal, ausentando-se das sessões da Casa Baixa que ocorriam concomitantemente. Questionado sobre sua conduta, o deputado federal respondeu que, não tendo força política na sua singularidade, parecia-lhe mais interessante aprender a jurisprudência constitucional, adquirindo os argumentos necessários para combater direta e originariamente no Tribunal a inconstitucionalidade das futuras leis que entendia inadequadas, salientando que o noticiário da imprensa a seu respeito ainda lhe dava “vantagem adicional”.<sup>67</sup>

Outro símbolo da contemporânea conjuntura institucional foi o discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente da Suprema Corte, em 2008. Naquela ocasião, o julgador constitucional defendeu “práticas de ativismo judicial” em oposição à passividade do Judiciário, em razão da necessidade de se colocar a Constituição Federal em primeiro lugar, mormente quando observadas as suas sucessivas transgressões por omissão do Poder Público. Para ele, o Supremo Tribunal Federal, em obediência à sua missão constitucional, deveria suprir esses defeitos dos órgãos estatais e

<sup>66</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, Ebook.

<sup>67</sup> Ibid.

restaurar a Norma Fundamental violada pela inércia do Estado.<sup>68</sup> Em novembro do mesmo ano, já como Presidente da mais alta Corte do País, o Ministro Gilmar Mendes, em ciclo de debates promovido pelo Senado Federal, articulou o ativismo judicial do Supremo Tribunal “não é uma manifestação de despreço com o Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição, mesmo porque, segundo ele, “um pouco desse ativismo” é subjacente ao próprio modelo constitucional brasileiro.<sup>69</sup>

Diante da proeminência do denominado ativismo judicial em um contexto de grande atuação do Poder Judiciário no Brasil – pode-se inclusive dizer que é um *tema da moda* –, deve-se compreender que o tópico não é um fato isolado nem exclusivo da Justiça brasileira; ao contrário, a expansão do poder decisório judicial tem um alcance espaço-temporal muito maior do existente no País. A discussão, contemporânea ao surgimento do controle judicial de constitucionalidade das leis, faz-se presente em países de todos os gêneros – desde aqueles que estão começando a sua transformação social-democrática até os que já se encontram com a democracia estabilizada –, independentemente do sistema legal (*common law* ou *civil law*) que adotem. Fala-se, nesse cenário, da *ubiquidade do ativismo judicial*, dado que, envolvendo tópicos do mais alto vulto político e moral, caracteriza-se como um fenômeno supranacional.<sup>70</sup>

A discussão a respeito do controle de constitucionalidade e do ativismo judicial já ocorre há mais de dois séculos (o caso *Marbury v. Madison* é datado de 1803) nos Estados Unidos, país tido como precursor no aspecto, cuja realidade e contexto histórico são totalmente diversos ao cenário brasileiro. No Brasil, a grande expansão da participação do Judiciário no âmbito sociopolítico se iniciou por força da Constituição Federal de 1988 (cerca de 30 anos atrás), por meio da qual a democracia forneceu subsídios à concretização dos direitos dos cidadãos: o chamado *constitucionalismo democrático* foi fulcral para se pensar o exercício judicial a partir de uma perspectiva ativista.<sup>71</sup>

Como se sabe, é inegável a influência da doutrina estadunidense nas escolas jurídicas brasileiras, sobrelevando o ativismo da magistratura no País a um papel de destaque.<sup>72</sup> Apesar disso, os juristas do Brasil, ao receberem uma nova Constituição, em 1988, recheada de direitos fundamentais, com ênfase no seu rol de direitos sociais, acabaram por se socorrer de “teorias alienígenas”. Desacostumada com tradições jurídicas que abraçavam direitos de segunda e terceira dimensões (mormente direitos coletivos e transindividuais) e apegada ao modelo liberal-individualista, a comunidade jurídica apostou, geralmente de modo acrítico, no protagonismo dos juízes, ponto comum da maior parte das teses importadas.<sup>73</sup>

Sem a necessária problematização, ou seja, sem um debate acadêmico percuciente, os contributos dos juristas norte-americanos parecem ter sido resumidos à intensificação da atividade jurisdicional, fomentada a ponto de se sustentar a indispensabilidade do ativismo

<sup>68</sup> Essas afirmações foram feitas em discurso durante a posse do ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal pelo decano Celso de Mello. (MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008**. Brasília: 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/%2041536/40884>>, p. 202-214. Acesso em: 11/07/2018).

<sup>69</sup> Trechos extraídos de matéria publicada no *site* “Consultor Jurídico”, intitulada “Gilmar Mendes propõe comissão para combater omissão legislativa”. (GILMAR MENDES propõe comissão para combater omissão legislativa. **Revista Consultor Jurídico**, 26 nov. de 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-nov-26/gilmar\\_propoe\\_comissao\\_combater\\_omissao\\_legislativa](https://www.conjur.com.br/2008-nov-26/gilmar_propoe_comissao_combater_omissao_legislativa)>. Acesso em: 13/07/2018).

<sup>70</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook.

<sup>71</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 25-26.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79.

judicial para concretização dos direitos.<sup>74</sup> É razoável dizer, com Clarissa Tassinari<sup>75</sup>, que se criou um “imaginário jurídico” em que o direito pátrio é dependente das decisões judiciais, máxime nas questões mais significativas da sociedade.

Para Elival da Silva Ramos, ainda que seja desnecessário insistir na importância do estudo do Direito Comparado, ante as profusas influências entre os variados sistemas jurídicos, é essencial que se diferencie o lugar atribuído às decisões judiciárias entre as fontes do direito dentro da família romano-germânica daquela do *common law*. Para o professor, a jurisprudência, nos sistemas de *civil law*, fica restrita a “quadros estabelecidos para o direito pelo legislador”, sendo que este se encarrega, precipuamente, de demarcar esses quadros; em outra linha, nos sistemas da *common law*, no que se enquadram o direito dos Estados Unidos e da Inglaterra, a jurisprudência é a principal fonte, a despeito do impacto sobre o sistema norteamericano da existência de uma Constituição dotada de “supremacia formal” – não se olvide aqui da já mencionada *supremacy clause* – e do crescente valor da legislação nesses ordenamentos.<sup>76</sup>

Posto isso, concebendo o ativismo judicial, em uma análise introdutória, como uma disfunção no exercício da jurisdição, em detrimento da função legislativa, a diferença de grau de intensidade da criação judicial do direito permite concluir por que no sistema da *common law* é muito mais difícil do que no da *civil law* a configuração de uma atuação ativista da magistratura. No ponto, existe efetivamente uma aproximação bem maior entre o labor do juiz e do legislador na família jurídica proveniente do direito anglo-saxônico, o que torna bem mais complexa a busca por parâmetros que viabilizem o reconhecimento de abusos do Judiciário.<sup>77</sup> Mauro Cappelletti<sup>78</sup> até chega a dizer que, nos países de *common law*, o direito legislativo é visto como fonte excepcional do direito, em virtude de que sempre há, para além da legislação, o direito desenvolvido pelos próprios juízes – nesse sentido, na *common law*, ao contrário do que sucede na *civil law*, não se diz que o juiz, ao suprir lacunas da lei, aplicou-a analogicamente ou *a contrario sensu*, já que ela sequer ocupa o posto central na formação do direito.

Um dos princípios mais importantes do Estado constitucional é a separação dos Poderes<sup>79</sup> (com “p” maiúsculo, na terminologia da Constituição Federal de 1988). No entanto, ainda que as Constituições que proclamam os postulados do Estado de Direito não deixem de indicar quais são esses órgãos qualificados ao exercício do poder estatal, nem sempre sinalizam expressamente as funções que lhes competem, muito menos se ocupam da descrição material dessa atividade<sup>80</sup> (de qualquer sorte, por óbvio que não haveria como elencar exaustivamente tais tarefas). Sob esse prisma, a função típica de cada um dos Poderes admite, em termos limitados e em consonância com as previsões constitucionais, o seu “compartilhamento interorgânico”; contudo, sempre haverá um “núcleo essencial da função” que não poderá ser exercida senão pelo Poder competente<sup>81</sup>.

Esboçado esse panorama, tem-se que, como as operações do Estado se encadeiam, o exercício de função que se distancie de suas propriedades materiais intrínsecas acarretará inexoravelmente interferência indevida no âmbito de competência de Poder diverso, “com risco de seu esvaziamento”.<sup>82</sup> Dessa maneira, ao se falar de ativismo judicial, remete-se à “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional”, em prejuízo sobretudo da

<sup>74</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 26.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 107.

<sup>77</sup> Ibid., p. 109-113.

<sup>78</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 123.

<sup>79</sup> RAMOS, op. cit., p. 113.

<sup>80</sup> Ibid., p. 118.

<sup>81</sup> Ibid., p. 118.

<sup>82</sup> Ibid., p. 118.

função legislativa, mas, além disso, da função administrativa e, inclusive, da função de governo, notadamente em um ambiente de permanente controle de constitucionalidade, com omissões legislativas, sob o império de uma Lei Maior provida de vagezas e ambiguidades.<sup>83</sup> Veja-se que isso não se confunde com o exercício impetuoso de legislar<sup>84</sup> – ou qualquer outra função alheia à jurisdicional –, mas com a desvirtuação da atribuição típica do Poder Judiciário, que invade o “núcleo essencial” de funções dos outros Poderes.<sup>85</sup>

Com isso em mente, é possível dizer que tanto a judicialização da política quanto o ativismo judicial são utilizados a fim de demonstrar o intenso grau de judicialização que assume o direito pátrio atualmente, o que certamente denota uma aproximação entre eles. Essa semelhança não é problemática; não obstante, parcela razoável da doutrina apresenta pouco ou nenhum esclarecimento acerca da sua necessária distinção.<sup>86</sup>

A judicialização da política é fenômeno derivado das transformações do Direito provenientes de uma nova Magna Carta: a passagem dos Estados Liberal e Social para o Estado Democrático de Direito é caracterizada pelo deslocamento do núcleo de tensão dos demais Poderes para o Judiciário, que vem a extirpar as brechas deixadas pelas demais extensões do Leviatã. Por conseguinte, esse conceito se alinha ao reconhecimento de uma situação contemporânea decorrente da amplificação do rol de direitos e garantias constitucionais, que culminam na possibilidade de um maior número de demandas judiciais.<sup>87</sup> A respeito disso, a equação de Oscar Vilhena<sup>88</sup> é oportuna: “se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno” – de fato, em uma democracia, não é permitido ao administrador operar à mercê do povo, componente fundante do sistema.

Não é, portanto, uma conduta positiva ou negativa dos juízes em face de casos que lhes chegam para julgamento, mas um exame da conjuntura do cenário jurídico-político existente nas democracias atuais. É devido à sua conotação social que esse fenômeno independe da “vontade” do órgão judicante: todos os fatores que atravessaram os séculos, especialmente no que concerne à ineficiência estatal em promover a concretização de direitos, desaguaram na expansão da litigiosidade, típica de uma *sociedade complexa* amparada por uma Constituição de um Estado Democrático de Direito. A diminuição de tal judicialização, à vista disso, só é mitigada por intermédio de um esforço simultâneo de todos os Poderes, não incumbindo apenas ao Judiciário a tarefa.<sup>89</sup>

É por tudo isso que Lenio Streck enfatiza que a judicialização da política é inexorável e contingencial, na medida em que decorre de condições sociopolíticas, fundamentando-se na intervenção do Judiciário ante a inoperância dos demais Poderes. O ativismo judicial, por seu turno, ocorre no interior da própria estrutura judiciária, traduzindo-se como um ato de vontade (ou de desejo) daquele que julga, que corrompe a relação constitucional entre os Poderes a partir de uma decisão fundada em critérios não jurídicos.<sup>90</sup>

Por esse ângulo, o problema do ativismo é de maiores proporções do que o da judicialização: aquele é sempre ruim para a democracia, porquanto originário de

<sup>83</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24-25.

<sup>84</sup> Destaca-se que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça, em circunstâncias bem delimitadas, a iniciativa privativa de leis nas matérias inscritas nas alíneas do inciso II do seu artigo 96. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988).

<sup>85</sup> RAMOS, op. cit., p. 119.

<sup>86</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 27.

<sup>87</sup> Ibid., p. 31-32.

<sup>88</sup> VILHENA, Oscar V. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008, p. 447. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

<sup>89</sup> TASSINARI, op. cit., p. 31-32.

<sup>90</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 87.



“comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais”, como se a linguagem privada se sobrepusesse à linguagem pública – pode-se dizer inclusive que a *volonté* do julgador substitui o debate político –, ou seja, o ativismo se coaduna com a resposta judicial (seus fundamentos e razões) ao objeto da judicialização; esta, por sua vez, não assume uma carga negativa ou positiva de antemão, dependendo de sua intensidade, mesmo porque é uma manifestação natural em regimes democráticos assegurados por uma Constituição normativa, que sempre estão sujeitos a atuações inconstitucionais de suas instituições.<sup>91</sup> Nisso reside a ideia da multidimensionalidade não somente do ativismo judicial,<sup>92</sup> mas também da judicialização da política, considerando-se as diferentes cargas sociais, jurídicas e políticas que operam para sua conformação.

Sem embargo dos argumentos em sentido contrário, que geralmente se apegam à possibilidade de se contornar as insuficiências dos demais Poderes por meio de decisões judiciais – como se fosse possível resolver os problemas do sistema democrático no Brasil a partir de um novo atentado contra a essência da estrutura estabelecida constitucionalmente –, o recurso ao Judiciário, como guardião último da democracia, invariavelmente contribui para o recrudescimento das próprias lacunas do sistema representativo que se buscavam corrigir, amplificando a crise da autoridade da democracia.<sup>93</sup> Os novos direitos oportunizados pelo Constitucionalismo Contemporâneo, ainda que tenham transferido o polo de tensão para o Poder Judiciário, não podem servir de justificativa para decisões despidas de um critério de racionalidade adequado – sobretudo com os avanços filosóficos do último século, como o giro ontológico-linguístico –, recaindo-se na discricionariedade judiciária. De novo, o grave inconveniente do ativismo judicial se localiza no seu âmago; ele já nasce “errado”.<sup>94</sup>

Por tudo o que já foi esclarecido, o ativismo judicial é fenômeno eivado de um pragmatismo que o torna perigoso, porquanto relacionado a um ato de vontade do julgador.<sup>95</sup> Voltado a um certo utilitarismo no procedimento judiciário, por meio do qual se busca o “melhor” resultado às partes, sem que saiba o que isso quer dizer exatamente, deixar o Judiciário ditar os rumos da sociedade brasileira é um atentado contra tudo o que já foi construído em filosofia no Direito: a vitória do Constitucionalismo Contemporâneo, com a glorificação do direito democraticamente produzido, é negligenciado por argumentos que preferem a discricionariedade dos juízes à preservação da autonomia do Direito. Os questionamentos de Lenio Streck<sup>96</sup> são categóricos: “direitos podem ser concedidos *ad hoc*? Uma decisão ativista [...] não fere direitos fundamentais de outras pessoas que se encontram nas mesmas condições?”

A discricionariedade sempre se fez presente nas diversas facetas assumidas pelo positivismo, para o qual aquela é uma fatalidade,<sup>97</sup> tanto no âmbito legiferante quanto judicante. As obras de Kelsen e Hart, dois dos positivistas mais famosos, cujas obras são das mais difundidas no Brasil, preconizam que o juiz se valha de sua discricionariedade, seja porque toda

<sup>91</sup> STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

<sup>92</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook.

<sup>93</sup> VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008, p. 447. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

<sup>94</sup> STRECK, op. cit.

<sup>95</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 108.

<sup>96</sup> STRECK, Lenio Luiz. op. cit.

<sup>97</sup> Id. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 110.

decisão é um ato de vontade, seja porque as normas jurídicas possuam uma textura aberta que conduzam a “zonas de penumbra” em casos difíceis. A partir da constatação de que a discricionariedade remete à subjetividade do intérprete, fica evidente que essa situação não se ajusta à superação do paradigma da filosofia da consciência proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito.<sup>98</sup>

O dever de fundamentação das decisões judiciais, derivado da responsabilidade política dos magistrados para com a comunidade de princípios que constitui a sociedade, além da própria dogmática constitucional brasileira, não pode depender da vontade pessoal dos julgadores, o que fragiliza sobremaneira a força normativa do texto constitucional. As posturas solipsistas, assim, são vistas como contrárias à legitimidade da jurisdição e, portanto, à democracia.<sup>99</sup>

A CHD, como resposta, funda-se numa compreensão do Constitucionalismo Contemporâneo que combate os problemas do ativismo judicial a partir da rigorosa observância da Constituição, vista como condição de possibilidade de respostas corretas, redefinindo-se os princípios como normas que balizam a decisão judicial, que reaproximam Direito e Moral, historicamente desassociados no positivismo. A discricionariedade judicial é, desse modo, repelida, com fulcro nos preceitos democráticos e nos aportes da filosofia hermenêutica.<sup>100</sup>

#### 4.2 OS SINTOMAS DA CRISE HERMENÊUTICA DO DIREITO NO BRASIL

A propensão de juízes a deslocar o problema da atribuição de sentido à consciência, em uma espécie de individualismo solipsista (filosofia da consciência)<sup>101</sup>, apresenta-se no atual contexto de fracasso do aparelho estatal de manter a paz e a ordem em meio à massificação e à complexificação da sociedade. Baseados em “estados de experiência interiores e pessoais”, diversos magistrados, seja em sentenças ou acórdãos, seja em discursos, entrevistas ou outros meios extraoficiais, evidenciam que julgam “conforme sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”, em circunstâncias “devidamente teorizadas” pela tese do poder discricionário.<sup>102</sup>

Apostando-se no protagonismo judicial para a concretização de direitos, proliferaram-se decisões no Brasil que afrontam diretamente as conquistas filosóficas do giro ontológico-linguístico, ponto central da Crítica Hermenêutica do Direito. O círculo hermenêutico e a diferença ontológica de Heidegger, assim como a autoridade da tradição em Gadamer e o direito como integridade de Dworkin, são negligenciados em prol de vontades subjetivas dos juízes, que se entendem investidos de prerrogativas constitucionais de fazer aquilo que entendem por justiça no caso concreto. Para Streck<sup>103</sup>, há casos em que a atitude ativista-decisionista é explícita, assumindo-se que o ato de julgar se confunde com um ato de vontade (relembrando-se o já citado oitavo capítulo da “Teoria pura do direito” de Kelsen), ou mesmo com a aplicação de métodos incompatíveis entre si, ao se partir de leituras equivocadas de autores como Dworkin ou até Gadamer; noutros, invocam-se os paradigmas de Hart ou de Alexy, que, como já se examinou, dependem também da discricionariedade.

Não há instância da Justiça em que não se encontre posicionamentos decisionistas ou embaralhamentos doutrinários. No topo do Poder Judiciário, no entanto, o Supremo Tribunal

<sup>98</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 116-118.

<sup>99</sup> Ibid., p. 144-145.

<sup>100</sup> Ibid., p. 150.

<sup>101</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 20.

<sup>102</sup> Ibid., p. 20.

<sup>103</sup> Ibid., p. 23-24.

Federal, guardião da Constituição (*caput* do art. 102 da Carta Magna), segundo Streck, apresenta julgamentos acerca dos quais se poderia aventar até algo mais do que poder discricionário. A Súmula Vinculante nº 5<sup>104</sup>, por exemplo, despreza o art. 5º, LV, da Lei Maior brasileira, extrapolando os “limites semânticos” da Lei – o jurista gaúcho ainda chama atenção para o fato de que não existe declaração de inconstitucionalidade de súmula: cabe apenas ao seu criador revogá-la, gerando uma aporia jurídica.<sup>105</sup>

A decisão proferida nos autos da Reclamação 4.335/AC<sup>106</sup>, outrossim, é exemplar quanto à extensão da interpretação constitucional realizada pelo STF. Na hipótese, a Defensoria Pública da União ajuizou a demanda contra decisão em que havia sido negada a progressão de regime a favor de condenados pela prática de crimes hediondos, a fim de fazer valer entendimento do Tribunal exarado em controle difuso de constitucionalidade – no *habeas corpus* 82.959, em fevereiro de 2006, por seis votos a cinco, foi declarado inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), que previa o cumprimento da pena, nesses crimes, em regime integralmente fechado.

No ponto, doutrinariamente, a reclamação deve ter por objeto decisões da Corte que estejam revestidas de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, como ocorre no controle concentrado.<sup>107</sup> Tratando-se de pronunciamento em controle difuso, a Constituição prescreve que a suspensão, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo STF compete privativamente ao Senado Federal, conforme o disposto no seu art. 52, X.

Todavia, a maioria dos Ministros entendeu que estaria ocorrendo uma mutação constitucional, à vista da atual força expansiva das decisões do STF, situação reforçada pelo arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional brasileiro. Enaltecendo a crescente valorização dos precedentes judiciais, passou-se a compreender que a competência privativa de o Senado “suspender a execução da lei” seria, na verdade, de “dar publicidade à suspensão da execução”, o que, para a Corte, não subverteria o texto legal. Nessa conjuntura, ainda que a discussão relativa à progressão de regime em crimes hediondos tenha perdido o objeto diante da edição da Lei nº 11.464/2007, permanece o debate de fundo acerca da regra constitucional.

Outro julgamento de grandes proporções baseado em premissas ativistas foi realizado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. As demandas, ajuizadas perante o STF pela Procuradoria-Geral da República e pelo então governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, respectivamente, e resolvidas em julgamento único<sup>108</sup>, envolviam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, com a extensão dos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àquelas entre pessoas do mesmo sexo. Colocou-se em debate, assim, o art. 1.723 do Código Civil e o art. 226, § 3º, da Constituição, especificamente no que dizem respeito aos vocábulos “homem” e “mulher” e a expressão “entidade familiar”.

Para os Ministros, a solução da questão jurídica passava tanto pela constatação de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum “significado ortodoxo” quanto pela consequente “interpretação conforme à Constituição” do mencionado dispositivo

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 5. Sessão plenária: 07 mai. 2008. **DJe: 16/05/2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

<sup>105</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 625.

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335 Acre. Sessão plenária: 20 mar. 2014. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **DJe nº 208**, divulgação em 21/10/2014, publicação em 22/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>107</sup> STRECK, op. cit., p. 84.

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Sessão plenária: 05 maio 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. **DJe nº 198**, divulgação em 13/10/2011, publicação em 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 07 out. 2018.

do Código Civil. Uma vez que as diretrizes constitucionais são expressas no sentido de proibir todo tipo de preconceito, não seria possível negar o reconhecimento pleiteado quando a Norma Fundamental não proíbe, categoricamente, a união de pessoas do mesmo sexo. Nesse sentido, a referência constitucional ao binômio homem-mulher teria o especial intuito de proteger a mulher, como se um meio de combate à histórica desigualdade entre as pessoas de sexos diferentes fosse. Além disso, considerando-se o avanço da Carta Magna de 1988 em direção ao pluralismo sócio-político-cultural, entender pela impossibilidade de consagração da união homoafetiva caracterizaria interpretação reducionista do conceito de “entidade familiar”. Ao final, por votação unânime, os pedidos foram procedentes, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Ainda que seja compreensível que casais homoafetivos mereçam proteção e resguardo legal em igual medida aos heterossexuais, verificou-se no julgamento uma deturpação de toda significação das palavras “homem” e “mulher”. A Constituição Federal, ao prescrever que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, delimitou restritivamente o que deveria ser entendido como união estável. Com Tassinari<sup>109</sup>, não se quer dizer assim que homem e mulher não sejam expressões com dimensão interpretativa; na verdade, como se viu até aqui, é necessário sempre observar os limites semânticos dos textos, não sendo possível ao intérprete “criar conteúdo” às palavras ao seu bel-prazer.

Ademais, mesmo que a Carta Magna não tenha definido com exatidão o conceito de “família” em si, o dispositivo controvertido (art. 226, § 3º) não permite a sua alteração, via decisão judicial, como meio de atender ao combate ao preconceito disposto nos objetivos fundamentais da República: a definição da Constituição de entidade familiar, para fins de união estável, foi expressa, não servindo o raciocínio como possibilidade de se desprezar o restante do complexo constitucional. A controvérsia deveria ser analisada em um âmbito de maior representação social, como o Poder Legislativo, cujas prerrogativas e atribuições constitucionais foram ignoradas. Como apontaram Streck, Barretto e Tomaz de Oliveira<sup>110</sup>, a regulamentação de uniões homoafetivas via jurisprudência do STF se aproximou de um “terceiro turno” do processo constituinte: é perigosa a tendência de se recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador – por vezes, a falta de abordagem do assunto se resume a mera escolha política. Se o próprio Legislativo não pretende, pelas razões que forem – como a carência de “condições políticas” –, elaborar legislação a respeito, por que motivo o Judiciário, que não detém legitimidade representativa para tanto, deveria construir decisões “legiferantes” quando a própria Constituição aponta em outro sentido?<sup>111</sup>

Em um último exemplo do grau de ativismo judicial que vem acometendo o Brasil, o STF, nos autos do *habeas corpus* 126.292/SP<sup>112</sup>, por sete votos a quatro, entendeu que a execução provisória de acórdão condenatório proferido em grau de apelação, mesmo que sujeito a recurso aos tribunais superiores, não compromete o princípio da presunção da inocência previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Os votos vencedores assumiram um posicionamento similar no sentido de que, conforme o processo penal avança, a presunção da inocência se enfraquece, sendo possível, de acordo com o caso, a sua relativização e até mesmo

<sup>109</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 133.

<sup>110</sup> STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo/RS, 1 (2): 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus n. 126.292. Brasília, DF, 17 fev. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico n. 100**, Brasília, DF, 17 maio. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

sua inversão. Sustentou-se também que o dispositivo constitucional não condiciona a prisão ao trânsito em julgado, mas tão somente a culpa do acusado, mesmo porque no âmbito das instâncias ordinárias se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas, ficando os recursos de natureza extraordinária estritos à matéria de direito. A fundamentação se baseou, igualmente, no fato de que, até 5 de fevereiro de 2009 (julgamento do HC 84.708/MG), o STF já entendia que o princípio constitucional em questão não tinha caráter absoluto, o que não representava ferimento à Carta Magna.

Novamente se observa que a argumentação foi assentada em premissas que tentaram ultrapassar os limites semânticos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Para Portal e Gloeckner<sup>113</sup>, não há dúvidas de que a presunção da inocência não estaria esvaziada ao final do juízo de apelação ordinário, uma vez que ela não se limita ao aspecto probatório do processo, mas se estende em todos os âmbitos da jurisdição. Prosseguem os autores, defendendo que a cisão entre questão de fato e questão de direito é repristinção da clássica divisão entre sujeito e objeto (como na filosofia da consciência e no seu viés metafísico), perspectiva que já foi abandonada pela doutrina devido a sua insuficiência e a seu simplismo. Amaral<sup>114</sup>, em linha similar, ressalta que a inexistência de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário não pode se confundir com a “presunção de culpa” do réu, visto que esse entendimento contraria diretamente a norma constitucional.

As estatísticas relativas ao sucesso de recursos interpostos aos tribunais superiores, ou mesmo eventual descrença popular na justiça criminal, retomam justificações contingenciais que não podem ser consideradas sob qualquer prisma argumentativo.<sup>115</sup> A vingar a tese, o STF estaria anuindo com a punição de “alguns inocentes” em prol da sociedade, fazendo as vezes de justiceiro a fim de elevar a admiração do público quanto à sua atuação. As decisões judiciais, como já se assinalou, têm por base princípios, não podendo ficar reféns de trabalhos quantitativos – a pergunta de Streck<sup>116</sup> é relevante: “se o clamor social ou a ‘realidade social’ valem mais do que a Constituição, por qual razão precisamos de uma Constituição?”

Além disso, errou o STF ao não declarar inconstitucional o artigo 283 do CPP<sup>117</sup> – que contradiz diretamente a interpretação atribuída pelo STF ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal –, uma vez que não poderia o Judiciário negar a aplicação de lei sem a sua declaração formal de inconstitucionalidade<sup>118</sup>. Tratando-se de controle de constitucionalidade incidental, levada ao plenário, deveria ter havido a declaração incidental respectiva de inconstitucionalidade dos dispositivos legais contrários; a carência dessa deliberação não

<sup>113</sup> PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção da inocência no habeas corpus n. 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 17, n.7, p. 391-407, mai./ago. 2017. Disponível em: <[http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11365/2/PRESUNCAO\\_DE\\_INOCENCIA\\_NO\\_HABEAS\\_CORPUS\\_N\\_126\\_292\\_JULGADO\\_PELo\\_STF\\_STANDARDS\\_DECISORIOS\\_E\\_O\\_ADVENTO\\_DA\\_PRISAO\\_CAUTELAR.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11365/2/PRESUNCAO_DE_INOCENCIA_NO_HABEAS_CORPUS_N_126_292_JULGADO_PELo_STF_STANDARDS_DECISORIOS_E_O_ADVENTO_DA_PRISAO_CAUTELAR.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>114</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1073-1114, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/102>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>115</sup> STRECK, Lenio Luiz. E se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância?. **Revista Consultor Jurídico**, 8 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opinioao-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> **Art. 283.** Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 1941).

<sup>118</sup> STRECK, op. cit.

somente burlou o artigo 97 da CF (cuja observância é indispensável para que um tribunal deixe de aplicar uma lei<sup>119</sup>), como também chegou ao cúmulo de discrepar da própria jurisdição constitucional<sup>120</sup> ilustrada pela Súmula Vinculante 10<sup>121</sup>. Dentre outras, essa foi uma das razões que acarretaram o ajuizamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais o plenário do STF, analisando a medida antecipatória, decidiu que o artigo 283 do CPP não impede o início da execução da pena nos termos da decisão do HC 126.292/SP.<sup>122</sup>

Não se deve olvidar o contexto em que se insere a mitigação da presunção da inocência pelo STF: mais do que nunca, no Brasil, há denúncias relacionadas à prática de corrupção por pessoas do meio político e do alto escalão de grandes grupos financeiros, cuja ilustração de maior porte é a denominada “Operação Lava Jato”, deflagrada em 17 de março de 2014 pela Polícia Federal<sup>123</sup>. A midiaticização do andamento e do julgamento dos processos judiciais concernentes à “Lava Jato” não encontra correspondente histórico no território brasileiro. Não há semana em que não haja alguma novidade ou notícia que lhe diga respeito.

Diante desse quadro de grave crise institucional, o Judiciário se encontra entre duas posições aparentemente desconfortáveis: ceder à opinião pública, totalmente intolerante a ilícitos que desvirtuam o papel do Estado e do seus agentes (e não poderia ser diferente), mas, ao mesmo tempo, desejosa da punição automática e instantânea de qualquer indicado como possível culpado pela imprensa; ou, em detrimento do apoio popular, assegurar a estrita observância das garantias constitucionais e aceitar que o intrincado sistema processual brasileiro autoriza a interposição de diversos recursos, impedindo a almejada punição célere de políticos criminosos. Os aportes filosófico-hermenêuticos apresentados rejeitam a primeira hipótese, na medida em que há um erro estrutural, de base, na formulação de políticas públicas criminais pelos órgãos jurisdicionais brasileiros. Como já se disse alhures, o Judiciário deve decidir de modo contramajoritário – não importa o quão “ruim” a lei possa ser percebida pela maioria da população, o seu cumprimento se impõe democraticamente.

No entanto, em meio às dificuldades de investigação inerentes a crimes complexos, que envolvem uma ampla sistematização e organização de atos, o Judiciário brasileiro, com inspiração na “Operação Mãos Limpas” (*Mani Pulite*), ocorrida na Itália, tem anuído com a subversão e a relativização do sistema de garantias processuais. A prisão processual passou a ser visualizada como forma de pressionar os suspeitos a confessar, não há segurança sobre o tempo de duração das interceptações telefônicas, vazaram-se diálogos de investigados e conversas que não se relacionam com a investigação – sem falar naquelas quando sequer subsistia autorização judicial.<sup>124</sup> O juiz condutor de grande parte dos processos atinentes à “Operação Lava Jato”, Sérgio Fernando Moro, da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, tornou-se um símbolo de combate à corrupção, conquistando imenso apoio popular

<sup>119</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 668-669.

<sup>120</sup> Id. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!. **Revista Consultor Jurídico**, 29 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>121</sup> **Súmula Vinculante 10**: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10. Sessão plenária: 18 jun. 2008. **DJe: 27 jun. 2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 18 ago. 2018).

<sup>122</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 Distrito Federal. Sessão plenária: 05 out. 2016. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, **DJe nº 216**, 10/10/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>123</sup> BRASIL. Ministério da Segurança Pública. Polícia Federal. **Operação Lava Jato**. Brasília. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>>. Acesso em: 13/10/2018.

<sup>124</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a lava jato?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 122, p. 205-227, set.-out. 2016. Disponível em: <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em: 07 out. 2018.

por suas decisões – já foi chamado de “herói”<sup>125</sup>, conta com dezenas de páginas nas redes sociais em sua homenagem, com milhões de “curtidas”,<sup>126</sup> recebeu prêmios de personalidade do ano pelo jornal *O Globo* e pela revista *Veja*, e foi considerado o 13º líder mais influente do mundo, pela revista americana *Fortune*, e o único brasileiro entre as cem pessoas mais influentes do planeta, pela revista *Time*.<sup>127</sup>

O aceno positivo do STF para a execução antecipada da pena de prisão, portanto, não sobreveio em um momento qualquer. As recentes descobertas acerca da profundidade do alcance da corrupção no Brasil encontraram grande fortalecimento no chamado “escândalo do Mensalão” e têm sido intensificadas pela “Operação Lava Jato”. Hoje se tem ideia do grave problema em que se encontra o sistema político do País; contudo, não se pode combater um defeito com outro erro: nas palavras de Janio de Freitas<sup>128</sup>, “como a lei é a arma de combate à corrupção, violá-la é uma forma de corromper o combate à corrupção”.

Um dos exemplos que melhor demonstram o ativismo judicial que tem assolado o desenvolvimento da mencionada operação é a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região contra a instauração de processo administrativo disciplinar contra o juiz federal Sérgio Fernando Moro. Naquele contexto, a manutenção nos autos de áudios de comunicação telefônica interceptada sem ordem judicial e de outros sem vinculação com o objeto da investigação, assim como o levantamento do sigilo judicial dos expedientes, cujo resultado foi a sua ampla e imediata divulgação, estavam sendo questionados como erros jurisdicionais passíveis de sanção.

A celeuma se relacionava com um breve diálogo telefônico envolvendo a então presidente da república Dilma Rousseff e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e o seu conteúdo dizia respeito à nomeação deste como ministro da Casa Civil. A liberação do sigilo de uma fonte de prova que alcançava agente político com prerrogativa de foro poucas horas depois de sua captação causou alvoroço tanto no meio popular quanto no jurídico, reforçando os debates sobre o alcance da tutela da privacidade e da intimidade em matéria processual penal, principalmente pela ampla difusão midiática de assuntos dessa natureza.<sup>129</sup>

O voto do relator, desembargador federal Rômulo Pizzolatti, seguido por outros treze julgadores contra apenas um divergente, com base na teoria do estado de exceção, foi no sentido de que os processos e investigações criminais em questão constituem “caso inédito (único excepcional) no direito brasileiro”, de modo que as situações por eles contempladas escapariam ao “regramento genérico”. Para o julgador, o risco permanente à continuidade da “Lava Jato” – inclusive mediante sugestões de alteração da legislação – possibilitaria um tratamento diferenciado aos casos, mesmo porque o interesse geral na administração da justiça e na

<sup>125</sup> Durante o Lide Brazilian Investment Forum, em Nova York, no qual se exibiu um vídeo com o rosto do juiz federal no corpo do Super-Homem, ele foi apresentado como “herói nacional”. (MARTÍ, Silas. Moro é apresentado como ‘herói nacional’ em evento nos EUA. **Folha de S. Paulo**. Nova York, 17 maio 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/moro-e-apresentado-como-heroi-nacional-em-evento-nos-eua.shtml>>. Acesso em: 13/10/2018).

<sup>126</sup> DOLCE, Júlia. “Super-Moro”: as origens de um juiz acima da lei. **Brasil de Fato**. São Paulo, 18 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/01/18/super-moro-as-origens-de-um-juiz-acima-da-lei/>>. Acesso em: 13/10/2018.

<sup>127</sup> RODRIGUES, James de Mello. **Sérgio Moro no discurso da revista Veja: a construção jornalística do herói contemporâneo**. 2017. 94 f. Monografia (Graduação em Jornalismo) – Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

<sup>128</sup> FREITAS, Janio de. Justiça fora da lei: ideias de liberdade pessoal e de respeito aos direitos tiveram presença no STF. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 17 jun. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/coluna/s/janiodefraitas/2018/06/justica-fora-da-lei.shtml>>. Acesso em: 08 out. 2018.

<sup>129</sup> GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 122/2016, p. 229-253, set.-out. 2016. Disponível em: <[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em: 13 out. 2018.

aplicação da lei penal deveria suplantam o sigilo das comunicações telefônicas.<sup>130</sup>

Em linha semelhante à da decisão acima, o Ministério Público Federal, em 20 de março de 2015<sup>131</sup>, realizou o lançamento das denominadas “dez medidas contra a corrupção”, defendendo a necessidade de se evitar o desvio de recursos públicos e de se garantir mais transparência, celeridade e eficiência ao trabalho do Ministério Público brasileiro. Dentre as propostas originais<sup>132</sup>, no entanto, estavam previstas ideias nitidamente inconstitucionais, como a averiguação de idoneidade de servidor público, com testes que apontem se é propenso à prática de crimes; a relativização das nulidades das provas criminais – inclusive com a alteração do marco interruptivo da prescrição para a data da primeira oportunidade em que cabia à parte alegar o vício –; a criação do crime de enriquecimento ilícito, no qual o servidor público acusado é culpado por não conseguir explicar um incremento patrimonial que destoe dos seus rendimentos, em manifesta inversão do ônus da prova; a extensão do cabimento de prisão preventiva para coagir o investigado ou acusado à devolução de produto e proveito do crime; a vedação à concessão *habeas corpus* de ofício; em caráter liminar; quando houver supressão de instância; para discussão de nulidade, trancar investigação ou processo; condicionando-a, ainda, à prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem.<sup>133</sup>

Veja-se, portanto, que o conturbado contexto sociopolítico brasileiro, mergulhado nos maiores escândalos de sua história, tem contribuído para práticas de flexibilização das garantias fundamentais. O ativismo judicial, evidenciado em diversos momentos da “Operação Lava Jato”, é respaldado pela opinião popular, fomentada pela crescente divulgação e disponibilização de atos investigativos. O juiz competente para julgamento de parcela considerável dos processos da operação é idolatrado, como se lhe fosse possível fazer justiça a qualquer custo, ainda que à margem do direito. As medidas concebidas pelo Ministério Público contra a corrupção, por mais que não constituam ativismo judicial propriamente dito, não podem ser desconsideradas: uma das mais importantes instituições democráticas, essencial à função jurisdicional do Estado, à ordem jurídica e ao regime democrático (artigo 127, *caput*, da Constituição Federal), é defensora de nova legislação que mitigue direitos tão arduamente conquistados no Brasil, em total contradição com a sua missão precípua.

Não há dúvidas de que a “Operação Lava Jato” é importante para o soerguimento do Estado brasileiro, mas apresenta defeitos que não podem ser omitidos, ainda que se considerem positivos os seus resultados.<sup>134</sup> Longe de se esgotar o tema, tendo-se apresentado apenas algumas exemplificações, é certo que o desrespeito à coerência e à integridade do direito, nos moldes adotados pela CHD, tem despontado em todos os planos da Justiça, que nunca havia sido instada a se manifestar sobre tantas matérias em sua história. O já mencionado deslocamento do polo de tensão dos outros poderes para o Judiciário na sociedade contemporânea, tido como a instituição que deve corrigir os desmandos e abusos perpetrados – sobretudo nos últimos tempos –, não permite que as decisões judiciais carreguem um cunho

<sup>130</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 23 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

<sup>131</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **MPF lança dez medidas para combater a corrupção e a impunidade**. 20 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 13/10/2018.

<sup>132</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Conheça as medidas**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.m.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 13/10/2018.

<sup>133</sup> STRECK, Lenio Luiz. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator *Minority Report*. **Revista Consultor Jurídico**, 3 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>>. Acesso em: 13 out. 2018.

<sup>134</sup> De acordo com o Ministério Público Federal, a “Operação Lava Jato” já possibilitou a recuperação de R\$ 12,3 bilhões acordos de colaboração, sendo R\$ 846,2 milhões objeto de repatriação. (BRASIL. Ministério Público Federal. **A Lava Jato em números no Paraná**. 3 out. 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 14/10/2018.)



consequencialista-teleológico em oposição àquilo que “a comunidade política constrói como direito”<sup>135</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nunca foi tão importante o modo como os juízes decidem. A expansão da atividade jurisdicional no último século, derivada de diversos fatores sociais, econômicos, políticos e jurídicos, tornou-se característica do atual Estado Democrático de Direito. Com o reconhecimento de que as relações humanas devem sempre ser examinadas sob a ótica da Constituição, a demanda por limites à atuação dos magistrados se faz premente.

A discricionariedade esteve associada ao Direito há séculos, seja no produto do Parlamento, seja no âmbito judicial, situação reforçada continuamente por teorias positivistas que nunca conseguiram superar o chamado “problema das lacunas” da interpretação jurídica. No entanto, é de elementar importância para a democracia que todos do povo tenham acesso a decisões judiciais constitucionalmente adequadas: as respostas emanadas do Judiciário estão submetidas ao sistema constitucional vigente e não dispõem de força supraconstitucional para dizer “qualquer coisa” sobre o ordenamento jurídico. A inserção de argumentos de moral, política e economia, dentre outros, próprios de decisões ativistas, não resiste ao filtro constitucional: a instrumentalização do Direito acaba por retomar a “racionalidade de custos e benefícios” utilitarista, como se a técnica jurídica visasse apenas a estabelecer o “justo” (para quem?), independentemente das leis democraticamente instituídas e à tradição em que se inserem.

À vista disso, este trabalho explorou a releitura da hermenêutica jurídica proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), teoria formulada por Lenio Luiz Streck e assentada nas contribuições da hermenêutica filosófica em conjunto com a “*law as integrity*” de Dworkin. A aposta na tradição, na coerência e na integridade deve ser compreendida como um ataque ao relativismo e à discricionariedade tão enraizadas na comunidade jurídica brasileira, em que boa parcela tem acenado positivamente quanto à possibilidade de decisões *ad hoc*. A resposta adequada à Constituição – não a única nem a melhor – está fundada na intersubjetividade, cabendo ao intérprete, que nunca está livre da sua pré-compreensão antecipadora (daí porque não é possível falar na cisão entre compreensão, interpretação e aplicação), construí-la de acordo com o enredamento das relações sociais. Nesse cenário, a Constituição serve como um vetor de sentido que deve ser respeitado a fim de se preservar a autonomia do Direito.

A CHD, assim, representa uma proposta factível ao intérprete que se compromete a contrapor as suas opiniões prévias aos casos concretos, de modo a questionar a legitimidade e o significado de seus preconceitos (na acepção gadameriana), reconhecendo que a interpretação jurídica é um ato integrador que parte do círculo hermenêutico. Não se pode mais aceitar que o protagonismo judicial seja a superação do velho modelo de Direito formal-exegético; pelo contrário, a livre atribuição de sentidos não se coaduna com os “limites semânticos” hermenêuticos: se é possível dizer o que se quiser sobre determinado tópico, também poderiam os juízes decidirem à guisa do que melhor lhes aprouver, como se poder ilimitado tivessem no atual estágio civilizatório. A superação do decisionismo judicial, por intermédio da CHD, somente é possível se os intérpretes do Direito contrapuserem a todo instante as suas ideias com a carga histórica da lei, da doutrina e da jurisprudência, cientes de que sua responsabilidade política está conectada ao contexto e à realidade em que se encontram.

Não há dúvida de que as decisões emanadas das autoridades judiciárias merecem todo o respeito, mas nem elas estão isentas de “constrangimentos epistemológicos” – expressão muito utilizada por Streck. Ainda que se tenham atingido os objetivos propostos inicialmente,

<sup>135</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 117.

os estudos sobre o tema estão longe de se esgotar, principalmente em um País que tem uma discussão incipiente sobre a legitimidade e a validade do raciocínio jurídico. Para mais detalhes e aperfeiçoamento desta pesquisa, por exemplo, seria interessante traçar uma comparação com o que ocorre no restante do mundo, cotejando-se o modo com que os juízes prolatam decisões segundo a Constituição e as circunstâncias dos demais países; além disso, um aprofundamento sobre as próprias consequências de decisões ativistas – e sua oposição ao *judicial self-restraint* – é tópico que merece atenção especial para uma melhor conscientização dos profissionais e especialistas jurídicos.

Os resultados do trabalho indicam um rumo que não pode ser ignorado. É preciso que os estudiosos do Direito se dediquem mais à elaboração de uma argumentação adequada constitucionalmente do que à memorização dos brocardos latinos que repetem cotidianamente como uma prece. Para isso, a compreensão de que não se podem negligenciar a linguagem, a tradição, a coerência e a integridade do Direito é um passo essencial para uma comunidade jurídica que não compactue com o inconstitucional “decido conforme minha consciência”.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1073-1114, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/102>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/08/Constitui%C3%A7%C3%A3o-dirigente-e-garantia.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 1941.

\_\_\_\_\_. Ministério da Segurança Pública. Polícia Federal. **Operação Lava Jato**. Brasília. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>>. Acesso em: 13/10/2018.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **A Lava Jato em números no Paraná**. 3 out. 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 14/10/2018.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Conheça as medidas**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 13/10/2018.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **MPF lança dez medidas para combater a corrupção e a impunidade**. 20 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 13/10/2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro. Sessão plenária: 05 maio 2011. Relator: ministro Ayres Britto. **DJe nº 198**, divulgação em 13/10/2011, publicação em 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 07 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas corpus n. 126.292. Brasília, DF, 17 fev. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico n. 100**, Brasília, DF, 17 maio. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 Distrito Federal. Sessão plenária: 05 out. 2016. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, **DJe nº 216**, 10/10/2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adc-prisao-antecipada.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.335 Acre. Sessão plenária: 20 mar. 2014. Relator: ministro Gilmar Mendes. **DJe nº 208**, divulgação em 21/10/2014, publicação em 22/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>. Acesso em: 07 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 5. Sessão plenária: 07 mai. 2008. **DJe: 16/05/2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 10. Sessão plenária: 18 jun. 2008. **DJe: 27/06/2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4. Região). **P.A. Corte Especial nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 23 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

DOLCE, Júlia. “Super-Moro”: as origens de um juiz acima da lei. **Brasil de Fato**. São Paulo, 18 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2018/01/18/super-moro-as-origens-de-um-juiz-acima-da-lei/>>. Acesso em: 13/10/2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. v. 1. t. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 15-18.

FREITAS, Janio de. Justiça fora da lei: ideias de liberdade pessoal e de respeito aos direitos tiveram presença no STF. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, 17 jun. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/janiodefretas/2018/06/justica-fora-da-lei.shtml>>. Acesso em: 08 out. 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GILMAR MENDES propõe comissão para combater omissão legislativa. **Revista Consultor Jurídico**, 26 de nov. de 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-nov-26/gilmar\\_propoe\\_comissao\\_combater\\_omissao\\_legislativa](https://www.conjur.com.br/2008-nov-26/gilmar_propoe_comissao_combater_omissao_legislativa)>. Acesso em: 13/07/2018).

GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 122/2016, p. 229-253, set.-out. 2016. Disponível em: <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>. Acesso em: 13 out. 2018.

GREAVES, Tom. **Heidegger**. Tradução, consultoria e supervisão de Edgar Marques. São Paulo: Penso, 2012, p. 19-30.

HEIDEGGER, Martin. Que é isto – a filosofia?. In: CIVITA, Victor (Ed.). **Os pensadores**. vol. XLV. Trad. Vergílio Ferreira. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 205-222.

\_\_\_\_\_. **Ser e tempo**. 15. ed., parte I. Petrópolis: Vozes, 2005.

LIMA, Dandara Miranda Teixeira de; LOSURDO, Federico. O aparente embate entre positivismo e pós-positivismo no Brasil: uma análise da decisão sobre união homoafetiva. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-21, jan./jun., 2017. Semestral. Disponível em: <<https://www.scilit.net/article/980e9288e45eb27c3df5f5e8ff588450>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Interceptação telefônica e obscurantismo inquisitório: o que aprender com a lava jato?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 122, p. 205-227, set.-out. 2016. Disponível em: <[www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br)>. Acesso em: 07 out. 2018.

MARTÍ, Silas. Moro é apresentado como ‘herói nacional’ em evento nos EUA. **Folha de S. Paulo**. Nova York, 17 maio 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/05/moro-e-apresentado-como-heroi-nacional-em-evento-nos-eua.shtml>>. Acesso em: 13/10/2018.

MAZOTTI, Marcelo. **As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei**. Barueri: Manole, 2010.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008**. Brasília: 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/%2041536/40884>>. Acesso em: 11/07/2018.

PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção da inocência no habeas corpus n. 126.292 julgado pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 17, n.7, p. 391-407, mai./ago. 2017. Disponível em: <[http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11365/2/PRESUNCAO\\_DE\\_INOCENCIA\\_NO\\_HABEAS\\_CORPUS\\_N\\_126\\_292\\_JULGADO\\_PELo\\_STF\\_STANDARDS\\_DECISORIOS\\_E\\_O\\_ADVENTO\\_DA\\_PRISAO\\_CAUTELAR.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11365/2/PRESUNCAO_DE_INOCENCIA_NO_HABEAS_CORPUS_N_126_292_JULGADO_PELo_STF_STANDARDS_DECISORIOS_E_O_ADVENTO_DA_PRISAO_CAUTELAR.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018.

RODRIGUES, James de Mello. **Sérgio Moro no discurso da revista Veja: a construção jornalística do herói contemporâneo**. 2017. 94 f. Monografia (Graduação em Jornalismo) – Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016. Quadrimestral. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/1181/684](http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1181/684)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

\_\_\_\_\_; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo/RS, 1 (2): 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12206>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. E se a opinião pública fosse contra a prisão após segunda instância?. **Revista Consultor Jurídico**, 8 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opinio-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_. 11. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. O pacote anticorrupção do Ministério Público e o fator *Minority Report*. **Revista Consultor Jurídico**, 3 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-03/senso-incomum-pacote-anticorrupcao-mpf-fator-minority-report>>. Acesso em: 13 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

\_\_\_\_\_. Uma ADC contra a decisão no HC 126.292 – sinuca de bico para o STF!. **Revista Consultor Jurídico**, 29 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. 10. ed. Lisboa: Instituto Piaget, p. 26-36.

VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul./dez. 2008, p. 447. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2018.