

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**FRANCO LEMOS BERTUZZI**

**O ESTADO DE DIREITO, A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E O CONTRA-  
ATAQUE LEGISLATIVO**

**SÃO LEOPOLDO**

**2021**

FRANCO LEMOS BERTUZZI

**O ESTADO DE DIREITO, A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E O CONTRA-  
ATAQUE LEGISLATIVO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy

São Leopoldo  
2021

B552e

Bertuzzi Franco Lemos

O Estado de direito, a criação judicial do direito e o contra-ataque legislativo. / Franco Lemos Bertuzzi-- 2021.  
211 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy.

1. Estado de direito. 2. Teoria - Decisão judicial. 3. Teoria - Estado de direito. 4. Teoria - Separação dos poderes. I. Título. II. Wedy, Gabriel de Jesus Tedesco.

CDU 347.95

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**O ESTADO DE DIREITO, A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO E O CONTRA-ATAQUE LEGISLATIVO**” elaborada pelo mestrando **Franco Lemos Bertuzzi**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 15 de outubro de 2021.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy Participação por Webconferência

Membro: Dra. Ana Maria de Oliveira Nusdeo Participação por Webconferência

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto Participação por Webconferência

Membro: Dr. José Rodrigo Rodriguez Participação por Webconferência

Dedico esta dissertação a minha mãe e a Gisele.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, a minha mãe, que nunca mediu esforços para que os dois filhos recebessem a melhor instrução possível, e a Gisele, minha namorada, todo o incentivo e todo o companheirismo.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Gabriel de Jesus Tedesco Wedy, o aprendizado e a confiança depositada em mim e nesta dissertação.

Agradeço, também, aos Professores Doutores José Rodrigo Rodriguez e Gerson Neves Pinto sobretudo as sugestões concedidas na fase de qualificação desta dissertação.

Agradeço a todos os demais Professores do Programa de Pós-Graduação cujas atividades acadêmicas ajudaram a construir esta dissertação, especialmente aos Professores Doutores Anderson Vichinkeski Teixeira, Clarissa Tassinari, Darci Guimarães Ribeiro, Lenio Luiz Streck e Marciano Buffon.

Agradeço, na pessoa de Ronaldo Cezar Rodrigues, à Secretaria do Programa de Pós-Graduação a atenção e o auxílio prestados.

*“The one area where the rule of law excludes all forms of arbitrary power is in the law-applying function of the judiciary where the courts are required to be subject only to the law and to conform to fairly strict procedures”.*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> RAZ, Joseph. **The authority of law**. Essays on law and morality. New York: Oxford University Press, 1979. p. 219.

## RESUMO

A presente dissertação tem como mote estudar em que consiste o Estado de Direito, respectivas origens e concepções que lhe foram sendo atribuídas desde Aristóteles, e como a temática pode contribuir, ao final, para uma teoria da decisão judicial. O princípio do estado de direito extraído da respectiva teorização submete a atividade jurisdicional, em um Estado de tradição jurídica romano-germânica, ao Direito democraticamente legislado. Propostas de releitura da teoria da separação dos poderes não têm o condão de, por si sós, introjetar, em território brasileiro, cultura jurídica não alinhada à europeia-continental, em que a lei é a expressão máxima da criação democrática do Direito. Logo, toda e qualquer proposta de uma teoria para a decisão judicial, no Brasil, deve encontrar-se estruturada a partir dos atos legislativos democraticamente convencioneados. Apesar da tradição jurídica romano-germânica, o Brasil tem contato com várias teses, teorias e movimentos favoráveis à criação judicial do Direito. Envolvido por elas, o legislador brasileiro incorpora à *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, via Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, disposições sobre “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Para tanto, o congressista parte da premissa de que o julgador, integre o poder de Estado que for, cria Direito, e da premissa de que o decisor aplica a norma jurídica ao caso concreto como um ato de vontade. Sucede que, para além do desapego à cultura jurídica democrático-legislativa brasileira, os fatos de não se excluir a subjetividade inerente à qualquer atividade compreensiva e de que é impossível que um texto abarque todas as possibilidades aplicativas não impedem, na esteira da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, com apoio, por sua vez, na filosofia hermenêutica de Heidegger, na hermenêutica filosófica de Gadamer e na teoria integrativa de Dworkin, o intérprete de buscar a resposta correta, adequada, pois, à Constituição. Elege-se, portanto, o (princípio do) Estado de Direito de perfil europeu-continental a parâmetro máximo da decisão judicial, de modo a afastar do cenário judiciário brasileiro as deletérias consequências que a elevação do poder de julgar à categoria de personagem principal traz à harmonia entre os poderes e à sociedade em geral, à autonomia do Direito e à democracia. Ambiciona-se, valendo-se da Crítica Hermenêutica do Direito, identificar no princípio do estado de direito (legislativo) o principal critério objetivo para a conformação judicial do Direito, afastando da atividade jurisdicional posturas casuísticas do juiz. Conclui-se que o ponto de partida da decisão



judicial é o Direito democraticamente legislado; já o ponto de chegada corresponde àquilo que é preconizado *na e pela* Constituição. A Constituição estabelece a resposta correta. A resposta correta está na Constituição.

Palavras-chave: estado de direito; teoria; princípio; decisão judicial.

## ABSTRACT

This dissertation aims to study what the Rule of Law consists of, its origins and conceptions that have been attributed to it since Aristotle, and how the theme can contribute, in the end, to a theory of judicial decision. The principle of the rule of law extracted from the respective theorization submits the jurisdictional activity, in a State of Roman-German legal tradition, to democratically legislated law. Proposals for re-reading the theory of the separation of powers do not have the power to introject, in Brazilian territory, a legal culture that is not aligned with the European-continental one, in which the law is the maximum expression of the democratic creation of the Law. Therefore, any and all proposal for a theory for the judicial decision in Brazil must be structured based on democratically agreed legislative acts. Despite the Roman-German legal tradition, Brazil has contact with several theses, theories and movements favorable to the judicial creation of Law. Involved by them, the Brazilian legislator incorporates the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, via Law n. 13.655, of april 25, 2018, provisions on "legal certainty and efficiency in the creation and application of public law". For that, the congressman starts from the premise that the judge, integrates the State power that is, creates Law, and from the premise that the decision maker applies the legal norm to the specific case as an act of will. It turns out that, in addition to detachment from the Brazilian democratic-legislative legal culture, the facts of not excluding the subjectivity inherent in any comprehensive activity and that it is impossible for a text to cover all the application possibilities do not prevent, in the wake of the Hermeneutic Criticism of Lenio Streck's right, with support, in turn, in Heidegger's hermeneutic philosophy, in Gadamer's philosophical hermeneutics and in Dworkin's integrative theory, the interpreter to seek the correct, appropriate answer, therefore, to the Constitution. Therefore, the (principle of) rule of law with a European-continental profile is chosen as the maximum parameter of the judicial decision, in order to remove from the brazilian judicial scenario the harmful consequences that the elevation of the power to judge to the category of main character brings harmony between the powers and society in general, the autonomy of the law and democracy. The aim is, using the Hermeneutic Criticism of Law, to identify in the principle of the rule of law (legislative) the main objective criterion for the judicial conformation of Law, removing from the jurisdictional activities the judge's casuistic attitudes. It is concluded that the starting point of the judicial decision is the

democratically legislated Law; the point of arrival, on the other hand, corresponds to what is recommended in and by the Constitution. The Constitution establishes the correct answer. The correct answer is in the Constitution.

Keywords: rule of law; theory; principle; judicial decision.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>2 ESTADO DE DIREITO: ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA</b> .....	<b>20</b>
2.1 Estado de Direito em Aristóteles .....	20
2.2 Estado de Direito e a Magna Carta do rei João Sem Terra .....	23
2.3 Bill of Rights e John Locke .....	27
2.4 Estado de Direito em Montesquieu .....	33
2.5 Rule of law e common law .....	37
2.6 État Légal, Rousseau e État de Droit .....	51
2.7 Kant, Kelsen e o Rechtsstaat .....	59
2.8 Estado de Direito em Dworkin.....	70
<b>3 SEPARAÇÃO DE PODERES E A CRIAÇÃO (JUDICIAL) DO DIREITO NO BRASIL</b> .....	<b>73</b>
3.1 A teoria da separação dos poderes .....	73
3.2 A criação (judicial) do direito no Brasil .....	76
3.2.1 As antíteses ao positivismo clássico.....	76
3.2.2 A emancipação do direito processual civil .....	81
3.2.3 A unidade do ordenamento jurídico .....	85
3.2.4 A norma jurídica individualizada .....	91
3.2.5 A instrumentalidade do processo.....	95
3.2.6 O neoconstitucionalismo e a Jurisprudência dos Valores.....	99
3.2.7 A lógica do razoável .....	104
3.2.8 Forças extraparlamentares de criação do direito .....	107
<b>4 O CONTRA-ATAQUE LEGISLATIVO</b> .....	<b>114</b>
4.1 Controle legislativo do Poder Judiciário .....	114
4.2 A hermenêutica à luz da Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018.....	117
4.2.1 Criação e aplicação do direito público .....	119
4.2.2 Valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão .....	125
4.2.3 Consequencialismo .....	131
4.2.4 Regra de ponderação.....	136
<b>5 O ESTADO DE DIREITO COMO PARÂMETRO MÁXIMO DE CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL</b> .....	<b>138</b>
5.1 A teoria do estado de direito romano-germânico .....	144

5.1.1 O princípio do estado de direito (legislativo).....	151
<b>5.2 Uma teoria para a decisão judicial.....</b>	<b>156</b>
5.2.1 A decisão judicial e os princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição.....	161
5.2.2 O princípio do estado de direito como vetor máximo da decisão judicial .....	165
5.2.3 A teoria da decisão judicial, alicerçada no princípio do estado de direito, como fator endógeno de constrangimento do ato jurisdicional .....	170
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>192</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>203</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação busca alinhar conceitos teóricos – políticos e jurídicos – que rondam o dia a dia da atividade jurisdicional. Mais especificamente, propõe-se a refletir e a estudar como em um cenário legislativo do Direito, como o brasileiro, transitam com absoluta normalidade teses de que juízes e tribunais não só aplicam o Direito posto, mas também *dispõem* Direito nas respectivas decisões.

O Estado de Direito, nas mais diversas concepções assumidas ao longo de séculos, e independentemente do sistema jurídico adotado, tem no respeito às tradicionais fontes do Direito por quaisquer das formas de expressão de poder, principalmente a judicial, a característica mais distintiva. No entanto, no Brasil, em que a cultura jurídica predominante segue à europeia-continental, romano-germânica, decisões judiciais não têm mostrado constrangimento algum ao se distanciarem dos ditames legais sob os mais variados pretextos e propósitos. Não obstante, a atuação do Poder Judiciário tem encontrado resistência do Poder Legislativo. Tem sido isso suficiente? O que a Academia, a Doutrina, a Teoria do Direito, a Filosofia, têm contribuído ou podem contribuir para frear a sede por protagonismo do Poder Judiciário que perpassa a desobediência à lei em um Estado (legislativo) de Direito?

O antídoto mais eficaz para tanto pode repousar no pensamento jurídico moderno mais remoto, ocasião em que a imposição de limites ao monarca se fez sobremaneira necessária. Ao que tudo indica, o Estado de Direito necessita ser (re)afirmado em território brasileiro, principalmente perante o poder republicano que lhe é (ainda) mais caro, o Judiciário. A teoria da separação dos poderes tende a ser uma importante aliada nesse processo de (re)construção.

O Estado de Direito como parâmetro de atuação das autoridades estatais é, pois, o primeiro assunto a ser abordado. Partindo-se da concepção de Estado de Direito europeu-continental, busca-se eleger o parâmetro máximo de validade da decisão judicial, de modo a evitar a frequente construção de álibis teóricos que enfraquecem a autonomia do Direito.

Como, desde a antiguidade clássica, a lei não é a única fonte de criação do Direito, o sendo também, notadamente, o costume, o Estado *de Direito* – e não um Estado *de Leis* – acaba ganhando notoriedade. Aristóteles ocupa-se firmemente do tema ao se opor ao absolutismo monárquico. A aplicação da lei pelas decisões judiciais também é objeto de análise do filósofo estagirita.

Mais de um milênio se passa para que o repúdio à monarquia absoluta avance além reflexão empírico-filosófica para ocupar, de vez, assento em instrumentos jurídicos Europa afora. E o Estado de Direito está por trás disto. A Magna Carta de 1215 elege a liberdade (de alguns cidadãos) como valor limitador do Estado absolutista monárquico. O Parlamento e o Direito Público são apresentados ao mundo. O Direito, pouco a pouco, liberta-se do monarca.

Mais à frente, o Estado de Direito construído para combater o poder absoluto do monarca encontra no parlamentarismo um importante aliado. Com o *Bill of Rights of 1689*, o poder soberano passa a ser o parlamentar. A monarquia sofre um contra-ataque *ilumino*-legislativo. A filosofia empírico-contratualista de Locke robustece o pensamento liberal de então.

Já em Montesquieu, tudo que não provenha do poder legislativo não encontra moderação e limites. O corpo legislativo é o corpo da nação, e as respectivas leis devem seguir o espírito do povo.

E como a soberania parlamentar interage em um sistema jurídico como o do *Common Law*? Ver-se-á que o Estado de Direito em território anglo-saxão repercute mais em termos de governança do que propriamente para o Direito em si. Lá, o Estado de Direito não rompe com o passado jurídico materialmente costumeiro e contínuo e legitimamente judicial. O *Rule of Law* encontra popularidade em Dicey, a definição de princípio constitucional inspirado na *law of the land*, que ganha vida, por conseguinte, nas mãos do magistrado.

A *Sovereignty of Parliament* permanece prestigiada em Rousseau. Outro Direito que não o do Estado e outro Estado que não o de Direito consagra o monopólio legislativo da produção jurídica e a lei como a fonte por excelência do Direito, a forma privilegiada de manifestação da soberania popular. Logo adiante, entra em cena o *État de Droit* impondo limites ao até então prestigiado parlamento, sujeitando a legislação a normas constitucionais.

Embates filosóficos a respeito da natureza do *Rechtsstaat* travados na Alemanha no início do século XIX reascendem a discussão Estado-Direito. Kant enxerga a organização política como exigência moral. A lei, de todo modo, continua sendo protagonista, e tem na liberdade, ainda, o princípio condutor. Mas o ideal liberal de uma política dos limites da ação estatal a partir da separação das estruturas políticas e jurídicas encontra resistência no conservadorismo defensor da primazia do Estado sobre a lei. Um meio-termo mais tarde vem a ser proposto, com destaque para

a criação de tribunais administrativos. Na sequência, Kelsen propõe, a partir da definição de “auto-obrigação do Estado” e de ordem jurídica democrática, a defesa do *Rechtsstaat* como uma ordem constitucional superior. O Parlamento, aqui, é central, mas não soberano.

Ainda a título de Estado de Direito, a dissertação passa a concentrar as atenções para o que Dworkin busca estabelecer a respeito. Enveredando para a discussão do que deve representar propriamente o Estado de Direito para o poder jurisdicional, especificamente, o jusfilósofo norte-americano trás interessantes concepções acerca do tema, a primeira delas, *centrada no texto legal*, e a segunda, *centrada nos direitos*. Há diferenças perceptíveis entre elas, embora não menos destaque atribua Dworkin para o que ambas convergem em prol do convívio social: a obediência a regras publicadas previamente e o cumprimento de quaisquer direitos que os cidadãos individuais detenham.

Afigura-se impensável estudar a criação do Direito, notadamente quando se intenta abordar a (não tão) excepcional (assim) atividade criativa do juiz, sem uma abordagem pormenorizada da teoria da separação dos poderes, desde Aristóteles, passando por Locke e pela metodologia implementada por Montesquieu, até Kant e, em seguida, Kelsen. Aqui reside, pois, o segundo assunto a ser tratado.

Observar-se-á que todos os fenômenos constitucionais e as teses doutrinárias que, indistintamente, apostam na decisão judicial como ato criativo do Direito (a ser) promovido por juízes e tribunais propõem, à respectiva forma, uma releitura da teoria da separação dos poderes, para a qual ao Poder Legislativo cumpre a tarefa de criar o Direito, na condição de representante da vontade geral.

Dentre os movimentos e teorias jurídicas que servem de pano de fundo para a crença na decisão judicial como ato criativo do Direito do Brasil, tem-se, *ab origine*, o que se convencionou identificar como *antíteses ao positivismo primevo*, as quais buscam combater o formalismo conceitual em prol da abertura metodológica do Direito *além texto da lei*. É o que propõem a Escola do Direito Livre francesa, a Jurisprudência dos Conceitos alemã e o *Realismo* norte-americano e escandinavo.

Perceber-se-á, inclusive, forte influência da proposta de libertação legislativa do Direito em norma de *sobredireito* brasileira ainda vigente. O estudo, no particular, buscará diagnosticar se as antíteses representam algo de evolutivo para o Direito ou se nada mais significam do que outra forma de pôr Direito.

A decisão judicial não apenas como aplicação da norma, mas também como



uma atividade criativa do juiz é defendida por ninguém mais ninguém menos do que Bülow, o *libertador* do Direito processual civil. O que não é pouca coisa em um cenário pós-liberal, no qual se encontra acentuada sobremaneira a presença do Estado-juiz na vida das pessoas.

O ambiente predominantemente monista do ordenamento jurídico favorece a tese de que o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações. Carnelutti destaca-se entre os teóricos que apostam no Direito como resultado da criação judicial.

Também em Kelsen, o “juízo” judicial é uma norma individual, na verdade, uma *norma jurídica individualizada*, diferente da norma geral, designada como lei. Mais do que uma releitura da teoria da separação de poderes, o jurista defende que todas as funções estatais são jurídicas.

Não deve passar despercebido, outrossim, o caráter instrumental atribuído ao processo, “(pan)princípio” que detém viés eminentemente teleológico voltado à consecução de escopos metajurídicos.

O neoconstitucionalismo, de um modo ou de outro, acredita no Direito refém da decisão dos juízes, a pretexto da concretização de direitos fundamentais adormecidos na legislação, a partir de um modo específico e proativo de se interpretar a Constituição. Busca-se inspiração na Jurisprudência dos Valores, metodologia desenvolvida em resposta a evento ditatorial vivenciado em território alemão.

Ainda a título de releitura da teoria da separação dos poderes e assunção com absoluta normalidade de teses e movimentos que pregam o Direito àquilo que o magistrado dispuser, tem-se a *lógica do razoável*, de Recaséns Siches, de forte penetração no Direito brasileiro, a ponto de figurar em resolução do Conselho Nacional de Justiça como tema a ser exigido em concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura.

Por fim, tem-se, ainda, a proposta de Neumann de combate à supremacia do legislativo via participação de forças extraparlamentares no processo de criação do Direito. Ver-se-á que a doutrina de Barroso, por sua vez, eleva o Judiciário à condição de poder supremo e que a ele cabe a última palavra.

Em um terceiro momento, a dissertação abordará como o legislador brasileiro tem reagido à sanha inventiva do Direito por juízes e tribunais. Para tanto, lançar-se-á mão de recentes dispositivos incluídos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, a título de “segurança jurídica e

eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

Há um nítido incômodo manifestado pelo legislador em relação às decisões afetas às autoridades que, ao que tudo indica, tem persistido mesmo depois do advento da norma do artigo 489, §§ 1º a 3º, do Código de Processo Civil. Não à toa a inclusão legislativa volta as atenções para a hermenêutica jurídica e para um (despretensioso) esboço de uma teoria ou, ao menos, um método aplicável à decisão estatal.

Procurar-se-á analisar se o legislador brasileiro realmente crê no poder criativo do Direito do julgador; se se encontra introjetada na cultura jurídica brasileira o pensamento de que a criação do Direito (também) pode advir de um ato que não (do) legislativo. Caso positivo, como o legislador trabalha com tal crença e se impõe, ou não, efetivos limites à atuação do julgador. E se os impõe, quais são e que resultados são ou poderiam ser alcançados.

Pretende-se, inegavelmente, aferir se as teorias que apregoam a abertura metodológica do Direito e a releitura da teoria da separação dos poderes consagrada notadamente nos sistemas jurídicos de índole europeia-continental fazem coro e se, de fato, se encontram disseminadas, ou não, no próprio espaço legislativo e na doutrina que o abastece.

Preocupar-se com e efetivamente atacar a discricionariedade do decisor implica, sem sombra de dúvida, lançar mão de expediente que arrefeça tal ímpeto. Resta analisar se a Lei n. 13.655 alcança tal desiderato. Resta saber se o legislador, com a edição da Lei n. 13.655, promove um tratamento eficaz ou meramente paliativo ao que se propõe controlar em nome da *segurança jurídica*.

Enfim, os acréscimos promovidos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro serão analisados à luz da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, com espreque, por sua vez, na filosofia hermenêutica de Heidegger, na hermenêutica filosófica de Gadamer e na teoria integrativa de Dworkin. Abordar-se-á, sob tal perspectiva, como o congressista brasileiro trabalha o tema da *discricionariedade*, se, com efeito, trabalha a partir de uma teoria da interpretação propriamente dita.

Outro aspecto – julga-se – fundamental é apreciar se os acréscimos promovidos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – de caráter eminentemente jurídico-administrativista, diga-se de passagem – dialoga com o Código de Processo Civil de 2015, de aplicação, senão imediata, subsidiária ou supletiva aos mais diversos processos e procedimentos.

A relação *valores jurídicos abstratos-consequências práticas* expressamente referido em norma de *sobredireito* brasileira a ser analisada trás à cena a *Teoria da Argumentação Jurídica*, de Alexy, e a respectiva tentativa de racionalização das questões valorativas, além do que uma breve introdução estatutária do *consequencialismo* no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse último aspecto, afigura-se de vital importância para a proposta acadêmica a que se pretende vincular examinar o que de mais profícuo à compreensão do tema Direito-teoria econômica pode trazer Dworkin ao diferenciar *argumentos gerados por princípios* e *argumentos gerados por políticas*.

Em suma, a proposta, no particular, é de estudo dos acréscimos realizados à *norma-sobre-norma* do Direito brasileiro de modo a se aferir se tais disposições realmente contribuem para a controlabilidade das decisões afetas às mais diversas autoridades e para a segurança jurídica almejada legislativamente.

A última – mas não menos importante – temática a ser discutida nesta dissertação diz com o dilema convívio a partir da adesão de teorias que defendem o protagonismo judicial em termos de criação do Direito em um país cujo sistema jurídico (deveria) enaltece(r) o Direito legislado.

A introdução de uma “cultura” de precedentes é um fator que, senão dinamiza, reascende ainda mais tal dilema. Como isto está ocorrendo no Brasil é um dado a ser analisado. Há de se verificar, antes e acima de tudo, se se está a levar em consideração, na esteira da autêntica tradição da *common law*, a questão de fato pretérita reconhecida como vinculante. Para tanto, lançar-se-á mão de julgados de tribunal superior de sorte a melhor ilustrar como a celeuma tem sido – bem ou mal – diluída na prática judiciária brasileira.

Desde logo se percebe que há uma confusão sistemática manifestada nos órgãos judiciários brasileiros. O encontro, proposital ou não, consciente ou não, entre sistemas jurídicos diversos leva a inevitável entrelaçamento, na maioria das vezes, ao acoplamento de engrenagens que não se encaixam satisfatoriamente.

A adesão, ainda que parcial, a sistema jurídico alheio à cultura do Direito legislado exige, no mínimo, um padrão decisório que deve ser seguido por juízes e tribunais. Um início de conversa a respeito, portanto, pode estar a residir justamente na teoria do estado de direito compatível com a cultura jurídica (romano-germânica) brasileira e, mais adiante, em uma teoria da decisão judicial que lhe siga piamente.

A pergunta que se apresenta é se o controle da atividade jurisdicional não

estaria a encontrar no Estado de Direito legislativo a justificação máxima(?). Se sim, quais seriam os expedientes para se alcançar tão importante fim(?).

Como trabalhar as influências políticas às quais o Estado de Direito inegavelmente se sujeita também é outra questão a ser abordada.

Outras dúvidas surgem, inevitavelmente. O tema é rico. Por certo, o Estado de Direito deve deter atributos que o auxiliem na empreitada de constranger o poder de decidir. Procurar-se-á identificá-los, sem ignorar o *papel contramajoritário do Direito do Estado-juiz*.

A proposta é identificar no último capítulo como o Direito democraticamente legislado pode encontrar na teoria do (estado de) direito um efetivo aliado, sem que se faça necessário lançar mão de instrumentos políticos, inclusive alienígenas, que busquem, modo às vezes deveras revolucionário, restabelecer o equilíbrio entre os três poderes. Quem sabe a resposta não esteja em uma teoria para a decisão judicial, ou seja, no âmago da própria ciência jurídica, e não na normatização como resposta à interferência de um poder sobre outro.

Mas o Estado de Direito como vetor máximo de toda e qualquer decisão judicial exige adequada compreensão do que efetivamente representa nos dias de hoje. Bingham trás importante visão acerca do instituto, na esteira do pensamento de Locke e de Dicey. A Crítica Hermenêutica do Direito, por outro viés, enriquece o debate desmitificando a distinção princípio-regra.

Deve haver um princípio que sirva de parâmetro máximo da decisão judicial, que consiga afastar do cenário judiciário brasileiro os efeitos deletérios inerente ao protagonismo judicial. Um princípio que, na linha da teoria de Dworkin e da hermenêutica filosófica, esteja preocupado fundamentalmente com a aplicação do Direito, com a validade normativo-jurídica do concreto juízo decisório.

Apurar-se-á que Streck não trata de um, mas de cinco princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição. Será que entre eles não há um propulsor em comum?

Por se acreditar que o próprio Direito é capaz de conter todo e qualquer ato decisório que desborde do Direito democraticamente concebido pelo povo brasileiro é que se buscará alinhar uma teoria para a decisão judicial à teoria do estado de direito, sob a égide da Constituição.

De se registrar, entretanto, que não há como teorizar a decisão de juízes, desembargadores e ministros sem estabelecer as devidas condições hermenêutico-

filosóficas para o respectivo controle. Analisar-se-á se tanto a hermenêutica filosófica, como a teoria integrativa de Dworkin têm o condão de prestar auxílio a esta empreitada.

Resta conferir se se é possível chegar a algo promissor com uma teoria da decisão judicial a partir do estreitamento entre a hermenêutica filosófica e a visão dworkiniana do direito como integridade, se assim é possível chegar-se à melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Sob tais perspectivas, a pesquisa orienta-se pelo método analítico-descritivo nos dois primeiros capítulos, passando a seguir uma metodologia eminentemente crítica a partir da segunda metade. De se registrar, outrossim, que o prestígio às obras traduzidas para a língua portuguesa e a tradução para o vernáculo das citações de obras em língua estrangeira têm como principal objetivo garantir maior fluidez do texto.

## 2 ESTADO DE DIREITO: ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Estado de Direito assume ao longo dos séculos diferentes concepções, todas elas elegendo o arbítrio de ao menos algum dos poderes estatais como móvel maior de reação. O Direito acaba encontrando na lei a expressão máxima, seja como estalo inicial à alteração do status quo, seja como instrumento permanente apropriado à consolidação de uma ordem mais igualitária.

Afigura-se imprescindível, portanto, o estudo da origem do Estado de Direito e de como o tema tem evoluído sem perder importância até os dias de hoje.

### 2.1 Estado de Direito em Aristóteles

A origem mais remota do que se compreende por Estado de Direito reside em Aristóteles<sup>2</sup>. O tema, embora à época assim não identificado, não escapa à pena do pensador grego. Segundo o filósofo, o “comando perpétuo dos exércitos” exercido pela “monarquia limitada”<sup>3</sup>, “em qualquer República, mesmo na democracia, assim como na aristocracia”, é submetido à superioridade da lei.

Ao rechaçar rotundamente a “monarquia absoluta”, Aristóteles sustenta que há “uma lei eterna à qual é preferível obedecer do que ter que sujeitar-se a um cidadão qualquer”. E aos homens escolhidos para chefiar o governo cabe a guarda e o ministério das leis. A propósito, vaticina o filósofo<sup>4</sup> que,

Quanto ao que a lei parece não poder determinar, ninguém que não for orientado por ela pode vangloriar-se de enxergar mais claro.

---

<sup>2</sup> Não que, antes, em Platão, sobretudo em *As leis*, a temática não lhe tenha sido cara. Afinal, segundo o filósofo, “se um indivíduo humano, uma oligarquia ou uma democracia encerram uma alma que se empenha pelos prazeres e apetites, buscando empanturrar-se deles, incapaz de continência e presa de um mal interminável e insaciável, se uma autoridade de tal espécie, chegar a governar um Estado ou indivíduo pisando sobre as leis, então não haverá [...] nenhum meio de salvação” (PLATÃO. **As leis** 1. ed. Brasília, DF: IDP, 2004. Livro eletrônico p. 186, 714a-b). Segundo Tamanaha, embora Platão também demonstre preocupação em conter a tirania populista, pois, para os atenienses, democracia era sinônimo de Estado de Direito, e o Direito, produto das atividades dos respectivos cidadãos, é Aristóteles que discorre especificamente sobre o tema a partir dos conceitos de autodeterminação em situações de igualdade política; dos funcionários governamentais sujeitos à lei; e da identificação da lei com a razão, servindo de proteção contra o potencial de abuso inerente ao poder de governar. TAMANAHA, Brian Z. **On the rule of law**. History, politics, theory. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 9. Livro eletrônico

<sup>3</sup> De acordo com o filósofo, para quem a “chamada monarquia absoluta é aquela em que o rei faz tudo conforme sua vontade, a seu bel-prazer”, “a maioria confia a um só a autoridade do governo” ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 152, 1287a, 10.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 153, 1287a, 25-30.

Quando, porém, ela exprime claramente sua intenção, entrega à retidão dos magistrados o julgamento do restante. Permite-lhes até suprirem como julgarem melhor o seu silêncio, se encontrarem melhor do que o que ela ordenou. Querer que o espírito comande equivale a querer que o comando pertença a Deus e às leis. Entregá-lo ao homem é associá-lo ao animal irracional. Com efeito, a paixão transforma todos os homens em irracionais. A animosidade, principalmente, torna cegos os altos funcionários. Até mesmo os mais íntegros. A lei, pelo contrário, é o espírito desembaraçado de qualquer paixão.

Mas por que a lei é objeto de tanta devoção do filósofo grego? Porque ele acredita que lei é expressão da justiça. Para o pensador, um homem sem lei é um homem injusto. O respeitador da lei é um homem justo, pois,

Uma vez que o injusto é um transgressor da lei, e o justo se mantém dentro dos seus limites, é evidente que toda a legalidade é de algum modo justa. Na verdade, tudo o que é definido por um ato legislador é conforme à lei, por isso afirmamos que cada uma das disposições legais é justa. As leis pretendem estender-se a todas as coisas e visam, assim, ora o interesse comum a todos ora o interesse dos melhores de todos, ou ainda dos que obtiveram uma posição de domínio, que está baseada na excelência ou numa qualquer outra forma de distinção. Assim entendemos por justo num certo sentido o que produz e salvaguarda a felicidade bem como as suas partes componentes para si e para toda a comunidade.<sup>5</sup>

Na proposição do filósofo estagirita, a lei é a mediadora dos adversários que buscam justiça. Entre as leis, há as escritas e aquelas de maior autoridade e importância, quais sejam, as que decorrem dos costumes dos povos. De se realçar, portanto, que, já na filosofia aristotélica, há a defesa de que a sociedade deve ser regida pelas leis, costumes, normas morais e éticas. A lei é a representação deste conjunto de normas estabelecidas, o que não quer dizer que seja a única forma de expressão direcionada e imposta a todos pelo Estado, o sendo também outras fontes assim reconhecidas, inclusive primazes, as quais, somadas àquela, compõem o sistema jurídico.

As leis são questionadas não pelo que elas definem, até porque nessa parte se deve submeter única e exclusivamente a sua autoridade. O que faz com que se hesite e se questione sobre se é preferível ser governado por *excelentes leis* ou por um *homem excelente* são as *coisas* que não podem constar delas: os casos particulares.

---

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Antônio de Castro Caeiro. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 226-227, 1130a, 15. Livro eletrônico.

Nem sempre os princípios gerais e as regras são suficientes. Aqui, segundo Aristóteles, é preciso que o homem as supra. Nesse espaço reside, pois, o “mínimo possível” que se faz necessário deixar para a decisão do juiz:

É, portanto, sumamente conveniente que leis bem elaboradas definam por si sós, na medida do possível, todos os casos, deixando o mínimo possível para a decisão dos juízes. Há muitas razões para isso. Em primeiro lugar, encontrar uma única pessoa, ou algumas pessoas, que sejam sensatas e capazes de legislar e julgar é mais fácil do que encontrar muitas; depois, leis são elaboradas após prolongada consideração, enquanto as sentenças nos tribunais são pronunciadas imediatamente, o que dificulta aos juízes atender perfeitamente ao justo e ao útil. A razão mais importante é a seguinte: a deliberação do legislador não diz respeito a casos particulares, mas se refere ao futuro e é geral, ao passo que os membros da assembleia e os juízes têm como função decidir sobre casos presentes e determinados que lhes são apresentados, nos quais frequentemente se permitirão serem influenciados por sentimentos de amizade, ódio e interesse pessoal, o que os leva a perder a capacidade de discernir com clareza a verdade e ter seu julgamento obscurecido por sentimentos pessoais de prazer ou de dor.<sup>6</sup>

Nota-se que, para Aristóteles, o império em si da lei é inquestionável, é sagrado. Não há maiores questionamentos em relação ao respectivo papel de mandamento e sujeição de todos, sem distinção. Aristóteles examina, em verdade, em *A política*, qual é a melhor sociedade política para que cada pessoa possa levar a vida da forma que melhor lhe aprouver. A rigor, está-se mais preocupado em se “saber se é mais vantajoso para um Estado ser governado por um homem muito eminente quanto às virtudes ou por leis excelentes”. Nesse particular, pondera o filósofo que, se, por um lado, a crítica ao governo das leis reside no fato de que são concebidas em termos gerais, não alcançando os casos particulares, melhor acertados pelos homens do que pelas leis, por outro, a crítica ao governo monárquico baseia-se no fato de que a multidão tende a julgar melhor que um homem, qualquer que seja ele, além do que é mais difícil corromper um só do que um povo composto, em regra, por pessoas livres que respeitam as leis e as seguem em todos os casos. Aristóteles, definitivamente, toma partido: “as pessoas de bem são uma só pela unidade de espírito”. “Numa multidão, é difícil que todos os espíritos sejam coléricos ou suspeitos de erro”<sup>7</sup>.

Portanto, o ideal político, para Aristóteles, é uma lei, e não uma autoridade. A

---

<sup>6</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011. p. 70-71, 1354a, 30-1354b, 1-10. Livro eletrônico.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 156-157, 1887b, 20-30.



superioridade da lei está fulcrada na impassibilidade e na generalidade das respectivas prescrições. A lei é a razão não afetada pelo desejo bestial do homem. Enquanto o Estado de Direito é movido pela razão, o homem o é pela paixão, a qual deve ser silenciosa. Sob tal ótica, não faz sentido, sendo inclusive avesso a Deus e contrário à natureza, que, em uma cidade habitada por iguais, impere a monarquia absoluta, ou a regra arbitrária de um soberano sobre todos os cidadãos<sup>8</sup>. O Estado de Direito deve preferir ao de qualquer indivíduo. Mesmo que seja melhor certos indivíduos governarem, nada mais devem representar do que tutores e ministros da lei.

O Estado de Direito deita raízes na Grécia antiga, é elucidado pela filosofia aristotélica e o respectivo estudo é relevante até os dias de hoje<sup>9</sup>. Ousa-se afirmar que nunca antes se tornou tão importante em um cenário judicial do Direito como o brasileiro de hoje em dia.

## 2.2 Estado de Direito e a Magna Carta do rei João Sem Terra

A filosofia aristotélica só vem a impregnar de vez às mentes ocidentais mais de um milênio depois<sup>10</sup>, ao menos no que diz respeito à preocupação maior do filósofo

---

<sup>8</sup> Em Aristoteles, conforme retrata Cohen, “Only the rule of law, he maintains, can guarantee a stable social order, for the rule of law is based upon two principles essential for a true political community: first, no individual or group in society stands above the law, and all are equally subject to it; second, the genuine rule of law does not rest upon the coercive force of the state, but rather upon the willing acceptance of free citizens” (“Apenas o estado de direito, afirma ele, pode garantir uma ordem social estável, pois o estado de direito é baseado em dois princípios essenciais para uma verdadeira comunidade política: primeiro, nenhum indivíduo ou grupo na sociedade está acima da lei, e todos estão igualmente sujeito a ele; em segundo lugar, o verdadeiro estado de direito não se baseia na força coercitiva do Estado, mas sim na aceitação voluntária dos cidadãos livres”). COHEN, David, **Law, violence, and community in classical Athens**. New York: Cambridge University Press, 1995. p. 43-44.

<sup>9</sup> Ainda segundo Cohen, “Whereas most modern theorists view the rule of law as some set of principles of legality which delimit the coercive power of the state in regard to individual citizens, Aristotle largely presents it as a legal framework which legitimates the censorial power through which magistrates impose order upon society” (“Enquanto a maioria dos teóricos modernos vê o império da lei como um conjunto de princípios de legalidade que delimitam o poder coercitivo do estado em relação aos cidadãos individuais, Aristóteles o apresenta amplamente como uma estrutura legal que legitima o poder de censura por meio do qual os magistrados impõem ordem à sociedade”). *Ibid.*, p. 39.

<sup>10</sup> Tamanaha recorda que “For half of a millennium, known as the Dark Ages, Greek thought was almost entirely lost to the West, until rediscovered and given new life in the high Middle Ages by religious scholars. The rule of law as a continuous tradition took root more than a thousand years after the heyday of Athens. Greek ideas with respect to the rule of law are therefore best understood as exemplary models, inspiration, and authority for later periods. Many of the problems the Greeks, Plato and Aristotle in particular, grappled with so insightfully are timeless problems; hence their timeless relevance and appeal” (“Por meio milênio, conhecido como Idade das Trevas, o pensamento grego foi quase totalmente perdido para o Ocidente, até que foi redescoberto e dado uma nova vida na alta Idade Média por estudiosos religiosos. O império da lei como tradição contínua criou raízes mais de

grego em termos de legitimidade para a criação das leis, às quais todos, sem exceção, estão subordinados. Em verdade, pode-se dizer que nesse período todo há um retrocesso, pois nem a lei parte da multidão, nem, logicamente, se mostra superior ao monarca.

No entanto, ao menos o absolutismo monárquico, prontamente repudiado por Aristóteles, mostra sinais de desgaste no século XIII. O poder supremo do rei é mantido, mas encontra na Magna Carta do rei João Sem Terra, de 1215, considerada a base das liberdades inglesas, um limitador importante. As *leis excelentes* aristotélicas descobrem na liberdade contra as ingerências e atitudes coercitivas do poder político o valor máximo e o propósito de atuação.

De um modo geral, a inspiração para a primeira e expressiva *constituição* inglesa representa um freio ao poder absoluto do monarca. A submissão da autoridade à lei é o que se pode chamar de efetivo divisor de águas. Enfim, a Coroa, cuja vontade até então era absoluta, encontra-se definitivamente subjugada à lei. Destaque, nesse sentido, para a norma do artigo 39 da Grande Carta, segundo a qual

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.<sup>11 12</sup>

Como se chega a tamanho acontecimento? Essa é a grande questão. A monarquia de então, notadamente por não possuir um grande exército de prontidão, cerca-se dos súditos mais nobres, os quais, além de vassalos que se encontram no subsolo da pirâmide social, contam com boa parte dos recursos econômicos

---

mil anos depois do apogeu de Atenas. As ideias gregas com respeito ao império da lei são, portanto, mais bem compreendidas como modelos exemplares, inspiração e autoridade para períodos posteriores. Muitos dos problemas que os gregos, Platão e Aristóteles em particular, enfrentaram com tanta perspicácia são problemas atemporais; daí sua relevância atemporal e apelo”). TAMANAHA, Brian Z. **On the rule of law**. History, politics, theory. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 7. Livro eletrônico.

<sup>11</sup> UNITED KINGDOM. **English translation of Magna Carta**. London, 28 jul. 2014. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 15 maio 2020.

<sup>12</sup> Segundo Tamanaha, “This language confirmed that the barons were not subject to the king’s justices, who were notorious for doing his bidding, and confirmed that decisions must be based upon ordinary law, not upon the desires of the king. Regular courts were thus identified as the proper preserve of lawful conduct” (“Esta linguagem confirmou que os barões não estavam sujeitos aos juízes do rei, que eram notórios por cumprir suas ordens, e confirmou que as decisões devem ser baseadas na lei ordinária, não nos desejos do rei. Tribunais regulares foram, portanto, identificados como a preservação adequada da conduta legal”). TAMANAHA, *op. cit.*, p. 26.

circulantes. A tributação da riqueza que a única camada da sociedade detentora de poder econômico-financeiro gera é o que, bem assim dizer, aproxima os barões da Realeza. Além da nobreza, a Igreja é uma importante aliada, exercendo, à ocasião, forte influência moral sobre todos os súditos. Nobres e clérigos formam, pois, o Conselho Geral do Reino. Todavia, descrédito envolvendo a ascensão ao trono, insucessos em batalhas territoriais, oposição à indicação papal e falsas ou descumpridas promessas, sobretudo acerca da tributação incidente sobre o extrato social gerador de riquezas, levam à revolta dos barões ingleses, especialmente, e à imposição de limites ao poder real, e o rei João Sem Terra, por conseguinte, a assinar a Magna Carta para que uma iminente guerra civil não venha a eclodir no respectivo reinado.

A toda a evidência, benesses são destinadas aos barões ingleses e concessões ao clero, devidamente deferidas. Afinal, trata-se de um acordo – imposto, é verdade, pelas circunstâncias – contendo cláusulas compromissórias, sem as quais, com efeito, cai por terra o já apoucado juramento de fidelidade ao rei. Não somente tais grupos são contemplados. Todos aqueles saudados pelo monarca no início do texto, entre eles, arcebispos, bispos, abades, condes, barões, juízes, silvicultores, xerifes, mordomos, servos e os funcionários e súditos leais, são, de um certo modo, *constitucionalmente* lembrados<sup>13</sup>.

A coroa não é arrancada da cabeça do rei. Porém, ao reconhecer expressamente direitos a nobres e clérigos, em especial, sobretudo de liberdade<sup>14</sup> frente aos *mandos e desmandos* da Corte, a Magna Carta acaba impondo restrições nunca antes sonhadas em um governo monárquico, mesmo nos piores dos respectivos pesadelos. A ausência de uma força militar instituída e devota à Coroa, a dependência dos tributos gerados pelas atividades econômicas promovidas pelos

---

<sup>13</sup> “É verdade que dos 67 artigos da Magna Carta somente 12 beneficiam diretamente o povo, mas é preciso convir que a iniciativa da rebelião partiu do clero e da nobreza e, naturalmente, para eles recairiam as premissas da conquista legal”. CARDOSO, Antonio Manuel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 23, n. 91, p. 135-140, jul./set. 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496823>. Acesso em: 20 maio 2020.

<sup>14</sup> Art. 63. “It is accordingly our wish and command that the english church shall be free, and that men in our kingdom shall have and keep all these liberties, rights, and concessions, well and peaceably in their fullness and entirety for them and their heirs, of us and our heirs, in all things and all places for ever” (“Portanto, é nosso desejo e comando que a igreja inglesa seja livre e que os homens em nosso reino tenham e mantenham todas essas liberdades, direitos e concessões, bem e pacificamente em sua plenitude e integridade para eles e seus herdeiros, de nós e nossos herdeiros, em todas as coisas e em todos os lugares para sempre”).

barões e a excomunhão do Rei faz com que sua majestade se sente, por assim dizer, à mesa de negociações e promova a autenticação e outorga estatucional ao texto que, ao fim e ao cabo, vem a inaugurar o Direito público no liberalismo da velha Inglaterra.

Nenhum exagero se comete ao afirmar, outrossim, que, dentre as inúmeras consequências do conjunto de normas que passam a reger o Estado inglês, está a origem do parlamento – e do parlamentarismo, conseqüentemente. Um *Grande Conselho*, com efeito, é constituído, o Conselho dos Barões, que não só pretende limitar o poder real e proteger os direitos dos nobres, mas também aspira conduzir os negócios do governo e monitorar a performance governamental.

A superioridade da lei do país sobre todos tampouco deixa de ser evidenciada quando discorridas, na norma do art. 45, as condições para, dentre outros ofícios, o fundamental exercício da judicância, assim expressas: “We will appoint as justices, constables, sheriffs, or other officials, only men that know the law of the realm and are minded to keep it well”<sup>15</sup>.

A extrema importância de tal norma está em assegurar a aplicação da lei por pessoas capacitadas para tanto e que se coloquem em uma posição de imparcialidade. Afasta-se, dessa forma, a jurisdição da Coroa, evitando-se julgamentos arbitrários promovidos por juízes nomeados pelo rei, conseqüentemente, a óbvia e esperada tentação monárquica por vingança na retomada daquele *velho-governo-imune-a-tudo-e-a-todos-abençoado-por-Deus*<sup>16</sup>.

Cerca de mil e quinhentos anos transcorrem para o Estado de Direito – aristotélico, por que não? – transpor o ambiente empírico-filosófico e guindar-se à condição de referência maior ao poder político de então. Não só a lei sobressai, como resta menoscabado, ao menos no Reino Unido, o poder governamental irrestrito do rei, tudo a evidenciar que o Estado deve ser governado por leis, e não por homens, por mais virtuosos que sejam<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> “Nomearemos como juízes, policiais, xerifes ou outros oficiais, apenas os homens que conhecem a lei do reino e estão comprometidos em mantê-la bem”.

<sup>16</sup> Bingham reforça que “These powers, legislative, executive and judicial, really were concentrated in the King, the Lord’s Anointed. But he became subject to the constraint of the law. That is why Magna Carta was such a significant watershed. There, clearly recognizable, was the rule of law in embryo” (“Estes poderes, legislativos, executivos e judiciais, realmente estavam concentrados no Rei, o Ungido do Senhor. Mas ele ficou sujeito às restrições da lei. É por isso que a Magna Carta foi um divisor de águas tão significativo. Lá estava, claramente reconhecível, o estado de direito em embrião”). BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 33. Livro eletrônico.

<sup>17</sup> A propósito, leciona Grossi que “Il *common law* vive la singolare vicenda di essere un diritto di origine regia ma che, almeno a partire dalla seconda metà del Duecento, si affranca dal re. Prende avvio la cosiddetta “rule of law”, che significa autonomia del diritto ma anche primato del diritto sulla politica

Inegavelmente, a Magna Carta entroniza valores incomuns à época. Para além disso, o rei acaba envolvido pelo Estado de Direito. Já o Direito ganha vida própria ao se libertar da figura do monarca.

### 2.3 Bill of Rights e John Locke

No século XVI, revoluções que ocorrem na Inglaterra, a Puritana (1641-1649), que inicia, e a Gloriosa (1688), que finaliza o ciclo que alguns estudiosos denominam de Revolução Burguesa Inglesa, dão a exata noção da insatisfação popular em relação à concentração dos poderes de governo nas mãos da monarquia.

A Magna Carta e a respectiva prescrição de direitos fundamentais de liberdade, conforme se pode perceber, não têm o condão de arrefecer o ímpeto da Coroa de exercer o poder absoluto. Pelo contrário, a Realeza continua governando tal como se o parlamento inglês não passasse de mera figura decorativa e os respectivos atos, meras folhas de papel em branco. Coroa e católicos, de um lado, e Parlamento, puritanos, nobres e burgueses, de outro, confrontam-se durante o reinado de Carlos I, o qual, julgado e condenado, acaba executado em 1649. A república instituída a partir de então assume feições ditatoriais, fato que, em 1688, se, por um lado, consolida a tradição monárquica à frente do Estado, por outro, motiva a instauração do regime de governo parlamentarista.

*A Declaração de Direitos de 1689 (Bill of Rights of 1689), também conhecida como Carta Inglesa de Direitos, reafirma o que era visto como leis e liberdades antigas<sup>18</sup>. Um novo estatuto é confeccionado de modo a garantir não só a autonomia*

---

spicciola, subordinazione dello Stato al diritto. Un diritto ormai governato da un ceto di giuristi, avvocati e giudici, muniti di auto-referenzialità perché allevati nei microcosmi chiusi degli *Inns* e rinnovantisi grazie a un rigoroso meccanismo di cooptazione, un ceto cosciente del proprio ruolo e della propria indipendenza, intimamente assai coeso grazie alla forza della tradizione sempre più incisiva con il passare del tempo” (“*A common law* vive a história singular de ser um direito de origem real, mas que, pelo menos a partir da segunda metade do século XIII, é libertado do rei. Ocorre o chamado “estado de direito”, que significa autonomia do direito, mas também primado do direito sobre a política mesquinha, subordinação do Estado ao direito. Um direito agora regido por uma classe de juristas, advogados e juizes, dotados de autorreferencialidade porque se criam nos microcosmos fechados das Pousadas e se renovam graças a um rigoroso mecanismo de cooptação, uma classe cosciente do seu papel e independência, intimamente muito coesa graças à força da tradição que se torna cada vez mais incisiva com o passar do tempo”). GROSSI, Paolo. **L’Europa del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2011. p. 81

<sup>18</sup> Bobbio, Pasquino e Matteucci historiam que o documento de inspiração contratualista que põe fecho à Gloriosa Revolução de 1688-89 e impõe condições bem claras à monarquia rejeita a teoria do direito divino dos reis. Segundo os autores, “O famoso *Bill of rights* contém claras limitações ao poder real e constitui um verdadeiro e autêntico contrato entre o rei e o povo, este representado pelo Parlamento, embora o conteúdo seja bem pouco inovador em relação à velha praxe constitucional



e a independência do Parlamento, mas sobretudo a soberania parlamentar no que diz respeito à condução dos negócios públicos, que se exerce a partir de então na pessoa do primeiro-ministro inglês<sup>19</sup>.

Bem se denota desse contexto histórico todo que a insurreição do rei em se submeter ao império da lei, a pretexto de se sujeitar a um direito divino e assim agir de acordo com a própria consciência, provoca, em verdade, um contra-ataque legislativo que se mostra de todo implacável. Passados mais de quatrocentos anos da autenticação da Magna Carta, a autoconvocação parlamentar inglesa que concretiza o *Bill of Rights* eleva o grau de reconhecimento dos direitos de liberdade<sup>20</sup> e o parlamento ao centro do poder. Uma maior representatividade popular no parlamento, a propósito, já vinha sendo percebida. O fato de a coroa permanecer sobre a cabeça do rei, por si só, não significa manutenção do *status quo ante* em termos de construção da cidadania e de consolidação do Estado de Direito. Das duas primeiras disposições

---

inglesa. Chamou-se a este documento Declaração dos Direitos só porque a palavra contrato parecia demasiado revolucionária”. BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UNB, 1998, v. 1, p. 282) Bingham ressalta, por sua vez, que, face à resistência de William of Orange, o projeto de lei apenas confirma direitos antigos e não cria direitos novos. BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 48. Livro eletrônico.

<sup>19</sup> Lewis assinala que “Provisions in the English Bill of Rights can be grouped into three broad categories. First, several items related to the doctrine of parliamentary supremacy, including frequent sessions of Parliament, freedom of speech for its members, repudiation of the royal prerogative to suspend legislation, and the necessity of Parliament’s consent for levying taxes and for the keeping of a standing army. Second, the document established rules for succession and restricted the crown to Protestants. Third, it asserted a number of individual liberties and procedural safeguards against arbitrary government, including the right of petition, the right of Protestants to ‘have arms for their defense’, the importance of ‘duly impaneled’ juries, and the repudiation of ‘cruel and unusual punishments’ and ‘excessive bail” (“As disposições da Declaração de Direitos em inglês podem ser agrupadas em três categorias amplas. Em primeiro lugar, vários itens relacionados reportam-se à doutrina da supremacia parlamentar, incluindo sessões frequentes do Parlamento, liberdade de expressão para os respectivos membros, repúdio à prerrogativa real de suspender a legislação e a necessidade do consentimento do Parlamento para a cobrança de impostos e para a manutenção de um Exército permanente. Em segundo lugar, o documento estabeleceu regras para a sucessão e restringiu a coroa aos protestantes. Terceiro, afirmou uma série de liberdades individuais e salvaguardas processuais contra o governo arbitrário, incluindo o direito de petição, o direito dos protestantes de ‘ter armas para a respectiva defesa’, a importância de júris ‘devidamente constituídos’ e o repúdio a ‘punições cruéis e incomuns’ e ‘fiança excessiva”). LEWIS, Thomas T. **The Bill of Rights**. Pasadena: Salem Press, 2002. não paginado. Livro eletrônico.

<sup>20</sup> Bingham pondera, no entanto, que há uma certa tendência em pensar que convenções, cartas e declarações de direitos são um desenvolvimento moderno. Para o magistrado inglês, a Declaração de Direitos de 1689 foi apenas parcialmente direcionada à proteção dos direitos individuais. O foco principal estava nas regras às quais a Coroa deveria estar sujeita. Nenhum monarca poderia novamente confiar na autoridade divina para anular a lei. A autoridade e a independência do parlamento foram proclamadas; a integridade de seus procedimentos foi protegida e não poderia haver exército permanente em tempo de paz sem a sua sanção. Suspender as leis sem o consentimento do parlamento foi considerado ilegal. A liberdade e a segurança pessoais foram protegidas pela proibição de multas excessivas, de fiança excessiva e de punições cruéis e incomuns. BINGHAM, *op. cit.*, p. 47-48.

normativas constam, pois, o efetivo comprometimento do poder constituído ao Estado de Direito, sob um regime, destarte, monárquico-parlamentarista:

That the pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal;  
That the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is illegal;<sup>21</sup>

Todos esses movimentos que, ao fim e ao cabo, resultam na “revolução burguesa inglesa”, documentada em uma carta de direitos, têm como pano de fundo o liberalismo filosófico. Ideias iluministas contestam toda sorte de privilégios usufruídos por alguns poucos em detrimento dos demais cidadãos, dentre aqueles, o privilégio hereditário, o Estado confessional, a monarquia absolutista e o direito divino dos reis. As narrativas mitológicas e as crendices religiosas dão, assim, lugar à razão. Rompe-se, assim, com a mentalidade do Antigo Regime.

A Revolução Gloriosa e o *Bill of Rights* são fortemente influenciados pelo pensamento liberal<sup>22</sup> de Locke, para quem se

revela de maneira evidente que a monarquia absoluta, que alguns homens consideram como a única forma de governo do mundo, é na verdade inconsistente com a sociedade civil, e por isso não poderia constituir de forma alguma um governo civil. Porque a sociedade civil tem por finalidade evitar e remediar aquelas inconveniências do estado de natureza que se tornam inevitáveis sempre que cada homem julga em causa própria, instituindo uma autoridade conhecida a que todos daquela sociedade podem apelar sobre qualquer injúria recebida ou controvérsia que possa surgir, e que todos da sociedade devem obedecer; em todo lugar em que há pessoas que não têm a possibilidade de apelar a uma autoridade e decidir qualquer diferença entre eles, essas pessoas ainda estão no estado de natureza. Tal é também a condição do príncipe absoluto, diante daqueles que estão sob sua dominação.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> “Que o pretenso poder de suspender as leis ou a execução de leis por autoridade régia sem o consentimento do Parlamento é ilegal. Que o pretenso poder de dispensar leis ou a execução de leis por autoridade régia, como foi assumido e exercido ultimamente, é ilegal”. UNITED KINGDOM. **English Bill of Rights 1689**. New Haven: Yale Law School, 2008. Disponível em: [https://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/england.asp](https://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp). Acesso em: 19 maio 2020.

<sup>22</sup> “A defesa dos direitos do indivíduo, do direito à vida, em primeiro lugar, mas, depois, também à liberdade e propriedade, é desconhecida nas épocas anteriores, que insistem mais nos deveres para com os outros, ignorando o individualismo próprio da Idade Moderna” BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998. v. 1, p. 280.

<sup>23</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 134-135.

O filósofo inglês, na obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* publicada em 1689, defende que o indivíduo nasce desfrutando de um estado perfeito de liberdade e igualdade, “dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro homem nem depender de sua vontade”, “onde a reciprocidade determina todo o poder e toda a competência, ninguém tendo mais que os outros”. Os direitos naturais individuais dos homens são garantidos pelos próprios homens, de tal modo “que cada um esteja habilitado a punir aqueles que a transgridem com penas suficientes para punir as violações”,

Pois nesse estado de perfeita igualdade, onde naturalmente não há superioridade ou jurisdição de um sobre o outro, o que um pode fazer para garantir essa lei, todos devem ter o direito de fazê-lo. Assim, no estado de natureza, um homem adquire um poder sobre o outro; mas não um poder absoluto ou arbitrário para tratar um criminoso segundo as exaltações apaixonadas ou a extravagância ilimitada de sua própria vontade quando está em seu poder; mas apenas para infligir-lhe, na medida em que a tranquilidade e a consciência o exigem, a pena proporcional a sua transgressão, que seja bastante para assegurar a reparação e a prevenção. Pois estas são as únicas duas razões por que um homem pode legalmente ferir outro, o que chamamos de punição. Ao transgredir a lei da natureza, o ofensor declara estar vivendo sob outra lei diferente daquela da razão e equidade comuns, que é a medida que Deus determinou para as ações dos homens, para sua segurança mútua;<sup>24</sup>

Locke não hesita e, antecipando-se à eventual crítica no sentido de que em lugar algum haveria homens vivendo em um estado tão natural, ressalta, com pitada de ironia, que “todos os príncipes e chefes de governos independentes, em todo o mundo, encontram-se no estado de natureza, e que assim, sobre a terra, jamais faltou ou jamais faltará uma multidão de homens nesse estado”<sup>25</sup>.

Segundo o filósofo inglês, o homem só deixa o estado de natureza quando “todos se obrigam juntos e mutuamente a formar uma comunidade única e constituir um único corpo político”. O indivíduo precisa, portanto, consentir com a remoção do estado de natureza (de – relativa – paz) e com a consequente submissão ao poder político (ao estado da razão). Assim, “Quando qualquer número de homens decide constituir uma comunidade ou um governo, isto os associa e eles formam um corpo

---

<sup>24</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 83 e 85.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 89.



político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante”. Para Locke<sup>26</sup>,

o que move uma comunidade é sempre o consentimento dos indivíduos que a compõem, e como todo objeto que forma um único corpo deve se mover em uma única direção, este deve se mover na direção em que o puxa a força maior, ou seja, o consentimento da maioria; do contrário, é impossível ele atuar ou subsistir como um corpo, como uma comunidade, como assim decidiu o consentimento individual de cada um; por isso cada um é obrigado a se submeter às decisões da maioria. E por isso, naquelas assembléias cujo poder é extraído de leis positivas, em que a lei positiva que os habilita a agir não fixa o número estabelecido, vemos que a escolha da maioria passa por aquela do conjunto, e importa na decisão sem contestação, porque tem atrás de si o poder do conjunto, em virtude da lei da natureza e da razão.

De um modo geral, a filosofia lockeana busca alicerçar o poder no consenso dos cidadãos (contratualismo). A maioria dos indivíduos realiza, em verdade, um contrato que assinala o fim do estado natural, jusnatural, e estabelece o início do estado de civilização, jusracional, no qual a sociedade civil deposita toda a sua racionalidade jurídica, “já participando diretamente do poder legislativo, já opondo a este como limite o direito ou direitos naturais (*ius quia justum*)”<sup>27</sup>.

Como se vê, o governo que decidirá em nome do povo, para Locke, não é o monárquico, definitivamente. O filósofo, com efeito, não vê racionalidade alguma na aceitação de que o poder do rei advém de um ente divino, “o que a humanidade só começou a ouvir falar quando nos foi revelado pela divindade da época contemporânea”, tampouco probabilidade de

que o povo naturalmente livre, e por seu próprio consentimento submetido ao comando de seu pai, ou reunido a partir de diferentes famílias para instituir um governo, tenha em geral depositado o poder nas mãos de um só homem e optado por ficar submisso à vontade de uma única pessoa, sem ao menos estabelecer condições expressas que limitassem ou regulassem seu poder, pois consideravam-se seguros sob a guarda de sua prudência e de sua honestidade.<sup>28</sup>

Logo se percebe que a filosofia de Locke, a exemplo da de Aristóteles, é empirista, na medida em que se baseia na observação do que ordinariamente

<sup>26</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 89 e 139-140.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998. v. 1, p. 275.

<sup>28</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 149-150.

acontece para concluir que não faz sentido algum o indivíduo renunciar a um estado de natureza de perfeita liberdade e igualdade para, ao invés de *leis excelentes*, vir a se submeter, na sequência, a um príncipe absoluto, mesmo que *muito eminente quanto às virtudes*. Não há como cogitar, outrossim, que se opte por um *governo civil* em que os julgamentos não são realizados por “um juiz na terra com autoridade para dirimir todas as controvérsias e reparar as injúrias que possam ocorrer a qualquer membro da sociedade civil; este juiz é o legislativo, ou os magistrados por ele nomeados”<sup>29</sup>.

O indivíduo vê-se obrigado a abandonar o estado de natureza e a unir-se com outros indivíduos que estejam imbuídos dos mesmos fins porque os direitos naturais à vida, de liberdade e de posse, aos quais atribui o nome genérico de (direito de) *propriedade*, são “muito precário[s] e constantemente exposto[s] às invasões de outros”. E, segundo o filósofo inglês, há três motivos para isso; o primeiro deles, porque não há para o estado de natureza

uma lei estabelecida, fixada, conhecida, aceita e reconhecida pelo consentimento geral, para ser o padrão do certo e do errado e também a medida comum para decidir todas as controvérsias entre os homens. Embora a lei da natureza seja clara e inteligível para todas as criaturas racionais, como os homens são tendenciosos em seus interesses, além de ignorantes pela falta de conhecimento deles, não estão aptos a reconhecer o valor de uma lei que eles seriam obrigados a aplicar em seus casos particulares.

Em segundo lugar, falta no estado de natureza um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida. Como todos naquele estado são ao mesmo tempo juízes e executores da lei da natureza, e os homens são parciais no julgamento de causa própria, a paixão e a vingança se arriscam a conduzi-los a muitos excessos e violência, assim como a negligência e a indiferença podem também diminuir seu zelo nos casos de outros homens.

Em terceiro lugar, no estado de natureza freqüentemente falta poder para apoiar e manter a sentença quando ela é justa, assim como para impor sua devida execução. Aqueles que são ofendidos por uma injustiça dificilmente se absterão de remediá-la pela força, se puderem; esta resistência muitas vezes torna o castigo perigoso e fatal para aqueles que o experimentam.<sup>30</sup>

A supremacia da lei sobre tudo e sobre todos e a legitimidade única e exclusiva

---

<sup>29</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 134.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 156-157.

do legislador para, no estado de civilização, estabelecer normas que sirvam de norte à resolução dos pleitos e controvérsias são, por conseguinte, as propostas defendidas por Locke na obra contemporânea à Revolução Gloriosa, ocasião em que a monarquia, definitivamente, vê a chefia do governo escorrer das respectivas mãos. O poder do monarca passa a ser controlado e limitado pelas assembleias representativas, às quais é confiado o poder de legislar e, ao fim e ao cabo, espelhar a supremacia do indivíduo sobre o Estado (individualismo). Ainda segundo o filósofo,

a liberdade dos homens submetidos a um governo consiste em possuir uma regra permanente à qual deve obedecer, comum a todos os membros daquela sociedade e instituída pelo poder legislativo nela estabelecida. É a liberdade de seguir minha própria vontade em todas as coisas não prescritas por esta regra; e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem: como a liberdade natural consiste na não submissão a qualquer obrigação exceto a da lei da natureza.<sup>31</sup>

O pensamento político-liberal considera que a liberdade política, manifestada na efetiva participação dos cidadãos no poder legislativo, é, em última análise, a verdadeira garantia de todas as outras liberdades. Sob tal ótica, os homens gozam de liberdade porque ela só pode ser limitada por normas de cuja elaboração eles próprios participam. Dentre as inúmeras concepções do Direito, a concebida sob a perspectiva da teoria do Estado ou da política o enfeixa como ordenamento normativo que contempla um conjunto de normas de conduta e de organização.

## 2.4 Estado de Direito em Montesquieu

Em Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, mais conhecido como Montesquieu, o Direito recebe o adjetivo *político* para, ao lado do Direito *das gentes* e do Direito *civil*, cuidar das “leis na relação entre aqueles que governam e os que são governados”. Segundo o barão<sup>32</sup>,

Além do direito das gentes, que diz respeito a todas as sociedades, existe um direito político para cada uma delas. Uma sociedade não poderia subsistir sem um governo. *A reunião de todas as forças*

---

<sup>31</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 95.

<sup>32</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 16.

*particulares*, como diz muito bem GRAVINA, *forma aquilo que chamamos de ESTADO POLÍTICO*.

Na famosa obra *O Espírito das Leis*, o autor francês, embora abomine o despotismo e critique o absolutismo monárquico, pouco realce atribui a quem deverá, efetivamente, exercer a *força geral*. Assevera, com efeito, que o poder político pode estar depositado nas mãos de um só (monárquico e despótico), ou nas mãos de vários ou de alguns poucos (republicano), até mesmo porque, segundo o escritor, o poder político, mesmo paterno, inclui necessariamente a união de várias famílias. Fascinado pelos estudos das leis da natureza, Montesquieu defende, isto sim, que a realidade social, semelhantemente, é e deve ser regida por leis. Segundo ele, o *estado de guerra* começa assim que o homem passa a viver em sociedade, e ambos, indivíduo e coletivo, se fortalecem, entre si e perante outras nações. Daí a importância de se estabelecer um estado de leis.

Para tanto, o aristocrata francês começa por distinguir as leis estabelecidas entre os homens de acordo com a natureza e os princípios que regem as três formas de governo:

Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra e de sua vida. Em Roma, os juízes sentenciavam somente que o acusado era culpado de um determinado crime, e a pena se encontrava na lei, como podemos ver em várias leis que foram feitas. Assim também, na Inglaterra, os jurados decidem se o acusado é culpado ou não do fato que lhes foi relato, e se ele for declarado culpado o juiz pronuncia a pena que a lei inflige para este crime e para tanto ele só precisa ter olhos.<sup>33</sup>

Governado que se é por leis, o legislador, para Montesquieu, deve, por conseguinte, acompanhar o espírito da nação, a disposição do povo. O espírito das leis é composto não só de acordo com os princípios do governo estabelecido ou que se pretende estabelecer – a virtude e a honra, por exemplo, não são princípios dos governos monárquico e despótico, respectivamente. O é também de acordo com a natureza do clima e do solo, com o espírito geral, os costumes e as maneiras da nação,

---

<sup>33</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 87.

com o comércio, com o uso da moeda, com o número de habitantes e com a religião.

A proximidade dos escritos de Montesquieu, notadamente da obra aqui retratada, com a ideia de Estado de Direito dá-se a partir da exposição dos diversos significados da palavra liberdade, mais propriamente da *liberdade política*, a qual, segundo o escritor, só se verifica nos governos moderados, e desde que neles não haja abuso do poder.

A liberdade política, em relação à Constituição, é protegida por leis produzidas pelo poder competente para tanto. Já a liberdade política, em relação ao cidadão, é garantida pelos costumes, maneiras e exemplos recebidos, mesmo as leis civis podendo de um modo ou de outro favorecê-la.

O viés da liberdade política que aqui importa é aquele que diz respeito, pois, à Constituição. As leis constituídas trazem liberdade e segurança, porém, para tanto, é preciso que o poder limite o poder. E isso, para Montesquieu, não é atingível quando o poder se concentra na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário. Pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.<sup>34</sup>

Em um Estado livre, os três tipos de poder não são autônomos nem equipotentes. Devem ser, isto sim, harmônicos e independentes entre si. O que pressupõe sejam governados por corpos diversos. Os governos despóticos sempre reúnem em uma só pessoa todos os poderes. É o passo fundamental para que o poder político não se curve à lei, para que não se consolide, pois, o Estado de Direito.

Montesquieu concentra no poder legislativo a função de *regular para moderar* os demais poderes, de modo a impedir o exercício das *magistraturas tirânicas* e a conservar a liberdade. O povo formado por homens livres que podem ser governados por si mesmos deve exercer o poder legislativo. O corpo legislativo é o corpo da nação, e as respectivas leis devem seguir o espírito do povo. O legislador deve moderar a lei

---

<sup>34</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

em favor da própria lei. O corpo legislativo é o tribunal das próprias leis. Os juizes, de suas vezes, são apenas a *boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor*. A decisão judicial não é senão *mais do que um texto preciso da lei*. Pena de atentado à liberdade e à segurança que a lei deve espelhar sobremodo. Destaca o escritor<sup>35</sup>:

Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos. É até mesmo necessário que os juizes sejam da mesma condição do acusado, ou seus pares, para que não possa pensar que caiu nas mãos de pessoas inclinadas a lhe fazerem violência.

A vida anterior ao *Estado de Leis* mostra-se bem mais violenta, insegura ao extremo. Por mais virtuoso seja o governante, as leis, ao contrário, não hesitam em momento algum, sob qualquer circunstância. Por não se posicionar em favor de alguns e em desfavor de outros, o Estado de Direito apresenta-se como a fórmula política e jurídica mais adequada para a limitação do poder e regulamentação das liberdades individuais<sup>36</sup>. A liberdade é o que se busca em um primeiro momento. Desde a antiguidade clássica, ao menos, passando pelo período helenístico<sup>37</sup>, há a

<sup>35</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 170.

<sup>36</sup> Nas palavras de Aristóteles, “se é preferível confiar o governo a certo número de homens, estes devem ser escolhidos apenas como guardiães e ministros de leis, pois não se pode passar sem magistrados. Mas que haja um só magistrado, sendo todos os cidadãos semelhantes, é o que estas mesmas pessoas consideram injusto”. ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 153, 1287a, 20.

<sup>37</sup> Segundo o filósofo estadista romano Cícero, importante teórico da lei natural e um defensor precoce do Estado de direito, “law is the bond which assures to each of us his honorable life within of commonwealth. It is the foundation of liberty, the fountain-head of justice. It is what keeps the heart and mind and initiative and feeling of our law nation alive. The state without a law would be like a body without brain; it could make no use of its sinews, its bloods or its limbs. The magistrates who administer the law, the judges who act as its spokesmen, all the rest of us who live as its servants, grant it our allegiance as a guarantee of our freedom” (“a lei é o vínculo que garante a cada um de nós sua vida honrosa dentro da comunidade. É o fundamento da liberdade, a fonte da justiça. É o que mantém vivo o coração, a mente, a iniciativa e o sentimento de nossa nação legal. O estado sem lei seria como um corpo sem cérebro; não podia fazer uso de seus tendões, sangue ou membros. Os magistrados que administram a lei, os juizes que atuam como respectivos porta-vozes, todos os demais que vivemos como respectivos servos, outorgamos-lhe nossa fidelidade como garantia de nossa liberdade”). (CÍCERO, Marcus Tullius. *Murder trials*. Tradução: Michael Grant. London: Penguin Books, 1975. não paginado. Livro eletrônico). Já em **Das leis**, Cícero assevera que é a lei que rege, e não o indivíduo que por acaso é o magistrado. O magistrado tem o poder de presidir e de prescrever as coisas certas e úteis em conjunto com as leis. Como os magistrados estão sujeitos às leis, o povo está sujeito aos magistrados. O magistrado, para o filósofo, é a lei que fala, e a lei é o magistrado mudo. (CÍCERO, Marcus Tullius. **Das leis**. Tradução: Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967). A propósito, Hayek exalta que Cícero “indeed became the main authority for modern liberalism, and we owe to him many of the most effective formulations of freedom under the law. To him is due the conception of general rules or *leges legum*, which govern legislation, the conception that we obey the law in order to be free, and the conception that the judge ought to be merely the

defesa da íntima relação entre Estado e Direito tomando-se o valor liberdade como ponto de contato. A consagração histórica é alcançada assim que a Magna Carta recebe a autenticação real e a metodologia é desenvolvida por Montesquieu. Encerra-se uma época e inicia-se outra. Do poder legislativo advém, segundo o método montesquieuniano, a lei em consagração ao Estado de Direito.

## 2.5 Rule of law e common law

Não sem razão se é questionado o fato de o sistema jurídico denominado “Common Law” ter origens mais remotas justamente da nação que primeiro pronuncia o “*Rule of Law*”. De fato, como haveria de prevalecer um direito resultante de decisões dos tribunais em um território que consagrou o *Estado de Leis*, a soberania do parlamento? Afinal, qual seria a função do Poder Legislativo em uma nação cuja criação (ou aperfeiçoamento) do Direito está submetida ao Poder Judiciário? Realmente, a interação entre os dois institutos jurídicos, o *Common Law* e o Direito legislado, gera certa perplexidade.

A história revela que a consagração do Estado de Direito em terras inglesas repercute mais em termos de governança do que propriamente para o Direito em si. Faz-se imprescindível, à certa altura, materializarem-se em textos normativos princípios e regras para que, ao fim e ao cabo, o monarca venha a se submeter ao império da lei. Séculos mais tarde novamente se lança mão de uma declaração escrita para, dessa vez, retirar o poder das mãos do rei para entregá-lo a representantes eleitos pelo povo. Isso tudo em uma nação guiada por uma Constituição não escrita.

Na obra *The Constitution of Liberty*<sup>38</sup>, o filósofo e economista Hayek relata que

Ever since a court had laid down in the famous Case of Monopolies that the grant of exclusive rights to produce any article was ‘against the

---

mouth through whom the law speaks. No other author shows more clearly that during the classical period of Roman law it was fully understood that there is no conflict between law and freedom and that freedom is dependent upon certain attributes of the law, its generality and certainty, and the restrictions it places on the discretion of authority” (“de fato se tornou a principal autoridade do liberalismo moderno, e devemos a ele muitas das formulações mais eficazes de liberdade perante a lei. A ele se deve a concepção das regras gerais ou *leges legum*, que regem a legislação, a concepção de que obedecemos a lei para sermos livres e a concepção de que o juiz deve ser apenas a boca por meio da qual a lei fala. Nenhum outro autor mostra mais claramente que durante o período clássico do direito romano era totalmente entendido que não há conflito entre a lei e a liberdade e que a liberdade depende de certos atributos da lei, sua generalidade e certeza, e as restrições que coloca sobre a discricção da autoridade”). HAYEK, Friedrich August von. **The constitution of liberty**: the definitive edition. Chicago: University Of Chicago Press, 2013, p. 244-246. Livro eletrônico.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 247.

common law and the liberty of the subject', the demand for equal laws for all citizens became the main weapon of Parliament in its opposition to the king's aims.<sup>39</sup>

Segundo o liberal austríaco, desde então, os ingleses “understood better than they do today that the control of production always means the creation of privilege: that Peter is given permission to do what Paul is not allowed to do”<sup>40</sup>. Porém, ainda de acordo com Hayek, são regulamentos econômicos emitidos pelo rei para a construção civil em Londres e que proibiram a fabricação de amido de trigo que acabam ensejando a primeira grande declaração do princípio básico do estado de direito:

The Petition of Grievances of 1610 [...] of the House of Commons states that, among all the traditional rights of British subjects, 'there is none which they have accounted more dear and precious than this, to be guided and governed by the certain rule of law, which giveth to the head and the members that which of right belongeth to them, and not by any uncertain and arbitrary form of government... Out of this root has grown the indubitable right of the people of this kingdom, not to be made subject to any punishments that shall extend to their lives, lands, bodies, or goods, other than such as are ordained by the common laws of this land, or the statutes made by their common consent in parliament'.<sup>41</sup>

E o que tudo isso reflete para a ciência do direito, para os sistemas jurídicos, para o estudo das leis? Segundo os estudos do italiano Grossi, em verdade, pouco, quase nada. Isso porque, segundo o historiador do direito<sup>42</sup>, “the law is written on the hide of people, it is [...] a dimension of daily life. The law is inscribed in the concrete facts of life before it is written down in statutes, in international treaties and in works of

<sup>39</sup> “Desde que um tribunal estabeleceu no famoso Caso dos Monopólios que a concessão de direitos exclusivos para produzir qualquer artigo era ‘contra o direito comum e a liberdade do sujeito’, a demanda por leis iguais para todos os cidadãos tornou-se a principal arma do Parlamento em sua oposição aos objetivos do rei”.

<sup>40</sup> “Compreenderam melhor do que hoje que o controle da produção sempre significa a criação de privilégios: que Pedro recebe permissão para fazer o que Paulo não tem permissão para fazer”.

<sup>41</sup> “A Petição de Queixas de 1610 [...] da Câmara dos Comuns declara que, entre todos os direitos tradicionais dos súditos britânicos, 'não há nenhum que eles tenham considerado mais caro e precioso do que este, ser guiado e governado pelos certa regra de lei, que dá ao chefe e aos membros o que é de direito pertence a eles, e não por qualquer forma de governo incerta e arbitrária ... Desta raiz cresceu o direito indubitável do povo deste reino, não estar sujeito a quaisquer punições que se estendam às suas vidas, terras, corpos ou bens, exceto os que são ordenados pelas leis comuns desta terra, ou pelos estatutos feitos por consentimento comum no parlamento” HAYEK, Friedrich August von. **The constitution of liberty**: the definitive edition. Chicago: The University Of Chicago Press, 2013. p. 247-248. Livro eletrônico.

<sup>42</sup>.GROSSI, Paolo. **A history of european law**. Tradução: Laurence Hooper. London: Wiley-Blackwell, 2010. preliminaries XIV. Livro eletrônico.



scholarship”<sup>43</sup>. A lei, continua Grossi, é história viva, ainda que condicionada em um texto notável. Existe um elemento de respeito prévio pelos poderes de discernimento dos indivíduos. Por vezes, as situações são regidas e os litígios resolvidos por normas sociais informais e não pela legislação positiva.

Para além disso, Grossi<sup>44</sup> ressalta que a lei

si manifesta nella sua pienezza come ‘diritto comune’, come diritto che è opera di scienziati e solo secondariamente di giudici, che – in ogni modo – è cosa da giuristi e non da politici, e deve essere riservata a chi è in grado di maneggiare provvedutamente un patrimonio specifico di categorie e di tecniche, e consequentemente di leggere il mondo sociale *sub specie iuris*. Il diritto comune è l’opera plurisecolare di un ceto di giuristi laborioso e sensibile che, lungi dal disegnare geometrie purissime, ordina plasticamente la realtà medievale e post-medievale, è insofferente a confini nazionali e, non provenendo da una autorità munita d’imperio, si coniuga pluralisticamente con statuti e consuetudini locali, o con le discipline speciali poste in essere dalla Chiesa, dal ceto feudale, dal ceto mercantile.<sup>45</sup>

O Direito antecede a legislação. “O direito, no sentido de normas de conduta aplicadas, é indubitavelmente tão antigo quanto a sociedade; só a observância de normas comuns torna possível a existência pacífica de indivíduos em sociedade”<sup>46</sup>. A lei, por sua vez, seja a natural, seja aquela fruto da vontade do homem, não é contemporânea ao Estado de Direito. É-lhe anterior. Antes dele, navega em mar aberto, sem traçados e obstáculos à frente. Tal como o costume, os casos concretos, consiste em mais uma fonte de expressão do Direito. A ausência da figura do Estado permite que a experiência jurídica medieval “di assestarsi e consolidarsi in libertà trovando le sue fonti, dapprima in una prassi consuetudinaria, dipoi in una grande scienza giuridica percettrice dei bisogni sociali a proiezione universale”<sup>47</sup>. Com o

---

<sup>43</sup> “A lei está escrita na pele das pessoas, é [...] uma dimensão do dia a dia. A lei está inscrita nos fatos concretos da vida antes de ser escrita nos estatutos, nos tratados internacionais e nos trabalhos acadêmicos”.

<sup>44</sup> GROSSI, Paolo. **Prima lezione di diritto**. 16. ed. Roma: Laterza, 2010. p. 55-56. Livro eletrônico.

<sup>45</sup> “A lei manifesta-se em sua plenitude como ‘common law’, como um direito que é obra de cientistas e só secundariamente de juizes, que - em todo caso - é coisa de juristas e não de políticos, e deve ser reservado aos que são capazes de manejar provisoriamente um patrimônio específico de categorias e técnicas e, consequentemente, de ler o mundo social *sub specie iuris*. O direito comum é o trabalho secular de uma classe trabalhadora e sensível de juristas que, longe de projetar geometrias muito puras, ordenam plasticamente a realidade medieval e pós-medieval, são intolerantes com as fronteiras nacionais e, não procedendo de uma autoridade dotada de império, é pluralisticamente combinado com estatutos e costumes locais, ou com as disciplinas especiais estabelecidas pela Igreja, a classe feudal, a classe mercantil”.

<sup>46</sup> HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985, v. 1, p. 82.

<sup>47</sup> “Estabelecer-se e consolidar-se na liberdade encontrando suas fontes, primeiro em uma prática

Estado de Direito, a lei sobressai-se, isto sim, mais legislativa. Nesse ambiente, há a sensação de que a lei prefere toda e qualquer “altra manifestazione giuridica, e pertanto una gerarchia che pone tutte le altre fonti in gradini inferiori, togliendo loro autonomia e vitalità”<sup>48</sup>. A própria codificação é exemplo da tentativa de limitar à legislação a representação completa da dimensão jurídica do Estado.<sup>49</sup>

Portanto, na lição de Grossi, o Estado de Direito marca a modernidade jurídica como o evento que eleva a lei, no Estado continental europeu, à condição de única fonte produtora do Direito no respectivo território. Porém, na Inglaterra, a lei (em sentido amplo) nada mais é do que, dentre outras, a fonte de que se lança mão para, em um primeiro momento, limitar o poder do rei em nome da liberdade dos cidadãos frente ao Estado e, em um segundo momento, retirar o governo das mãos do monarca e transferi-lo ao legislativo. Tão relevante missão não representa o afastamento da então já milenar tradição jurídica anglo-saxã. Não há, em absoluto, rompimento com o passado jurídico materialmente costumeiro e contínuo e legitimamente judicial. Nas exatas palavras do jurista italiano<sup>50</sup>,

Medioevo persiste a vivere nel pieno dell'età moderna con i suoi valori intatti e con il suo inconfondibile modo di intuire ed esprimere la giuridicità. Con un po' di approssimazione ma non scorrettamente, si può dire che al fondo del *common law* batte un cuore medievale. Il suo tratto più peculiare è, infatti, che il diritto è cosa da giuristi e che non può non essere il ceto dei giuristi impegnato a fissarlo ed esprimerlo, nonché a garantirne lo sviluppo in relazione ai bisogni d'una società in crescita; e questo è tipicamente medievale. Con due necessarie precisazioni: in seno alla continuità di valori medievali ha un ruolo non secondario il diritto canonico – spregiatissimo sul continente – con la sua valorizzazione della dimensione equitativa, e ciò a causa di una presenza pesante di ecclesiastici in parecchie corti giudicanti fino alla rottura di Enrico VIII, ossia fino al pieno Cinquecento; se l'affidamento al ceto dei giuristi della produzione del diritto vede nel Medioevo continentale primeggiare la scienza giuridica, la visione inglese – più concreta perché dominata da un costante empirismo – porta a una primazia dell'applicatore del diritto, del giudice immerso nella carnalità dell'esperienza.<sup>51</sup>

---

costumeira, depois em uma grande ciência jurídica percebendo as necessidades sociais com projeção universal”.

<sup>48</sup> “Outra manifestação jurídica e, portanto, uma hierarquia que coloca todas as outras fontes em degraus inferiores, tirando sua autonomia e vitalidade”.

<sup>49</sup> GROSSI, Paolo. **Prima lezione di diritto**. 16. ed. Roma: Laterza, 2010, p. 55-56. Livro eletrônico. p. 57 e 58.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>51</sup> “A Idade Média persiste em viver em meio à modernidade com seus valores intactos e sua forma inconfundível de perceber e expressar a legalidade. Com uma pequena aproximação, mas não

A Inglaterra, segundo Hayek<sup>52</sup>, não permanece aprisionada ao Direito legislado porque sempre se manteve arraigada à tradição de um Direito Comum que não é concebido como o produto da vontade de alguém. Um Direito Comum que até os dias de hoje tem na liberdade, principalmente, algo que lhe é natural. Não há, em terras inglesas, a recepção por atacado do direito romano tardio e com ele a concepção do Direito como a criação de uma régua. O Direito medieval e as liberdades medievais não são deixados de lado<sup>53</sup>. Segue-se a doutrina medieval sobre o Estado, em que a lei é superior mesmo em relação à vontade do príncipe. Os juristas do Direito Comum desenvolvem concepções semelhantes aos da tradição do direito natural. A lei que governa as decisões dos tribunais é a lei comum, a da terra; uma lei existente independentemente da vontade de qualquer pessoa, vinculante e desenvolvida no seio do tribunal. Nessas circunstâncias, a lei permanece determinada por tribunais

---

incorretamente, pode-se dizer que um coração medieval bate na base do *common law*. O seu traço mais peculiar é, de fato, que o direito é coisa dos juristas e não pode deixar a classe de juristas deixar de estar empenhada em fixá-lo e expressá-lo, bem como garantir o seu desenvolvimento em relação às necessidades de uma sociedade em crescimento; e isso é tipicamente medieval. Com dois esclarecimentos necessários: na continuidade dos valores medievais, o direito canônico - muito desprezado no continente - tem um papel não secundário com a valorização da dimensão equitativa, e isso por conta de uma forte presença de eclesiásticos em diversos tribunais judiciais até o ponto de ruptura de Henrique VIII, ou seja, até todo o século XVI; se a confiança nos juristas da produção do direito na Idade Média continental faz com que a ciência jurídica se sobressaia, a visão inglesa - mais concreta porque é dominada pelo empirismo constante - leva a um primado do aplicador do direito, do juiz imerso no carnalidade da experiência”.

<sup>52</sup> HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. v. 1, p. 98-99.

<sup>53</sup> Nesse sentido, complementa Grossi: “*Common law* significa un diritto prodotto prevalentemente da giuristi, da coloro che sanno di diritto e che, nel Medioevo inglese, sono soprattutto empirici, uomini di prassi, educati nelle scuole interne ai proprii ordini professionali. In Inghilterra continua e continuerà il medioevo giuridico, ossia un modo non-statuale di produzione del diritto. È ovvio che ci siano atti normativi del potere, ma costituiranno un apporto marginale almeno fino all’inizio del secolo XIX. [...] il medioevo giuridico, in Inghilterra, continua ben oltre i confini storici della civiltà medievale; aggiungiamo ora: attraversa indenne tutta la modernità. La storia del *common law* corre continuamente, senza cesure, dalle fondazioni dei primi re normanni fino a noi. Il legalismo, la legolatria, imperversante e soffocante nel diritto continentale sette/ottocentesco, sono ignoti all’esperienza giuridica inglese. Si tratta di un diritto che fonda la propria insularità in una schietta autoctonia: è un diritto di prassi e confezionato da pratici, fuori delle grandi correnti culturali che circolano libere nelle scuole giuridiche e nei tribunali continentali” (“*Common law* significa una lei produzida principalmente por juristas, por aqueles que conhecem a lei e que, na Idade Média inglesa, são sobretudo empíricos, homens da prática, educados nas escolas dentro de suas próprias ordens profissionais. Na Inglaterra, continua e continuará o direito medieval, uma forma não estatal de produzir direito. É óbvio que existem atos normativos de poder, mas que constituirão uma contribuição marginal pelo menos até o início do século XIX. [...] a Idade Média legal, na Inglaterra, continuou muito além das fronteiras históricas da civilização medieval; acrescente agora: atravessa incólume toda a modernidade. A história da *common law* corre continuamente, sem cesuras, desde as fundações dos primeiros reis normandos até nós. Legalismo, legolatria, desenfreado e sufocante no direito continental dos séculos XVIII/XIX, são desconhecidos da experiência jurídica inglesa. É um direito que fundamenta a sua insularidade numa franca autoctonia: é um direito da prática e embalado pelos praticantes, fora das grandes correntes culturais que circulam livremente nas escolas jurídicas e nos tribunais continentais”). GROSSI, Paolo. **L’Europa del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2011. p. 82-83. Livro eletrônico.

independentes do poder governante. Nas palavras do filósofo<sup>54</sup>,

O único país que conseguiu preservar a tradição da Idade Média e erigiu sobre as 'liberdades' medievais o conceito moderno de liberdade sob a égide do direito foi a Inglaterra. Isso se deveu em parte ao fato de ter a Inglaterra escapado a uma aceitação indiscriminada do direito romano em sua forma final e, com isso, à concepção do direito como criação de algum governante; mas provavelmente deveu-se sobretudo à circunstância de que os juristas do direito consuetudinário daquele país tinham desenvolvido concepções bastante semelhantes às da tradição do direito natural, porém não enunciadas na enganosa terminologia dessa escola. No entanto, 'no século XVI e início do XVII, a estrutura política da Inglaterra não era ainda fundamentalmente diferente da dos países da Europa continental, e ainda não se sabia ao certo se a nação desenvolveria ou não uma monarquia absoluta

---

<sup>54</sup> HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985. v. 1, p. 98-99. No mesmo sentido leciona o filósofo na obra *The constitution of liberty* (*Ibid.*, p. 234-236): "This medieval view, which is profoundly important as background for modern developments, though completely accepted perhaps only during the early Middle Ages, was that "the state cannot itself create or make law, and of course as little abolish or violate law, because this would mean to abolish justice itself, it would be absurd, a sin, a rebellion against God who alone creates law." For centuries it was recognized doctrine that kings or any other human authority could only declare or find the existing law, or modify abuses that had crept in, and not create law. Only gradually, during the later Middle Ages, did the conception of deliberate creation of new law - legislation as we know it - come to be accepted. In England, Parliament thus developed from what had been mainly a law-finding body to a law-creating one. It was finally in the dispute about the authority to legislate in which the contending parties reproached each other for acting arbitrarily - acting, that is, not in accordance with recognized general laws - that the cause of individual freedom was inadvertently advanced. The new power of the highly organized national state which arose in the fifteenth and sixteenth centuries used legislation for the first time as an instrument of deliberate policy. For a while it seemed as if this new power would lead in England, as on the Continent, to absolute monarchy, which would destroy the medieval liberties. The conception of limited government which arose from the English struggle of the seventeenth century was thus a new departure, dealing with new problems. If earlier English doctrine and the great medieval documents, from Magna Carta, the great "Constitutio Libertatis," downward, are significant in the development of the modern, it is because they served as weapons in that struggle" ("Esta visão medieval, que é profundamente importante como pano de fundo para os desenvolvimentos modernos, embora completamente aceita talvez apenas durante o início da Idade Média, era que 'o próprio estado não pode criar ou fazer leis e, claro, tão pouco abolir ou violar a lei, porque isso iria significaria abolir a própria justiça, seria um absurdo, um pecado, uma rebelião contra Deus, o único criador da lei'. Durante séculos foi reconhecida a doutrina de que reis ou qualquer outra autoridade humana só poderia declarar ou encontrar a lei existente, ou modificar os abusos que se insinuaram, e não criaram a lei. Apenas gradualmente, durante o final da Idade Média, a concepção da criação deliberada de uma nova lei - a legislação como a conhecemos - passou a ser aceita. Na Inglaterra, o Parlamento, portanto, evoluiu de um órgão que antes era procurador de leis para um criador de leis. Foi finalmente na disputa sobre a autoridade para legislar, na qual as partes em conflito se censuraram por agir arbitrariamente - agindo, isto é, em desacordo com as leis gerais reconhecidas - que a causa da liberdade individual foi involuntariamente apresentada. O novo poder do Estado nacional altamente organizado que surgiu nos séculos XV e XVI usou a legislação pela primeira vez como um instrumento de política deliberada. Por um tempo, parecia que esse novo poder levaria na Inglaterra, como no continente, à monarquia absoluta, que destruiria as liberdades medievais. A concepção de governo limitado que surgiu da luta inglesa no século XVII foi, portanto, um novo ponto de partida, lidando com novos problemas. Se a doutrina inglesa anterior e os grandes documentos medievais, desde a Magna Carta, a grande 'Constitutio Libertatis', para baixo, são significativos no desenvolvimento do moderno, é porque serviram como armas nessa luta").

altamente centralizada, como o fizeram os países do continente'. O que impediu que isso ocorresse foi a tradição, profundamente arraigada, de um direito consuetudinário que não era concebido como produto de uma vontade, mas como um entrave a todo poder, inclusive o do rei [...]. A liberdade dos britânicos, que no século XVIII toda a Europa veio a admirar, não foi, assim - como os próprios britânicos foram os primeiros a acreditar, e como Montesquieu, mais tarde, ensinou ao mundo -, originalmente produto da separação dos poderes entre legislativo e executivo, mas antes uma decorrência do fato de as decisões dos tribunais serem regidas pelo direito consuetudinário, um direito que existia independentemente da vontade de qualquer pessoa e que, ao mesmo tempo, se impunha aos tribunais independentes e era por eles desenvolvido. Tratava-se de um direito em que o parlamento só raramente interferia, fazendo-o geralmente apenas para aclarar pontos duvidosos no seio de um determinado corpo de leis. Poder-se-ia até dizer que se desenvolveu uma espécie de separação de poderes na Inglaterra não porque somente o poder legislativo fazia leis, mas porque este não as fazia; porque as leis eram determinadas por tribunais independentes do poder que organizava e dirigia o governo, a saber, o poder daquilo que, na Inglaterra era erroneamente chamado 'legislature'.

Dicey acaba popularizando o termo “Rule of Law” na Inglaterra. *Lord Chief Justice of England and Wales Tom Bingham, Baron Bingham of Cornhill*, vaticina<sup>55</sup>:

Credit for coining the expression ‘the rule of law’ is usually given to Professor A. V. Dicey, the Vinerian Professor of English Law at Oxford, who used it in his book *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, published in 1885. [...] But the point is fairly made that even if he coined the expression he did not invent the idea lying behind it. One author<sup>56</sup> has traced the idea back to Aristotle<sup>57</sup>, who in a modern English translation refers to the rule of law, although the passage more literally translated says: ‘It is better for the law to rule than one of the citizens’, and continues: ‘so even the guardians of the laws are obeying the laws’. Another author<sup>58</sup> points out that in 1866 Mr Justice Blackburn (later appointed as the first Lord of Appeal in Ordinary, or Law Lord) said: ‘It is contrary to the general rule of law, not only in this country, but in every other, to make a person judge in his own cause ...’<sup>59</sup>. The same author<sup>60</sup> points out that the expression ‘The Supremacy of the Law’ was used as a paragraph heading in 1867. So Dicey did not apply his paint to a blank canvas. But the enormous influence of his book did mean that the ideas generally associated with the rule of law enjoyed

<sup>55</sup> TAMANAH, Brian Z. **On the rule of law**. History, politics, theory. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 15-16. Livro eletrônico.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 8-9. BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 323. Livro eletrônico.

<sup>57</sup> “Aristotle’s Politics and Athenian Constitution, ed. and trans. John Warrington (J. M. Dent, 1959), book III, s. 1287. p. 97”. *Ibid.*, p. 323.

<sup>58</sup> “J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution* (Cambridge University Press, 2007), p. 130, n. 11, p. 154, p. 157, n. 2”. *Ibid.*, p. 323.

<sup>59</sup> “The Mersey Docks and Harbour Board’ Trustees: William Gibbs and Others (1866) LR 1 HL 93, 110”. *Ibid.*, p. 323.

<sup>60</sup> “Allison, *English Historical Constitution*, p. 130, n. 11, referring to W. E. Hearn, *The Government of England: Its Structure and Development* (Longmans, Green, 1867), chap. 3, para. 7”. *Ibid.*, p. 323.

a currency they had never enjoyed before.<sup>61</sup>

Para Dicey<sup>62</sup>, o Estado de Direito é um princípio constitucional britânico ao qual se deve atribuir três concepções distintas, porém afins. A primeira delas: "no man is punishable or can lawfully be made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land"<sup>63</sup>. Aqui o *Estado de Direito* é contrastado com todo sistema de governo exercido por pessoas com poderes amplos, arbitrários ou discricionários. A segunda: "no man is above the law, [...] whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals"<sup>64</sup>. Com efeito, todos, absolutamente todos, estão submetidos à lei e todos, absolutamente todos, estão sujeitos à mesma lei expressada nos mesmos tribunais, de que, todavia, para o jurista inglês, não são exemplos os países europeus continentais, como a França, onde os oficiais a serviço do Estado são ou foram até certo ponto isentos da lei ordinária da terra e protegidos da jurisdição dos tribunais comuns. E a terceira e última concepção, assim definida:

'the rule of law' or the predominance of the legal spirit may be described as a special attribute of English institutions. We may say that the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the

<sup>61</sup> "O crédito por cunhar a expressão 'o estado de direito' é normalmente dado ao Professor A. V. Dicey, o Professor Vinerian de Direito Inglês em Oxford, que a usou em seu livro *Uma Introdução ao Estudo do Direito da Constituição*, publicado em 1885. [...] Mas é justo afirmar que, mesmo que ele tenha cunhado a expressão, ele não inventou a ideia que está por trás dela. Um autor rastreou a ideia até Aristóteles, que em uma tradução moderna para o inglês se refere ao estado de direito, embora a passagem traduzida mais literalmente diga: 'É melhor que a lei governe do que um dos cidadãos', e continua: 'então mesmo os guardiões das leis estão obedecendo às leis'. Outro autor aponta que em 1866 o Sr. Justice Blackburn (mais tarde nomeado como o primeiro Lord of Appeal in Ordinary, ou Law Lord) disse: 'É contrário ao estado geral de direito, não apenas neste país, mas em todos os outros, fazer uma pessoa julgar por sua própria causa...'. O mesmo autor aponta que a expressão 'A Supremacia da Lei' foi usada como título de parágrafo em 1867. Portanto, Dicey não aplicou sua tinta em uma tela em branco. Mas a enorme influência de seu livro significava que as ideias geralmente associadas ao império da lei gozavam de uma moeda de que nunca haviam desfrutado antes".

<sup>62</sup> DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 147, 149 e 150. Livro eletrônico.

<sup>63</sup> "Nenhum homem é punível ou legalmente pode vir a sofrer em corpo ou bens, exceto por uma violação distinta da lei estabelecida na forma legal ordinária perante os tribunais ordinários do país".

<sup>64</sup> "Nenhum homem está acima da lei, [...] qualquer que seja sua posição ou condição, está sujeito à lei ordinária do reino e sujeito à jurisdição dos tribunais ordinários".



constitution.<sup>65</sup>

Para além da clássica concepção de Estado de Direito como deferência de todos à supremacia da lei, destaque para o quanto Dicey exalta a tradição jurídico-constitucional inglesa de confiar no processo lento e incremental de tomada de decisão em direito comum, juiz por juiz, de precedente para precedente, caso a caso.

O jurista inglês refere que a Europa continental, embora alcance certo desenvolvimento – que a Inglaterra, por sua vez, conquista já no século XVIII –, não atinge o nível esperado de sujeição universal à mesma lei e ao mesmo tribunal. Na obra *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Dicey credita ao fato de o Estado de Direito traduzir um princípio constitucional inspirado na *law of the land*, que ganha vida nas mãos do magistrado, a intransigência e intolerância em relação a toda e qualquer forma de privilégio legal, seja do Estado, seja dos respectivos representantes. Enquanto nos países europeus continentais os direitos dos indivíduos decorrem ou são garantidos constitucionalmente, na Inglaterra, o Direito faz parte da Constituição e é garantido pelas decisões dos tribunais. Algumas políticas, entre elas a Constituição, são, em território inglês, objeto de contínua produção, pouco a pouco, passo a passo. Logo, não são resultado da legislação, mas sim de contínua construção pretoriana. A Constituição inglesa, segundo o autor, é produto judicial, e não resultado de um ato legislativo. Inexiste, destarte, na Constituição britânica declarações ou definições de direitos tão caros para os europeus continentais. O Direito inglês é aquilo que o juiz diz que é, e não o que o legislador diz ser. Toma, com efeito, o direito à liberdade como exemplo. Enquanto nos países em que o Direito é legislado, o direito à liberdade é garantido pela Constituição, na Inglaterra, por outro lado, tal direito compõe a Constituição porque é garantido pela lei comum da terra<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> “‘O estado de direito’ ou a predominância do espírito jurídico pode ser descrito como um atributo especial das instituições inglesas. Podemos dizer que a constituição é permeada pelo estado de direito com base em que os princípios gerais da constituição (por exemplo, o direito à liberdade pessoal ou o direito de reunião pública) são o resultado de decisões judiciais que determinam o direitos de pessoas privadas em casos particulares apresentados aos tribunais; ao passo que em muitas constituições estrangeiras a garantia (tal como é) dada aos direitos dos indivíduos resulta, ou parece resultar, dos princípios gerais da constituição”.

<sup>66</sup> A respeito, ressalta Riley: “On the continent, all ‘common law of the land’ disappears, whether produced outside the state or outside legislative power; jurisprudence ceases to be a source of law; the creative interpretation of the common lawyer is replaced by a cold neutralisation of the judge’s function” (“No continente, toda a ‘lei comum’ desaparece, seja produzida fora do estado ou fora do poder legislativo; a jurisprudência deixa de ser fonte de direito; a interpretação criativa do advogado comum é substituída por uma neutralização fria da função do juiz”). RILEY, Patrick. **The philosopher’s philosophy of law from the seventeenth century to our days**. A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 10. Dordrecht-Heidelberg-London-New York: Springer, 2009. p. 246. Livro eletrônico.

Os direitos dos ingleses são fortalecidos não só pelo fato de serem naturais, mas de se terem afirmado através de um hábito de liberdade, desconhecido da maior parte dos demais povos. Em solo inglês, os direitos não dependem da Constituição, pois *the law of the constitution* nada mais é do que uma generalização dos direitos que os tribunais asseguram aos indivíduos. Para Dicey, tal distinção não se mostra teleologicamente relevante, uma vez que, de um modo ou outro, o direito do cidadão resta guarnecido em ambos os sistemas jurídicos. Importa reconhecer, isto sim, que, ao se ocupar da construção de constituições a partir de definições ou declarações de direitos, a Europa continental cerra os olhos para a necessidade de fornecer remédios adequados por meio dos quais os direitos proclamados podem ser aplicados. Na Constituição inglesa, por outro lado, há inequívoca conexão entre os meios de fazer valer um direito e o Direito a ser aplicado, a qual, segundo Dicey, é estabelecida pela “força da legislação judicial”. Os ingleses concentram-se muito mais em fornecer soluções para a aplicação de direitos específicos do que legislar direitos. O autor inglês<sup>67</sup> ilustra:

The matter to be noted is, that where the right to individual freedom is a result deduced from the principles of the constitution, the idea readily occurs that the right is capable of being suspended or taken away. Where, on the other hand, the right to individual freedom is part of the constitution because it is inherent in the ordinary law of the land, the right is one which can hardly be destroyed without a thorough revolution in the institutions and manners of the nation. [...] The Habeas Corpus Act may be suspended and yet Englishmen may enjoy almost all the rights of citizens. The constitution being based on the rule of law, the suspension of the constitution, as far as such a thing can be conceived possible, would mean with us nothing less than a revolution.<sup>68</sup>

A propósito, em *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, há a defesa da soberania do parlamento<sup>69</sup> sob um judiciário independente e o Estado de

<sup>67</sup> DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 152-153. Livro eletrônico.

<sup>68</sup> “A questão a ser observada é que, onde o direito à liberdade individual é um resultado deduzido dos princípios da constituição, prontamente ocorre a ideia de que o direito pode ser suspenso ou retirado. Onde, por outro lado, o direito à liberdade individual faz parte da constituição porque é inerente ao direito comum da terra, o direito dificilmente pode ser destruído sem uma revolução completa nas instituições e nos modos da nação. [...] A Lei de Habeas Corpus pode ser suspensa e, no entanto, os ingleses podem gozar de quase todos os direitos dos cidadãos. Sendo a constituição baseada no estado de direito, a suspensão da constituição, tanto quanto tal coisa pode ser concebida como possível, significaria para nós nada menos do que uma revolução”.

<sup>69</sup> “Parliament’ has ‘the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of



Direito. Ao tratar da *Sovereignty of Parliament*, ao lado do *Rule of Law*, como um princípio constitucional inglês, Dicey acaba respondendo àquele primeiro questionamento respeitante à aparente oposição que existe entre um sistema jurídico como o da *Common Law* e a ideia de soberania do parlamento e supremacia da *Civil Law*. Segundo o jurista inglês, a superioridade é a da *law of the land* aplicada pelos tribunais, e não a da lei legislada. Nas palavras do autor<sup>70</sup>, “the supremacy throughout all our institutions of the ordinary law of the land”, “which means at bottom the right of the Courts to punish any illegal act by whomsoever committed, is of the very essence of English institutions”<sup>71</sup>. Já a soberania parlamentar é resultado da transferência gradual de poder da Coroa para o Poder Legislativo, processo que, além de pôr fim aos poderes arbitrários do monarca, preserva intacta e não prejudica a autoridade suprema do Estado. A Supremacia do Parlamento nada mais é do que princípio geral da Constituição inglesa. Cuida-se, pois, de uma construção do direito comum. São os próprios juízes que estabelecem tal princípio, caso a caso. E “a real limit to the exercise of sovereignty is imposed not by the laws of man but by the nature of things”<sup>72, 73</sup>.

---

Parliament” (“Parlamento’ tem ‘o direito de fazer ou desfazer qualquer lei; e, além disso, que nenhuma pessoa ou órgão é reconhecido pela lei da Inglaterra como tendo o direito de anular ou anular a legislação do Parlamento”). DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Indianápolis: Liberty, 1982. p. 20. Livro eletrônico.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 268 e 25.

<sup>71</sup> “A supremacia sobre todas as nossas instituições da lei ordinária do país”, “que significa, no fundo, o direito dos tribunais de punir qualquer ato ilegal por quem quer que tenha cometido, é da própria essência das instituições inglesas”.

<sup>72</sup> “Um limite real para o exercício da soberania é imposto não pelas leis do homem, mas pela natureza das coisas”.

<sup>73</sup> Tom. Bingham, no entanto, discorda da tese de que o princípio da soberania do parlamento é criada pela lei comum definida pelo juiz que os próprios juízes podem alterá-la. Para o magistrado britânico, o princípio da soberania parlamentar foi reconhecido como fundamental na Inglaterra não porque os juízes o inventaram, mas porque há séculos é aceito como tal por juízes e outras pessoas oficialmente interessadas no funcionamento do sistema constitucional inglês. Os juízes não estabeleceram o princípio por si mesmos e não podem, por si mesmos, alterá-lo. Nas palavras do *Baron Bingham of Cornhill*: “The British people have not repelled the extraneous power of the papacy in spiritual matters and the pretensions of royal power in temporal in order to subject themselves to the unchallengeable rulings of unelected judges. A constitution should reflect the will of a clear majority of the people, and a constitutional change of the kind here contemplated should be made in accordance with that will or not at all. As it was put by a Member of Parliament in 1621: ‘the judges are judges of the law, not of the Parliament. God forbid the state of the kingdom should ever come under the sentence of a judge’” (“O povo britânico não repeliu o poder papal em questões espirituais e as pretensões de poder real a fim de se sujeitar às decisões incontestáveis de juízes não eleitos. Uma constituição deve refletir a vontade de uma clara maioria do povo, e uma mudança constitucional do tipo aqui contemplado deve ser feita de acordo com essa vontade ou não. Como foi colocado por um membro do Parlamento em 1621: ‘os juízes são juízes da lei, não do Parlamento. Deus não permita que o estado do reino venha sempre sob a sentença de um juiz’”). (BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 263-264. Livro eletrônico). Riley, pondera, por sua vez, que “For most of the 19th century, the Rule of Law

Para Bingham<sup>74</sup>, o cerne do princípio do estado de direito não deve se estribar na definição de que todas as pessoas e autoridades do Estado, públicas ou privadas, estão submetidas à lei devidamente publicada e em vigor. Até porque o princípio, assim declarado, não é abrangente nem universalmente aplicável. Segundo o *Lord Chief Justice of England and Wales*, o destinatário da lei deve ser capaz, sem dificuldade, de tomar parte dos respectivos direitos e obrigações:

In Britain, [...] There are three main sources which call for consideration. They are, first, laws made by Parliament in duly enacted Acts of Parliament, to which must be added statutory instruments made by ministers or others in the exercise of authority conferred by Act of Parliament. Secondly, there is judge-made law, the decisions made by English or Welsh, Scots or Northern Irish judges laying down rules to govern their decisions in particular cases. The law so made, the common law, can be overridden by statute, but it has a long history, it has not lost its virility with age and in certain fields of law it is the dominant source. The third source is the law of the European Union [...]. It has effect here and overrides both statute and common law in the ever-growing areas to which it applies and is now an important source of law.<sup>75</sup>

O princípio, para Bingham, também expressa que questões de direito e de

---

confirms itself as a purely and typically judicial regime; an expression of a juridical order in which the omnipotence of parliament, though formally acknowledged, is forced to compromise with the substantial intangibility of the “common law of the land,” and in which the execution of the law is still essentially the duty of the jurisdictional function. Administrative authorities distinct from the legislative and the judiciary, and capable of affecting the rights of citizens, find difficulty emerging. Here, where legislative power never expresses all-engaging claims at identifying legislation and law - judge-made law and parliamentary law indeed continue to coexist pacifically - justice is confirmed as a decisive formant of the system of law, maintaining its own traditional role” (“Durante a maior parte do século 19, o Estado de Direito tornou-se um regime puramente e tipicamente judicial; uma expressão de uma ordem jurídica em que a onipotência do parlamento, embora formalmente reconhecida, é forçada a se comprometer com a intangibilidade substancial do ‘direito comum da terra’, e em que a execução da lei ainda é essencialmente um dever do função jurisdicional. As autoridades administrativas distintas do legislativo e do judiciário, e capazes de afetar os direitos dos cidadãos, encontram dificuldades emergentes. Aqui, onde o poder legislativo nunca expressa reivindicações envolventes na identificação da legislação e da lei - a lei feita pelos juízes e a lei parlamentar continuam a coexistir pacificamente - a justiça é fator decisivo do sistema de direito, mantendo seu próprio papel tradicional”). RILEY, Patrick. **The philosopher's philosophy of law from the seventeenth century to our days**. Dordrecht: Springer, 2009. p. 247 (A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 10). Livro eletrônico.

<sup>74</sup> BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 67. Livro eletrônico.

<sup>75</sup> “Na Grã-Bretanha, [...] existem três fontes principais que exigem consideração. Elas são, em primeiro lugar, leis feitas pelo Parlamento em Atos do Parlamento devidamente promulgados, aos quais devem ser adicionados os instrumentos estatutários feitos por ministros ou outros no exercício da autoridade conferida por Lei do Parlamento. Em segundo lugar, existe a lei feita pelos juízes, as decisões tomadas por juízes ingleses ou galeses, escoceses ou irlandeses do norte que estabelecem regras para reger as suas decisões em casos particulares. A lei assim feita, a *common law*, pode ser anulada por estatuto, mas tem uma longa história, não perdeu sua virilidade com a idade e em certos campos do direito é a fonte dominante. A terceira fonte é o direito da União Europeia [...]. Ele tem efeito aqui e substitui tanto o estatuto quanto o direito consuetudinário nas áreas sempre crescentes às quais se aplica e agora é uma importante fonte de direito”. *Ibid.*, p. 67.

responsabilidade legal devem ser resolvidas pela aplicação da lei e não pelo exercício da discricção. Isso não quer dizer que todos os tomadores de decisão, administrativas ou judiciais, sejam privados de toda e qualquer discricção, mas que nenhuma discricção deve ser irrestrita a ponto de se tornar arbitrária. Nenhuma discricção, pois, pode ser legalmente irrestrita.

Outra expressão do princípio corresponde à aplicação igual para todos da *law of the land*, salvo se as diferenças objetivas justificarem a diferenciação.

Tem-se, ainda, segundo o escritor e magistrado inglês, o viés segundo o qual os poderes conferidos a agentes e servidores públicos devem ser exercidos de acordo com a boa-fé, de maneira (naturalmente) justa, para os fins devidamente concebidos, sem exceder os limites do razoável. Se o executivo agir em desconformidade com as leis, e resultar afastada a presunção de legalidade, caberá ao *judicial review* auditar a legalidade, nem mais, nem menos. Não se espera, pois, que a decisão seja tomada por algum juiz que possa pensar que conhece melhor. “If the judges were themselves to exercise powers which properly belong elsewhere it would be a usurpation of authority and they would themselves be acting unlawfully”<sup>76</sup>. Ao exercer adequadamente o poder judicial, os juízes exercem o poder constitucional que o Estado de Direito exige que eles exerçam. “This is the inescapable consequence of living in a state governed by the rule of law. There are countries in the world where all judicial decisions find favour with the powers that be, but they are probably not places where any of us would wish to live”<sup>77,78</sup>

Dicey, embora trate na obra *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* das liberdades civis, não inclui os direitos humanos propriamente ditos no conceito de Estado de Direito. Fato que não passa despercebido da crítica sob o argumento geral de que “A non-democratic legal system, based on the denial of human rights, [...] may, in principle, conform to the requirements of the rule of law better than any of the legal systems of the more enlightened Western democracies”<sup>79</sup>. No entanto,

---

<sup>76</sup> “Se os próprios juízes exercessem poderes que lhe são estranhos, usurpariam da autoridade e eles próprios estariam agindo ilegalmente”. BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 67. Livro eletrônico.

<sup>77</sup> “Esta é a consequência inevitável de se viver sob a égide do Estado de Direito. Existem países no mundo onde todas as decisões judiciais encontram o favor dos poderes constituídos, mas provavelmente não são lugares onde qualquer um de nós gostaria de viver”. *Ibid.*, p. 67.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>79</sup> “Um sistema jurídico não democrático, baseado na negação dos direitos humanos, [...] pode, em princípio, estar em conformidade com os requisitos do Estado de Direito melhor do que qualquer um dos sistemas jurídicos das democracias ocidentais mais esclarecidas”. RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Oxford University Press, 1979. p. 211.

Bingham não vê como um Estado que não respeite os direitos humanos possa estar de acordo com o Estado de Direito. O fato de os Estados decidirem quais direitos são protegidos por lei e que sanções serão impostas em caso de violação não significa que há um consenso universal sobre os direitos e liberdades que são fundamentais, mesmo entre as nações mais desenvolvidas. As sociedades geralmente definem padrões que devem ser seguidos. É possível identificar nos países civilizados os direitos e liberdades vistos como fundamentais, e o Estado de Direito, como não poderia deixar de ser, exige que tais direitos sejam protegidos. Segundo o magistrado inglês<sup>80</sup>,

the common law and statute have for many years given a measure of protection to such rights; [...] there were gaps in such protection; [...] the rights and freedoms embodied in the European Convention on Human Rights, given direct effect in this country by the Human Rights Act 1998, are in truth 'fundamental', in the sense that they are guarantees which no one living in a free democratic society such as the UK should be required to forgo; [...] protection of these rights does not, as is sometimes suggested, elevate the rights of the individual over the rights of the community to which he belongs.

Outra implicação do princípio do estado de direito é a de que todos estão vinculados e têm direito à proteção da lei, bem como, na pior das hipóteses, notadamente porque dispendioso<sup>81</sup> e demorado<sup>82</sup>, recorrer ao tribunal. Segundo

---

<sup>80</sup> “A lei consuetudinária e o estatuto têm dado, por muitos anos, uma medida de proteção a tais direitos; [...] havia lacunas nessa proteção; [...] os direitos e liberdades consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com efeito direto neste país pelo *Human Rights Act* de 1998, são na verdade 'fundamentais', no sentido de que são garantias que ninguém que vive em uma sociedade democrática livre como o Reino Unido deve ser obrigada a renunciar; [...] a proteção desses direitos não eleva, como às vezes se sugere, os direitos do indivíduo acima dos direitos da comunidade à qual ele pertence”. BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 110-111. Livro eletrônico.

<sup>81</sup> “It has been said, with heavy irony, that justice in the UK is open to all, like the Ritz Hotel. This is not a new complaint. Three hundred and fifty years ago it was said: ‘Every man complains of the horrible delays in matters of justice... The remedy is worse than the disease... A man must spend above £10 to recover £5’” (“Já foi dito, com grande ironia, que a justiça no Reino Unido está aberta a todos, como o hotel Ritz. Esta não é uma reclamação nova. Há trezentos e cinquenta anos foi dito: ‘Todo homem reclama dos horríveis atrasos em matéria de justiça... O remédio é pior do que a doença... Um homem deve gastar mais de £ 10 para recuperar £ 5’”). *Ibid.*, p. 140.

<sup>82</sup> “It is a familiar aphorism, attributed to Gladstone, that ‘justice delayed is justice denied’, and King John famously pledged in Magna Carta that he would neither deny nor delay justice. But four centuries later Hamlet even more famously listed ‘the law’s delay’ as one of the reasons for committing suicide, and any litigant in the early nineteenth-century Court of Chancery, as accurately depicted by Dickens in *Bleak House*, could be forgiven for taking the step from which Hamlet drew back” (“É um aforismo conhecido, atribuído a Gladstone, que ‘justiça atrasada é justiça negada’, e o rei João prometeu, na Carta Magna, que não negaria nem atrasaria a justiça. Mas quatro séculos depois, Hamlet listou ‘o atraso da lei’ como uma das razões para se cometer suicídio, e qualquer litigante no Tribunal de Chancelaria do início do século XIX, conforme descrito com precisão por Dickens em *Bleak House*, poderia ser perdoado por tomar o degrau de onde Hamlet recuou”). *Ibid.*, p. 142.

Bingham, a negativa de prestação jurisdicional ao litigante pobre e o atraso no préstimo de tal serviço público são grandes inimigos do Estado de Direito.

Outra exigência essencial do Estado de Direito é o direito a um julgamento justo. Justiça significa justiça para ambos os lados, não apenas para um. A paridade de armas é fundamental. E justiça, na visão de Bingham, é um conceito em constante evolução, não congelado no tempo<sup>83</sup>.

Para além de tudo isso, em um Estado de Direito deve ser garantida a independência de todos os tomadores de decisão judicial, especialmente em relação ao governo, de modo que reste preservada, acima de tudo, a integridade dos provimentos.

Por último, Bingham sustenta que o Estado de Direito exige o cumprimento pelo Estado das obrigações assumidas nos planos internacional e nacional. Não obstante disponha das próprias regras e instituições, o Direito Internacional é complementar às leis nacionais dos estados e de nenhuma maneira antagônico a elas, pois se baseia em princípios semelhantes e busca fins semelhantes. “The interrelationship of national law and international law, substantively and procedurally, is such that the rule of law cannot plausibly be regarded as applicable on one plane but not on the other”<sup>84</sup>.

Em chão britânico, o Estado de Direito fez-se, ao lado da Soberania Parlamentar, um verdadeiro princípio de índole constitucional, inspirado na *law of the land*, que ganha corpo nas decisões dos tribunais.

## 2.6 État Légal, Rousseau e État de Droit

Enquanto o inglês Locke assegura que o poder soberano está nas mãos dos parlamentares, o suíço Rousseau defende que o poder soberano da sociedade civil deve estar nas mãos do povo (da *vontade geral*), que o exerce diretamente. Segundo Rousseau<sup>85</sup>,

---

<sup>83</sup> “A time is unlikely to come when anyone will ever be able to say that perfect fairness has been achieved once and for all, and in retrospect most legal systems operating today will be judged to be defective in respects not yet recognized” (“É improvável que chegue um tempo em que alguém seja capaz de dizer que a justiça perfeita foi alcançada de uma vez por todas e, em retrospecto, a maioria dos sistemas jurídicos que operam hoje serão considerados defeituosos em aspectos ainda não reconhecidos”) BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 147. Livro eletrônico.

<sup>84</sup> “A inter-relação do direito nacional e do direito internacional, substantiva e processualmente, é tal que o estado de direito não pode ser plausivelmente considerado aplicável em um plano, mas não no outro”. *Ibid.*, p. 193.

<sup>85</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Princípios do direito político. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 114.



Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre, mas está redondamente enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que estes são eleitos, ele é escravo, não é nada. Nos breves momentos de sua liberdade, pelo uso que dela faz bem merece perdê-la.

De toda sorte, a *Sovereignty of Parliament* permanece prestigiada nos trabalhos de ambos os filósofos modernos. Independentemente de quem detém a prerrogativa de ditar os rumos da nação, se o povo ou os respectivos representantes, é no parlamento que tal poder é efetivamente exercido.

O *État Légal* que entra em cena na França no final do século XVII tem, destarte, na *Soberania do Parlamento* e na então já prestigiada teoria da separação dos poderes os fundamentos de acordo com os quais a autoridade administrativa deve, em qualquer circunstância, seguir, sem excessos, as diretrizes legislativas. Não faria sentido algum, ao depois, admitir-se, sob tal premissa, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos<sup>86</sup>.

Em Rousseau, os homens, ao viverem em sociedade, deixam a apolítica ou pré-estatal *liberdade natural* para trás, em troca da liberdade civil, controlada por leis elaboradas por eles próprios. A liberdade do cidadão passa a depender da proteção estatal; eclodido o *estado de guerra na sociedade nascente* – fruto dos vícios e das inclinações do homem –, o indivíduo só vem a ser considerado livre a partir do momento em que vive em sociedade civil.

---

<sup>86</sup> Laquière recorda que “the principle of the separation of powers, since 1789, prohibited the judge from interfering with the legislative function. French public law continued to be dominated by the fear that a political judge might usurp power” (“o princípio da separação de poderes, desde 1789, proibia o juiz de interferir na função legislativa. O direito público francês continuou a ser dominado pelo medo de que um juiz político pudesse usurpar o poder”) (LAQUIÈZE, Alain. *État de droit and national sovereignty in France*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The rule of law**. History, theory and criticism. Dordrecht: Springer, 2007. p. 270-271. (Law and Philosophy Library, v. 80). Livro eletrônico). A propósito, anota Sarlet, que “O Poder Judiciário, objeto de desconfiança dos revolucionários, e que se reflete, de certo modo, até os dias atuais, foi relegado a mero aplicador do direito legislado, de tal sorte que, para a concretização da máxima de Rousseau, segundo a qual a lei é a expressão da vontade geral, apenas ao Poder Legislativo era dada a competência de explicitar o sentido das suas próprias prescrições, o que, por sua vez, contribuiu para que apenas já no último quartel do século XX o Conselho Constitucional, órgão a que incumbe, na França, o controle de constitucionalidade das leis, passasse a assumir um papel mais efetivo e mais próximo de uma autêntica jurisdição constitucional, capaz de assegurar a supremacia da Constituição em relação ao direito infraconstitucional, o que também é aspecto que constitui uma diferença essencial em relação à tradição do constitucionalismo norteamericano e mesmo, na fase posterior à Segunda Guerra Mundial, da experiência da maioria dos Estados que apostaram na criação de Tribunais Constitucionais de perfil jurisdicional, como foi o caso da Alemanha”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. não paginado. Livro eletrônico).

Em que pese em momento algum tenha o filósofo defendido propostas revolucionárias, é nítida a inspiração da teoria de Rousseau na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Com efeito, nos três primeiros artigos, identificados por Bobbio<sup>87</sup> como o *Núcleo Doutrinário da Declaração*, encontra-se referido, sucessivamente, que a condição natural dos indivíduos antecede a formação da sociedade civil, que a sociedade política sucede (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) o estado de natureza e que a nação é legitimada ao exercício do poder<sup>88</sup>. Outra inegável influência de Rousseau está na referência, no artigo 6º da Declaração francesa<sup>89</sup>, à “vontade geral” como titular do poder legislativo.<sup>90</sup>

Na visão rousseuista, o próprio povo (a *vontade geral*) autogoverna-se outorgando-se diretamente as leis, sem a mediação de representantes. Enquanto governado, o indivíduo é um “súdito” livre porque, obedecendo a própria lei, obedece a si mesmo. Daí a razão pela qual a lei jamais haverá de ser tachada de injusta, já que ninguém é injusto para consigo próprio; nem mesmo livre e ao mesmo tempo submisso à própria lei.<sup>91</sup>

Rousseau assevera que o *contrato social* elege o Poder Legislativo como efetivo protagonista. Acaba sendo criado, em verdade, o órgão autor do Direito (*ius*

<sup>87</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 43. Livro eletrônico.

<sup>88</sup> Excertos do denominado *Núcleo Doutrinário* merecem amplo destaque: “Artigo 1º - **Os homens nascem e são livres e iguais em direitos**. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum. Artigo 2º - **O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem**. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Artigo 3º - **O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação**. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que daquela não emane expressamente”. FRANÇA. Assembleia Nacional Constituinte. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Brasília, DF, 13 jan. 2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 5 jul. 2020.

<sup>89</sup> “Artigo 6º - A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. FRANÇA, *op. cit.*

<sup>90</sup> Bobbio, Matteucci e Pasquino elegem Rousseau o teórico do princípio da soberania popular, de sorte que “a idéia de que o Estado se constitui num domínio pessoal do príncipe é substituída pela idéia de que o Estado pertence ao povo, definido como um conjunto de cidadãos e não de súditos”. BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. Nacionalismo. *In*: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998. v. 1, p. 800 e 1.299.

<sup>91</sup> “É, pois, incontestável, e é a máxima de todo o direito político, que os povos deram a si mesmos chefes para defender sua liberdade e não para os sujeitar. Se temos um príncipe, - dizia Plínio a Trajano, - é para nos preservar de ter um senhor”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. Tradução: Maria Lacerda de Moura. [S. l., 2020?], Ridendo Castigat Mores, p. 120. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

*quia iussum*). De fato, o nascimento do Estado Moderno convergiu para o processo de estatização do Direito e de juridificação do Estado. Devido à monopolização estatal da produção jurídica, passou-se a não existir, na Europa continental, outro Direito além do estatal e outro Estado além do jurídico, resumindo-se a lei na única fonte – direta, por assim dizer – do Direito.<sup>92</sup>

No liberalismo ético de Rousseau, a lei é a forma privilegiada de manifestação da soberania popular, votada diretamente pelo povo reunido em assembleia. A lei é a personificação do culto genuíno da liberdade civil e política – que é garantida, e não limitada, pelo Estado –, além do que a principal arma contra o despotismo. Parte-se do pressuposto de que as leis racionais podem e devem ser escritas e impostas como leis positivas e rigorosamente aplicadas pelos administradores públicos e juízes. Afinal, segundo Rousseau<sup>93</sup>,

---

<sup>92</sup> Nedzel leciona que “After the Revolution, the focus was on the unity of the Legal State as an embodiment of Rousseau’s General Will (*volonté générale*). The Revolutionaries’ view of government was necessarily instrumentalist – government was an enterprise association whose proper role was to totally transform France politically, legally, and socially, to overthrow the nation’s institutions, and to break with a thousand years of history. The 1789 French Declaration of the Rights of Man and Citizen, the founding document of the Revolution, proclaimed rights that the French had never previously possessed. It was strikingly different from the U.S. Bill of Rights the purpose of which was to protect individuals and minorities from the tyranny of an oppressive majority or government. The French Declaration was founded on the fear that self-interested individuals and ‘particularistic’ minorities (factions) could disrupt the General Will (i.e. disrupt the harmony and collective well being of the nation). Thus its purpose was to protect the majority against minorities and individuals. The French revolutionaries feared stagnation, not the concentration of power. They believed that the separation of powers and checks and balances would thwart the radical steps needed to restructure society, and were therefore inappropriate. In 1790, the National Assembly prohibited judicial tribunals from interfering with the exercise of legislative power and from attempting to suspend the execution of the laws” (“Após a Revolução, o foco foi na unidade do Estado Legal como uma personificação da Vontade Geral de Rousseau (*volonté générale*). A visão dos revolucionários sobre o governo era necessariamente instrumental - o governo era uma associação empresarial cujo papel adequado era transformar totalmente a França política, legal e socialmente, derrubar as instituições da nação e romper com mil anos de história. A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o documento fundador da Revolução, proclamou direitos que os franceses nunca haviam possuído anteriormente. Era muito diferente da Declaração de Direitos dos EUA, cujo objetivo era proteger os indivíduos e as minorias da tirania de uma maioria ou governo opressor. A Declaração Francesa foi fundada no medo de que indivíduos com interesses próprios e minorias ‘particularistas’ (facções) pudessem perturbar a Vontade Geral (ou seja, perturbar a harmonia e o bem-estar coletivo da nação). Assim, seu objetivo era proteger a maioria contra minorias e indivíduos. Os revolucionários franceses temiam a estagnação, não a concentração de poder. Eles acreditavam que a separação de poderes e freios e contrapesos impediria os passos radicais necessários para reestruturar a sociedade e que, portanto, eram inadequados. Em 1790, a Assembleia Nacional proibiu os tribunais judiciais de interferir no exercício do poder legislativo e de tentar suspender a execução das leis”). NEDZEL, Nadia E. *Rule of law v. legal state: where have we come from, where are we going to?* In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARENBOIM, Peter D. (ed.). **The legal doctrines of the rule of law and the legal state (*rechtsstaat*)**. Dordrecht: Springer, 2014. p. 294. (*Ius gentium: comparative perspectives on law and justice*, v. 38). Livro eletrônico.

<sup>93</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Princípios do direito político. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 45-46.



Pelo pacto social demos existência e vida ao corpo político. Trata-se agora de dar-lhe o movimento e a vontade pela legislação.

[...] Há, por certo, uma justiça universal que emana unicamente da razão, porém essa justiça, para ser admitida entre nós, precisa ser recíproca. [...] Por conseguinte, tornam-se necessárias convenções e leis para unir os direitos aos deveres e conduzir a justiça ao seu fim. [...] no estado civil, [...] todos os direitos são estabelecidos pela lei.

Isso não significa, todavia, que Rousseau negue importância “aos usos, aos costumes e sobretudo à opinião”. Pelo contrário. Na obra *Contrato Social*, o filósofo refere-se “aos usos, aos costumes e sobretudo à opinião” como a espécie de lei “mais importante de todas, que não se grava nem no mármore nem no bronze, porém nos corações dos cidadãos; que faz a verdadeira constituição do Estado”. Segundo ele, esta “parte desconhecida de nossos políticos, mas da qual depende o sucesso de todas as demais” é a “parte de que o grande legislador se ocupa em segredo”. Porém, como se pode perceber, sob tal ótica, os usos, costumes... opiniões, não fornecem o Direito propriamente dito; são, isto sim, fontes de que se serve o legislador para a produção das leis, via de consequência, para a criação do Direito. São fontes da lei, e não normas jurídicas propriamente ditas.<sup>94</sup>

O filósofo suíço também define o que é e deve ser objeto da lei. Para ele, o desígnio legal é sempre geral. Os cidadãos são considerados coletivamente e as ações, abstratamente. A lei pode, assim, estatuir privilégios, contanto que não se refira nomeadamente a ninguém<sup>95</sup>. Riley<sup>96</sup> aprofunda a discussão:

<sup>94</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Princípios do direito político. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 66.

<sup>95</sup> Destaque para a parte final do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a demonstrar sobremaneira a influência teórica de Rousseau para o evento: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”; assim como para o artigo 12 da Declaração, *in totum*: “A garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada”.

<sup>96</sup> “Só as leis gerais, a criação de uma vontade geral (soberania), podem reger o interesse comum. As leis devem ser perfeitamente gerais porque a vontade geral que as faz ‘perde sua retidão natural quando dirigida a qualquer objeto individual e determinado’. O soberano (o povo quando ativo, quando deseja a lei fundamental) deve fazer tal lei: ‘[O] povo sujeito às leis deve ser seu autor; apenas aqueles que estão formando uma associação têm o direito de determinar as condições dessa sociedade.’ Mas se a lei fundamental é a criação de uma vontade geral, como tal acontecerá? Não pode ser a soma de vontades individuais, pois ‘a vontade particular tende por sua natureza à parcialidade’, e essa parcialidade tem sido a fonte de ‘calamidades’ modernas. A lei deve ser desejada por aqueles que estão sujeitos a ela, pois a vontade é a fonte da obrigação. No entanto, meras vontades nunca podem produzir generalidade, e a lei deve ser perfeitamente geral, o que só pode acontecer ‘quando todo o povo legisla para todo o povo’”. RILEY, Patrick. **The philosopher’s philosophy of law from the seventeenth century to our days**. Dordrecht: Springer, 2009. p. 189-190. (A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 10). Livro eletrônico.

only general laws, the creation of a general will (sovereignty), can govern the common interest. Laws must be perfectly general because the general will that makes them 'loses its natural rectitude when directed toward any individual and determinate object'. The sovereign (the people when active, when willing fundamental law) must make such a law: '[T]he people subject to the laws should be their author; only those who are forming an association have the right to determine the conditions of that society'. But if fundamental law is the creation of a general will, how does such a will come about? It cannot be the sum of individual wills, for 'the particular will tends by its nature to partiality', and this partiality has been the source of modern 'calamities'. Law must be willed by those subject to it, for will is the source of obligation. Yet, mere wills can never yield generality, and law must be perfectly general, which can happen only 'when the whole people legislates for the whole people'.

Se, conforme visto, na tradição anglo-saxã, o *legalismo*, a *legolatria*, nas palavras de Grossi, não penetra nem sufoca a experiência jurídica inglesa, a qual, conforme se pode notar, em momento algum deixa de ser plural, por outro lado, na Europa continental, sobretudo na França dos séculos XVII a XIX, impregna-se de tal forma que a lei passa a ser vista como a única fonte oficial do Direito. Alcança-se tal panorama especialmente porque, segundo Grossi<sup>97</sup>,

una abilissima propaganda entra in campo a tessere un sonoro elogio della legge. Questa, provenendo da un modello, da un personaggio simbolico, non ha nulla della odiosità che proverrebbe dal comando di un uomo in carne ed ossa e dal vincolo di dipendenza personale che provocherebbe. Essa è soltanto espressione della 'ragione umana' (secondo l'indicazione di Montesquieu) o della 'volontà generale' (secondo la connotazione fortunata di Rousseau). L'obbedienza che le si deve non lede la libertà del cittadino consistente unicamente nella sicurezza dalla violenza altrui, quella sicurezza che la sola legge può garantire con i suoi comandi generali, astratti e rigidi. E, proprio perché si tratta di comandi generali e astratti, servire la legge è esattamente l'opposto che servire un uomo.

Se o *État Légal* busca estabelecer bases legais para a onipotência do monarca, o *État de Droit*, séculos mais tarde, avança em termos de teoria do estado de direito

---

<sup>97</sup> "Uma propaganda muito habilidosa entra em campo para tecer um elogio retumbante à lei. Esta, vindo de um modelo, de um caráter simbólico, nada tem do ódio que viria do comando de um homem de carne e osso e do vínculo de dependência pessoal que isso causaria. É apenas uma expressão da 'razão humana' (segundo a indicação de Montesquieu) ou da 'vontade geral' (segundo a conotação afortunada de Rousseau). A obediência que lhe é devida não afeta a liberdade do cidadão que consiste unicamente na proteção contra a violência alheia, aquela segurança que só a lei pode garantir com seus mandamentos gerais, abstratos e rígidos. E, justamente por serem mandamentos gerais e abstratos, servir à lei é exatamente o oposto de servir a um homem". GROSSI, Paolo. **L'Europa del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2011. p. 111. Livro eletrônico.

francês para impor limites ao poder do Estado e, em particular, limitar a onipotência do parlamento.

De acordo com o novo panorama, a teoria da soberania parlamentar atribui poder de natureza *quase-real* aos órgãos representativos que elaboram as leis. Laquière<sup>98</sup>, com efeito, acentua que “The public law scholars [...] underlined the weakness of the French state, dominated as it was by the theory of national sovereignty and legislation as expression of the general will”<sup>99</sup> pois “This theory undermined the safeguard of individual freedom”<sup>100</sup>. Daí a elaboração do “concept of *État de droit*, which was intended to be not merely 'a weapon against the system of the legal state' but also fertile terrain for a considered reflection on the legal nature of the state and its relationships with law”<sup>101</sup>.

O sistema do *État Légal* vincula-se a um cenário político em que o governo é constringido a buscar a legitimidade e a fonte primária da respectiva atividade em um ato legislativo. Já o sistema do *État de Droit* traça objetivos teóricos ainda mais amplos, destacando-se entre eles a sujeição da legislação a regras constitucionais, a impedir, por exemplo, que a soberania popular se torne a soberania das assembleias a partir da identificação entre nação e respectivos representantes. A doutrina do *État de Droit* busca anular, antes e acima de tudo, o poder ilimitado do parlamento tracejado pelo *État Légal* no embalo da teoria da soberania parlamentar, em que não há dissociação entre nação, Estado e lei. Hayek<sup>102</sup> esclarece que a

ideia de que não há limites aos poderes do legislador é, em parte, fruto da soberania popular e do governo democrático. Ela tem sido fortalecida pela crença de que, enquanto todas as ações do estado forem autorizadas pela legislação, o estado de Direito será preservado. Mas isso equivale a interpretar de forma totalmente falsa o significado do estado de Direito. Não tem esta relação alguma com a questão da legalidade, no sentido jurídico, de todas as ações do governo. Elas podem ser legais, sem no entanto se conformarem ao estado de

<sup>98</sup> LAQUIÈRE, Alain. *État de droit and national sovereignty in France*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The rule of law**. History, theory and criticism. Dordrecht: Springer, 2007. p. 267. (Law and Philosophy Library, v. 80). Livro eletrônico.

<sup>99</sup> “Os estudiosos do direito público [...] sublinharam a fragilidade do Estado francês, dominado que era pela teoria da soberania nacional e da legislação como expressão da vontade geral”.

<sup>100</sup> “Esta teoria minou a salvaguarda da liberdade individual”. *Ibid.*

<sup>101</sup> “Conceito de *État de droit*, que pretendia ser não apenas ‘uma arma contra o sistema do Estado legal’, mas também um terreno fértil para uma reflexão ponderada sobre a natureza jurídica do Estado e suas relações com a lei”. *Ibid.*

<sup>102</sup> HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 169. Livro eletrônico.

Direito.

Inexiste, sob a ótica da mais jovem teoria jurídica francesa, limitação parlamentar se o Estado é obrigado a respeitar a lei que o próprio parlamento cria. Para tanto, consolida-se uma estrutura hierárquica de normas que não apenas estabelece a subordinação dos atos administrativos à lei, mas também submete a legislação à Constituição ou mesmo a uma declaração de direitos com valor supraconstitucional. Nas palavras de Laquière<sup>103</sup>,

While in the *État legal* the respect for the hierarchy of norms was founded on the principle of legality, in the *État de droit* this respect rests on a 'principle of constitutionality', which has replaced legality. Legislation is no longer 'the source of the sources'; rather, it is 'no longer anything but one source among many others' (Alessandro Pizzorusso). The constitution has become the central text that distributes the normative competences, under the surveillance of the constitutional judge, a situation which prevents legislators from freely extending or restricting their own competences as they did before. This is, then, quite distant from the theory of national sovereignty, understood as a theory of parliamentary sovereignty.<sup>104</sup>

Em território francês, a compreensão de Estado de Direito contemporânea à Revolução Burguesa, fortemente influenciada, pois, pela filosofia da *vontade geral* rousseauista e da teoria da soberania parlamentar já enaltecida em terras inglesas um século antes, mostra-se deveras reduzida, amarrada ao conceito de lei em sentido estrito. Ponto de a respectiva teoria jurídica confundir-se com *Estado de Leis*. Assim encerrada, o sistema jurídico concentrado exclusivamente na legislação passa a ser a única forma de expressão da vontade geral. O idealizado controle estatal exercido diretamente pelo povo, via parlamento, não encontra até então doutrina (constitucional) no sentido de que o Direito resumido à legislação tende a pender a balança montesquieuniana para o arbítrio parlamentar.

<sup>103</sup> LAQUIÈRE, Alain. *État de droit and national sovereignty in France*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The rule of law**. History, theory and criticism. Dordrecht: Springer, 2007. p. 278. (Law and Philosophy Library, v. 80). Livro eletrônico.

<sup>104</sup> "Enquanto no *État legal* o respeito pela hierarquia das normas se baseava no princípio da legalidade, no *État de droit* esse respeito repousa sobre um 'princípio de constitucionalidade', que substituiu a legalidade. A legislação não é mais 'a fonte das fontes'; em vez disso, 'nada mais é do que uma fonte entre muitas outras' (Alessandro Pizzorusso). A constituição passou a ser o texto central que distribui as competências normativas, sob a supervisão do juiz constitucional, situação que impede o legislador de estender ou restringir livremente as próprias competências como antes. Isso está, então, muito distante da teoria da soberania nacional, entendida como uma teoria da soberania parlamentar".

## 2.7 Kant, Kelsen e o Rechtsstaat

O termo *Rechtsstaat*, embora não corresponda à expressão inglesa “rule of law”<sup>105</sup>, também é acobertado pelo pensamento liberal. Na lição de Riley<sup>106</sup>,

Both the ‘Rechtsstaat’ and the Rule of Law indeed interrogate themselves as to compatibility between sovereignty and rights, and seek legal guarantees for individual rights; they both take part in the general spread of a markedly individualistic political anthropology; they acknowledge a general presumption of freedom, as well as the primacy of individual property.

Hayek<sup>107</sup> assevera que, em verdade, o sentido mais abrangente e mais antigo do conceito de Estado de Direito ou Supremacia do Direito é melhor desenvolvido nos embates filosóficos a respeito da natureza do *Rechtsstaat* travados na Alemanha no início do século XIX, justamente por suscitar problemas que naquele país são novos. Gozzi<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> “While both emphasize that the law must apply equally to all, the terms *legal state*, *état de droit*, or *rechtsstaat* refer to a state that rules using statutory law enacted by a democratic parliament. Thus, such a state is ruled *through* or *by* law. This is distinct from a state that is itself subject to the rule of law, which refers to the use of both customary and institutional means to protect individual liberties and limit governmental powers. [...] an underlying respect for practice, not legal theory; an understanding that the proper purpose of the government is to protect citizens’ rights in a non-instrumental way” (“Embora ambos enfatizem que a lei deve ser aplicada igualmente a todos, os termos *legal state*, *état de droit* ou *rechtsstaat* referem-se a um estado que governa usando a lei estatutária promulgada por um parlamento democrático. Assim, tal estado é regulamentado por meio de lei. Isso é diferente de um estado que está sujeito ao estado de direito, que se refere ao uso de meios consuetudinários e institucionais para proteger as liberdades individuais e limitar os poderes governamentais. [...] um respeito subjacente pela prática, não pela teoria jurídica; um entendimento de que o propósito adequado do governo é proteger os direitos dos cidadãos de uma forma não instrumental”). NEDZEL, Nadia E. Rule of law v. legal state: where have we come from, where are we going to? *In*: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARENBOIM, Peter D. (ed). **The legal doctrines of the rule of law and the legal state (rechtsstaat)**. Dordrecht: Springer, 2014. p. 289-290. (Ius gentium: comparative perspectives on law and justice, v. 38). Livro eletrônico.

<sup>106</sup> “Tanto o ‘Rechtsstaat’ como o Estado de Direito interrogam-se sobre a compatibilidade entre soberania e direitos e procuram garantias jurídicas para os direitos individuais; ambos participam da difusão geral de uma antropologia política marcadamente individualista; eles reconhecem uma presunção geral de liberdade, bem como a primazia da propriedade individual”. RILEY, Patrick. **The philosopher’s philosophy of law from the seventeenth century to our days**. Dordrecht: Springer, 2009. p. 245-246. (A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 10). Livro eletrônico.

<sup>107</sup> HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. p. 175. Livro eletrônico.

<sup>108</sup> “Se na Inglaterra os direitos - como afirmava Dicey - resultavam de decisões judiciais que contribuíram para a formação da ‘lei da terra’, nos estados alemães a interpretação dos direitos variou de país para país e passou por um complexo processo evolutivo caracterizado, por um lado, pela passagem da doutrina do direito natural para a doutrina do direito positivo e, por outro, pela substituição da perspectiva liberal por uma visão essencialmente conservadora na segunda metade do século, que, por sua vez, foi marcada pela primazia do estado sobre a lei”. GOZZI, Gustavo. Rechtsstaat and individual rights in german constitutional history. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The rule of law**. History, theory and criticism. Dordrecht: Springer, 2007. p. 240. (Law and Philosophy Library). Livro eletrônico.

explica:

If in England, rights – as Dicey claimed – were the result of judicial decisions that had contributed to forming the ‘law of the land’, in the German states, the interpretation of rights varied from country to country and underwent a complex evolutionary process characterized, on the one hand, by the passage from natural law doctrine to positive law doctrine and, on the other, by the replacement of the liberal perspective with an essentially conservative view in the second half of the century, which was in turn marked by the primacy of the state over law.

A filosofia de Immanuel Kant está por trás do pensamento liberal que predomina em boa parte do Estado de Direito alemão no início do século XIX. Há muitas convergências com o pensamento de Rousseau, e também mais reformulações do que propriamente divergências.

Da mesma forma que o filósofo suíço, o prussiano Kant defende que os direitos naturais são inerentes à vida humana, porém, o efetivo exercício de tais direitos depende de cobertura estatal. Para tanto, os indivíduos, em estado de natureza, “contratam” entre si o uso da força em sociedade. Estabelece-se um teórico e hipotético, contudo, racional contrato em que as pessoas (*a vontade unificada do povo*) prometem se submeter a uma ordem comum em troca de melhores condições de autodeterminação. Renuncia-se à liberdade para readquiri-la imediatamente enquanto membros de uma comunidade política.

No entanto, para o filósofo prussiano, o estado de natureza, além de caótico e inseguro, é provisório, pois a respectiva efetividade reclama a implementação de uma força pública instrumentalizada por meio do Direito positivo. E o que gera a necessidade de organização pública de uma força não é a eclosão, na *sociedade nascente*, do *estado de guerra* rousseauísta promotora da dilaceração dos direitos de liberdade e igualdade, mas a própria exigência moral, que existe no interior de cada ser humano, de proteção e efetivação dos direitos naturais. Os seres racionais veem-se moralmente compelidos a organizar uma força comum para substituir a violência do estado de natureza. Kant retoma a tradição aristotélica de justiça distributiva à medida que a justiça comutativa, face sobretudo às fragilidades humanas, se mostra insuficiente para proteger e consagrar os direitos naturais.

Ainda segundo o filósofo prussiano, desde que o poder legislativo repercute a “vontade unificada do povo” expressada diretamente ou por representantes, não

interessa quem, de fato, produz as leis: se o monarca, um grupo de indivíduos, ou todos os cidadãos reunidos em assembleia. Concordando em certa medida com Rousseau, Kant considera republicano o governo, seja ele aristocrático, monárquico ou democrático, em que a lei é protagonista, independentemente de qualquer individualidade, e tem, por conseguinte, na liberdade o princípio condutor.

Em Kant, Direito positivo é sinônimo de Direito público, que, por sua vez, é de Direito do Estado. Já os Direitos privados são os naturais. O Direito positivo expressa o núcleo natural, fornecendo-lhe proteção e efetivação<sup>109</sup>. Articulado com o Direito natural, o Direito público fornece a *condição jurídica* para o exercício dos direitos naturais. O filósofo não se ocupa das relações que as pessoas estabelecem sob o olhar da lei, mas da estrutura social constituída pelas leis e que formam o Estado. É nesse cenário estatal do Direito que se desenvolve o conceito de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) em terras alemãs.

Porém, ao longo do século XIX, a doutrina kantiana do direito natural (direitos originais) defensora do caráter pré-estatal e inalienável dos direitos acaba perdendo espaço mesmo entre os liberais – sobretudo entre os positivistas defensores da superioridade da Constituição entre as fontes da lei –, os quais acabam aderindo ao princípio monárquico que garantia os direitos dos indivíduos (direitos dos cidadãos) na sociedade civil e, mais tarde, soterrados de vez pela doutrina conservadora.

Como se vê, a doutrina alemã do *Rechtsstaat* gradualmente lança as bases dos direitos na legislação através da representação. O poder legislativo torna possível garantir os direitos do povo, colocando-os como limites naturais ao poder estatal. A representação popular finda estabelecendo, via Constituição, a relação entre os direitos fundamentais e o legislador. Assim, os direitos são concedidos pela Constituição, e não estabelecidos naturalmente, sem a intervenção do Estado.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Kant ocupa-se da *liberdade negativa*. Não admite, pois, interferência do Estado nem proteção estatal insuficiente. Já o jurista alemão Robert von Mohl, que, na obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen der Rechtsstaates* (1844), acaba popularizando o termo *Rechtsstaat* cunhado por Johan Wilhelm Placidus na obra *Litteratur der Staatslehre* (1798), conceitua o Estado de Direito alemão sob a perspectiva da *liberdade positiva*, a qual deve ser promovida pelo Estado. Sob esse último olhar, o papel adequado do governo não é impedir a interferência na liberdade e garantir que os indivíduos são responsáveis pelo seu próprio desenvolvimento, mas sim promover o efetivo desenvolvimento completo do indivíduo. NEDZEL, Nadia E. Rule of law v. legal state: where have we come from, where are we going to? In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARENBOIM, Peter D. (ed). **The legal doctrines of the rule of law and the legal state (rechtsstaat)**. Dordrecht: Springer, 2014. p. 296. (Ius gentium: comparative perspectives on law and justice, v. 38). Livro eletrônico.

<sup>110</sup> Gozzi comenta: “The individual liberties of the liberal tradition, which, from Locke to Kant, had been recognized as belonging to men by virtue of their common humanity, were now conceived of as a

Ocorre que o ideal liberal de uma política dos limites da ação estatal a partir da separação das estruturas políticas e jurídicas – o sistema jurídico deve garantir, independentemente da estrutura política, liberdade e segurança – encontra resistência no conservadorismo defensor da primazia do Estado sobre a lei.<sup>111</sup>

Enfim, a perspectiva liberal da primeira metade do século XIX acaba arrefecendo diante da concepção conservadora pós-fundação do Segundo *Reich* em 1871. A liberdade natural do homem é substituída pela liberdade legal. Esta nova liberdade limitada por lei significa que a *liberdade do povo* não deve ser confundida com *poder do povo*. Pena, pois, segundo tal perspectiva, de anarquia.

A instituição da monarquia constitucional em 1871, conforme se pode observar, não impede que os Estados alemães abandonem o *estado policial*. Pelo contrário. A Administração, à medida que edita atos normativos materiais independentemente de procedimento legislativo, resolve-se em um poder indiferente à lei. Um dos princípios essenciais da doutrina liberal do *Rechtsstaat*, isto é, a *superioridade da Constituição sobre o Direito estatutário*, não se faz, destarte, implementado. Tampouco surte efeito a tese dos teóricos liberais alemães de que a jurisdição administrativa se preocupa mais em vigiar a execução da lei do que proteger a liberdade do indivíduo e que, por isso, a ação oficial deve estar submetida aos tribunais comuns.

Diante do impasse, Heinrich Rudolf von Gneist propõe, na obra *Der Rechtsstaat*

---

mere reflex of objective precepts, that is as an expression of general laws. In this way, the balance between the legal system and personal freedom that had been a mainstay of liberal doctrine was overturned. Only the sovereignty of the state held sway, and the *Rechtsstaat* was transformed into *Staatsrecht* (the law of the state)” (“As liberdades individuais da tradição liberal, que, de Locke a Kant, haviam sido reconhecidas como pertencentes aos homens em virtude de sua humanidade comum, eram agora concebidas como mero reflexo de preceitos objetivos, isto é, como expressão de leis gerais. Desse modo, o equilíbrio entre o sistema jurídico e a liberdade pessoal que havia sido um dos pilares da doutrina liberal foi derrubado. Apenas a soberania do estado prevalecia, e o *Rechtsstaat* foi transformado em *Staatsrecht* (a lei do estado)”. GOZZI, Gustavo. *Rechtsstaat and individual rights in german constitutional history*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The rule of law**. History, theory and criticism. Dordrecht: Springer, 2007. p. 248. (Law and Philosophy Library). Livro eletrônico.

<sup>111</sup> Ainda segundo Gozzi, the superiority of the constitution over statute law – which was one of the essential principles of the *liberal doctrine* of the *Rechtsstaat* and which could have become the basis for the compatibility between *Rechtsstaat* and democracy – did not take hold in the reality of German constitutional history, and even the *constitutional* foundation of fundamental rights was abandoned for a merely *legislative* foundation of rights in the realization of the *Rechtsstaat*, which consolidated itself in the second half of the nineteenth century” (“a superioridade da constituição sobre a lei estatutária – que era um dos princípios essenciais da doutrina liberal do *Rechtsstaat* e que poderia ter se tornado a base para a compatibilidade entre o *Rechtsstaat* e a democracia – não se firmou na realidade da história constitucional alemã, e mesmo o fundamento constitucional dos direitos fundamentais foi abandonado por um fundamento meramente legislativo de direitos na realização do *Rechtsstaat*, que se consolidou na segunda metade do século XIX”). *Ibid.*, p. 244.



(Berlin: Julius Springer, 1872), em especial na segunda e ampliada edição da mesma obra, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* (Berlin: Julius Springer, 1879)<sup>112</sup>, a criação de tribunais administrativos separados, independentes, (pre)ocupados exclusivamente com questões de direito. *Prevalece, então, o argumento de que é impraticável deixar para juízes comuns a tarefa de lidar com questões administrativas. Eventuais arbitrariedades e discricões em julgamentos administrativos tendem a fenecer, segundo tal entendimento, assim que um conjunto definido de regras vem a ser definido.*<sup>113</sup>

Em que pese ainda reinante a ideia de primazia do legislador (formal) sobre a Constituição (material), a Alemanha, ainda no século XIX, avança em termos de Estado de Direito ao cimentar que o poder do executor da lei deve ser de alguma forma reprimido. Também o poder do administrador passa a ser visto como ameaça à liberdade individual, razão pela qual deve ser controlado. A discussão atinente aos tribunais administrativos, de um modo ou de outro, contribui para a solução de novos problemas. O *Rechtsstaat* esforça-se ao buscar na revisão judicial administrativa uma maneira de manter presentes alguns valores liberais e instituir novas expectativas de garantia legal e de constrangimento estatal.

Na sequência, Kelsen passa a criticar o Estado (de Direito) moderno.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> HAYEK, Friedrich August von. **The constitution of liberty**: the definitive edition. Chicago: The University Of Chicago Press, 2013. p. 302. Livro eletrônico.

<sup>113</sup> Para Frändberg, “This leads us to an important difference between the *Rechtsstaat* doctrine and the idea of the Rule of Law. In this respect French law plays a decisive role, due to the development in France of a modern administrative law (*droit administratif*) at the beginning of the nineteenth century. According to Gaudemet, this administrative law is characterised by two factors: (i) The administrative bodies in France are not supervised by the general courts of law, and (ii) the existence of special administrative courts of law (the *Conseil d’État* was established in 1800). The German *Rechtsstaat* conception is greatly influenced by the development of French administrative law” (“Isso nos leva a uma diferença importante entre a doutrina *Rechtsstaat* e a ideia do Estado de Direito. A esse respeito, o direito francês desempenha um papel decisivo, devido ao desenvolvimento na França de um direito administrativo moderno (*droit administratif*) no início do século XIX. De acordo com Gaudemet, esta lei administrativa é caracterizada por dois fatores: (i) Os órgãos administrativos na França não são supervisionados pelos tribunais gerais de justiça, e (ii) a existência de tribunais administrativos especiais de direito (o *Conseil d’État* era estabelecido em 1800). A concepção alemã do *Rechtsstaat* é muito influenciada pelo desenvolvimento do direito administrativo francês”). FRÄNDBERG, Åke. **From rechtsstaat to universal law-state**. An essay in philosophical jurisprudence. Springer, 2014. p. 3. Livro eletrônico.

<sup>114</sup> Para além da definição de Estado de Direito, forçoso recordar que Kelsen, por concepção, contrapõe-se radicalmente à doutrina do direito natural, segundo a qual o direito positivo reclama necessariamente uma justificação ético-política que sirva de critério de validade da ordem normativa, sob pena de ser julgada injusta. Ao contrário de uma “norma [da natureza] que não é uma norma pertencente ao Direito positivo relativamente ao qual ela funciona como critério ou medida de valor”, a Teoria Pura do Direito estabelece uma norma lógico-transcendental que fundamenta “a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coerciva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos”, sem exercer “qualquer função ético-política mas tão-só uma função teórico-gnoseológica”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 123.

Defende que tal concepção de Estado nega os limites constitucionais do poder e incorpora o postulado político de que o Estado é um sujeito de poder. Para o insigne jurista austríaco, o *Rechtsstaat* deve ser concebido como uma ordem constitucional superior, que, dentre os respectivos atributos, o maior está na imposição de limites ao poder legislativo.<sup>115</sup>

A *Teoria Pura do Direito* de Kelsen define *Estado de Direito* na forma tradicional conhecida como “auto-obrigação do Estado”, bem assim, especificamente, como ordem jurídica democrática.

Tradicionalmente, “o Estado existente como realidade social independentemente do Direito, cria primeiramente o Direito e, depois, se submete – por assim dizer, de livre vontade – ao Direito”. Porém, “Não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas é o Direito que, regulando a conduta dos indivíduos e, especialmente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, submete a si esses indivíduos”. Nessa concepção, “um Estado não submetido ao Direito é impensável”<sup>116</sup>.

Já na forma específica proposta pelo jusfilósofo austríaco, Estado de Direito corresponde a

uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis - isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade

<sup>115</sup> Bongiovanni defende que “A pivotal feature of such critical thinking is Kelsen’s profound re-elaboration of the idea of the “rule of law “. He criticizes the German conception of the *Rechtsstaat* and its theoretical and “political” assumptions and proposes what he claims is a legal configuration of state and constitutional democracy” (“Uma característica fundamental de tal pensamento crítico é a profunda reelaboração de Kelsen da ideia do ‘estado de direito’. Ele critica a concepção alemã do *Rechtsstaat* e seus pressupostos teóricos e ‘políticos’ e propõe o que ele afirma ser uma configuração jurídica de Estado e democracia constitucional”). BONGIOVANNI, Giorgio. *Rechtsstaat and constitutional justice in Austria: Hans Kelsen’s contribution*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The rule of law**. History, theory and criticism. Dordrecht: Springer, 2007. p. 293. (Law and Philosophy Library, v. 80). Livro eletrônico.

<sup>116</sup> O mesmo autor define que “Estado e Direito são a mesma coisa, sendo o Estado idêntico à ordem jurídica -, quer se trate da ordem jurídica total ou de uma ordem jurídica parcial -, da qual, como sujeito de direito, como pessoa, êle não é mais do que a personificação”. KELSEN, Hans. *Teoria geral do estado*. Tradução: Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 31. A propósito, Gabriel de Jesus Tedesco Wedy recorda que, em Kelsen, “O Estado e o Direito não são objetos diferentes, essa dualidade não é, e nem poderia ser, verdadeira. Seria a contradição inerente e manifesta. O Estado, como comunidade jurídica, não é separado da ordem jurídica. A comunidade a que costumeiramente se chama de Estado é a própria ordem jurídica”. WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **Estado de direito contemporâneo: reflexões críticas**. 1. ed. Blumenau: Dom Modesto, 2020. p. 18.

da expressão do pensamento, são garantidas.

Em Kelsen, portanto, o *Rechtsstaat* deve refletir a soberania do sistema jurídico. O Estado, em todas as respectivas formas de expressão, deve, com efeito, sujeitar-se ao princípio político do poder exclusivo da lei. Nesta perspectiva formal desenvolvida por Kelsen na década de 1910, o *Rechtsstaat* introduz o primado do sistema jurídico (sistema de normas) e a equalização de todos os sujeitos legais. A soberania do sistema jurídico abre caminho para a Constituição como fonte superior do sistema jurídico. Assim, um ato estatal só é válido se houver uma autorização normativa constitucional ou legal. A Administração exerce um papel meramente executivo e a ação administrativa deve sujeitar-se à revisão judicial. Para o jurista,

A validade de uma norma jurídica funda-se, precisamente, na norma que lhe regula a criação: uma norma é válida se foi estabelecida de conformidade com esta, que é, em relação a ela, uma norma superior. Assim, uma sentença contém uma norma individual, cuja validade se funda numa lei, a validade da qual, por sua vez, assenta na Constituição.<sup>117</sup>

Kelsen atribui, também, um sentido dinâmico (substancial) para o sistema jurídico; um panorama mais técnico, a partir de uma estrutura jurídica hierárquica e do primado da Constituição.

A doutrina da organização hierárquica do sistema jurídico e da Constituição como norma superior está associada a uma nova interpretação da tradicional divisão do Estado em três poderes, a qual, segundo o jurista austríaco, inviabiliza o controle legal das atividades legislativas e sugere que a Administração se encontra apenas parcialmente vinculada à lei. Para Kelsen, todas as ações estatais, em uníssono, devem respirar e executar a Constituição. Fato que, por si só, justifica, é garantia de respeito e de coordenação mútua entre os poderes. Aqui o Parlamento é central, mas não soberano, pois o sistema jurídico busca o equilíbrio entre os poderes. O legislador, especialmente, tem alguém que lhe é superior, e esse alguém é a Constituição. E o caminho para eventual restabelecimento do sistema jurídico é a revisão judicial.

A primazia do sistema jurídico assentado na Constituição impõe limites, outrossim, à própria soberania popular rousseauísta. Kelsen argumenta que um povo não pode ser sociológica e/ou politicamente concebido como representante da

---

<sup>117</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do estado**. Tradução: Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 42.

unidade ou o substrato da vontade do Estado, mas, antes e acima de tudo, como uma multiplicidade de grupos distintos divididos pelos mais diversos contrastes. A doutrina kelseniana conecta-se, dessa forma, com as novas formas de pluralismo e liberdade provocadas pelo advento da democracia.

Kelsen, com efeito, leciona que a inclusão de direitos fundamentais na Constituição protege as minorias, enquanto a *liberdade positiva* (social ou política) proporciona a participação autônoma e individual de todos no Poder do Estado. No sistema democrático-pluralista caracterizado pela liberdade positiva, os direitos fundamentais não são mais apenas um meio de proteção dos indivíduos contra o Estado, mas um meio para a proteção das minorias.

Na doutrina kelseniana, a supremacia do sistema jurídico e o primado da Constituição não sobrevivem sem um suporte jurisdicional apto à revisão da legislação, especialmente. E o instrumento para se garantir o desempenho regular do Estado e a regularidade dos estatutos é, segundo Kelsen, a jurisdição constitucional. O Tribunal Constitucional impede não só a concentração – prejudicial à democracia – de poder excessivo nas mãos sobretudo do legislativo, como garante o funcionamento regular dos demais poderes.

O fato de “a publicação de decisões em órgãos oficiais quanto a outorga de força de lei a determinadas decisões correspondem[r] a uma tradição constitucional alemã que antecede a Kelsen”<sup>118</sup> e o fato de o controle de constitucionalidade cuidar de prerrogativa distintiva dos Estados Unidos enquanto nação declarada independente não retiram a originalidade da contribuição de Kelsen para o tema *jurisdição constitucional*. Se deveras presunçoso concluir que o jusfilósofo austríaco inventou o instituto, o mesmo não se pode dizer enquanto efetivo construtor teórico, considerando que até então nada além de construções pretoriana (Estados Unidos), legislativa (Alemanha) ou política (França) havia.

---

<sup>118</sup> De acordo com a doutrina do ministro decano do Supremo Tribunal Federal, “O projeto de lei destinado à execução da constituição da União de *Erfurter*, de 1850, previa, no § 217, que, no caso de ser julgada procedente ação do Estado-Membro contra o Poder Central, reconhecendo-se que, mediante a edição de lei, ter-se-ia lesado a Constituição, deveria a decisão ser publicada no órgão oficial. Essa publicação outorgaria 'força de uma lei federal' ao julgado, suspendendo imediatamente a eficácia daquelas disposições que tiveram a sua inconstitucionalidade reconhecida. O § 223 dessa lei outorgava à decisão do Tribunal do Reich sobre a validade ou a interpretação da Constituição, proferida nas controvérsias entre o Governo de um Estado e a Assembleia Legislativa, 'a qualidade de uma Lei Constitucional Estadual ou de uma interpretação autêntica da Constituição Estadual' ('die Eigenschaft eines Landesverfassungsgesetzes oder einer authentischen Interpretation desselben')”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41-42. Livro eletrônico.

A criação de um órgão judicial, a Corte Constitucional, como o único competente<sup>119</sup> para exercer o controle de constitucionalidade dos atos federais ou estaduais<sup>120</sup> do legislativo e do executivo é fruto da colaboração de Kelsen para a redação da Constituição da Áustria, de 1920. O controle de constitucionalidade é concebido pelo teórico como uma garantia jurisdicional da Constituição<sup>121</sup>, “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”<sup>122</sup>. Razões teóricas e políticas, segundo Kelsen, inspiraram a discussão científica sobre a temática:

Por um lado, não faz muito que surgiu na doutrina a idéia da estrutura hierárquica do direito, ou – o que é a mesma coisa – da natureza jurídica da totalidade das funções estatais e de suas relações recíprocas. Por outro lado, se o direito dos Estados modernos, que apresenta uma grande quantidade de instituições destinadas a garantir a legalidade da execução, só toma, ao contrário, medidas muito restritas para assegurar a constitucionalidade das leis e a legalidade dos decretos, isso se deve a motivos políticos; e esses motivos, por sua vez, não deixam de influenciar a formação da doutrina, que deveria ser a primeira a fornecer esclarecimentos sobre a possibilidade e a necessidade de tais garantias.

Digno de destaque ainda maior é a oposição de Kelsen à tradicional concepção de que as “funções reunidas sob o nome de execução, a jurisdição, e ainda mais particularmente a administração, parecem ser, por assim dizer, exteriores ao direito, parecem não criar propriamente direito, mas apenas aplicar, reproduzir um direito”<sup>123</sup>.

O jurista do Século XX não reduz o Direito à lei. Pena, segundo ele, de adoção

---

<sup>119</sup> O que, segundo Kelsen, não quer dizer que se encontre “subtraído ao juízo ordinário o controle da devida publicação da lei. O juiz somente pode aplicar como lei o que - segundo o seu julgamento - foi publicado devidamente como lei, ou seja, segundo os preceitos da Constituição”. [...] Na medida em que os tribunais e as autoridades administrativas têm a obrigação de aplicar, como leis, normas que não correspondem a todas ou nem sequer às mais importantes exigências que a Constituição estabelece para as leis, na medida em que instrumentos que não correspondem a tais exigências não podem, apesar disso, ser considerados nulos, as leis que estabelecem essas exigências ou são *leges imperfectae*, isto é, têm um conteúdo juridicamente não-obrigatório, ou então sua violação tem como efeito somente a punição dos órgãos responsáveis pela sua observância. A responsabilidade ministerial é a única garantia nesses casos, embora de todo insuficiente”. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 21.

<sup>120</sup> “A solução que a Constituição austríaca deu ao conflito entre lei federal e lei estadual parece, assim, ser também adequada ao princípio do Estado federativo. Não é a lei federal enquanto tal que prevalece sobre a estadual, mas sim a lei constitucional sobre a inconstitucional, não interessando se é lei federal ou estadual”. *Ibid.*, p. 23.

<sup>121</sup> “Garantias da Constituição significam portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas a Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis” *Ibid.*, p. 126.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 123-124.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 124.

de uma noção restrita de (ir)regularidade. Na teoria kelseniana, as funções de legislação e de execução não se opõem de forma absoluta, apresentando-se, na verdade, “cada uma delas ao mesmo tempo como um ato de criação e de aplicação do direito”, isto é, como “duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias”. Ao “indicar de forma esquemática as etapas principais desse processo, no decorrer do qual o direito regula sua própria criação e o Estado se cria e recria sem cessar com o direito”, o teórico vaticina que o processo de criação do Direito

não se limita apenas à legislação, mas, começando na esfera da ordem jurídica internacional, superior a todas as ordens estatais, continua na Constituição, para chegar enfim, através das etapas sucessivas constituídas pela lei, pelo regulamento, e em seguida pela sentença e pelo ato administrativo, aos atos de execução material destes últimos. [...] Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno.<sup>124</sup>

O estudo pormenorizado do controle de constitucionalidade das leis proposto e executado por Kelsen transcende a concepção teórica de *Estado de Direito*, na forma tradicional, como “auto-obrigação do Estado” e, na forma específica, como ordem jurídica democrática. Mais do que teorizar o controle de constitucionalidade das leis, colocando à disposição da sociedade um instrumento constitucional capaz de fazer frente aos atos de poder, o teórico brinda a comunidade jurídica com exemplos que demonstram como, de fato, a transição da monarquia absoluta para a constitucional, por não repercutir a produção de “normas jurídicas que submetem a regras diferentes a elaboração das leis e a reforma da Constituição”, nada mais representa do que singelo “deslocamento decisivo de poder”<sup>125</sup>:

A doutrina constitucionalista na verdade velou o novo estado de coisas, perigoso para o poder do monarca. Em oposição à realidade constitucional, ela o apresenta como o único, ou em todo caso o verdadeiro, autor da legislação, declarando que a lei é expressão unicamente da sua vontade, reduzindo-se a função do Parlamento a uma adesão mais ou menos necessária, secundária, não essencial. É o caso da sua célebre tese do ‘principio monárquico’, que não se deduz da Constituição, mas é, por assim dizer, inserido nela do exterior para interpretá-la num sentido político determinado, mais exatamente

<sup>124</sup> “. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 125.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 128-129.

para deformar o direito positivo com ajuda de uma ideologia que lhe é estranha. Ou ainda da célebre distinção entre o mandamento da lei, que emanaria unicamente do monarca, e o conteúdo da lei, que seria acordado entre o monarca e a representação nacional. Essa concepção tem por resultado não se considerar como uma imperfeição técnica da Constituição, mas antes como seu sentido profundo, que uma lei deva ser tida por válida a partir do momento em que é publicada no Diário Oficial com a assinatura do monarca, independentemente do fato de as prescrições relativas à sua adoção pelo Parlamento terem ou não sido obedecidas. Assim, reduz-se a quase nada - pelo menos teoricamente - a evolução capital da monarquia absoluta à monarquia constitucional, e em todo caso, o problema da constitucionalidade das leis e das suas garantias.

Justamente por apresentar à consciência jurídica questões de interesse prático e não reduzir a instância de controle a quem deveria ser controlado, tal como empoderado pela doutrina da monarquia constitucional, é que Kelsen preconiza a garantia do exame da constitucionalidade das leis via jurisdição constitucional. O cientista do Direito desenvolve, portanto, mecanismo constitucional sem o qual o Estado não vê sentido algum em se auto-limitar, e a *pluralidade* tampouco é ouvida.

De se acudir que Kelsen não deixa sem resposta contra-argumento no sentido de que a defesa do controle judicial do legislativo implicaria, tal como representou a transição da monarquia absoluta para a constitucional, semelhante transferência decisiva de poder, só que agora do legislativo para o judiciário. Sem negar olvide às inevitáveis possibilidades interpretativas do tribunal, o autor não se resume, no particular, a tecer contrariedade às "fórmulas vagas" ou princípios indeterminados. Considera necessária, com efeito, uma Constituição não programática, de sorte que o poder do legislador não acabe nas mãos do juiz constitucional. Para tanto, uma regra não pode deixar amplo espaço para a discricção a ponto de o magistrado se assenhorar da oportunidade da regra contestada.<sup>126</sup> Logo, segue-se o *Rechtsstaat*, segundo o jusfilósofo austríaco, à medida que haja respeito e coordenação mútua entre os poderes constituídos.

---

<sup>126</sup> Nesse sentido, o magistério de Lenio Luiz Streck: "não se pode – e não se deve – confundir a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Em síntese, defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição". STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**, Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 282.

## 2.8 Estado de Direito em Dworkin

Ao refletir sobre o ato de decidir de juízes e tribunais, se as respectivas decisões detêm conteúdo político ou não, Dworkin deixa um pouco de lado a *práxis* característica dos respectivos escritos para debater, em *Uma questão de princípio*<sup>127</sup>, no primeiro capítulo da obra, o que, afinal de contas, vem a ser *Estado de Direito*, em uma reflexão, portanto, mais teórica do que prática.

O jusfilósofo norte-americano atribui ao Estado de Direito duas concepções, uma *centrada no texto legal*, segundo a qual “o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos”, e a outra *centrada nos direitos*, a qual “pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo”<sup>128</sup>.

A diferença entre uma e outra está em que a primeira compreende *Estado de Direito* afastado da questão de justiça substantiva. Já a segunda parte do pressuposto de que os cidadãos detêm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado, e que tais direitos morais e políticos devem ser reconhecidos expressamente.

Sem dúvida, a concepção que “exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique” é muito mais complexa. O único *porém* sofrido pela concepção *centrada no texto legal* está na atuação da forma não especificada no *livro de regras*. Por outro lado, a concepção *centrada nos direitos*, segundo Dworkin “tem, pelo menos, três dimensões de fracasso”:

Um Estado pode fracassar no *âmbito* dos direitos individuais que alega impor. Pode declinar de impor direitos contra si, por exemplo, embora reconheça que os cidadãos têm tais direitos. Pode fracassar na *exatidão* dos direitos que reconhece: pode prover direitos perante o Estado mas, por erro oficial, deixar de reconhecer direitos importantes. Ou pode fracassar na *equidade* de sua imposição de direitos: pode adotar regras que colocam os pobres ou alguma raça desfavorecida em desvantagem para assegurar os direitos que o Estado reconhece

---

<sup>127</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 6-7.



que eles possuem.<sup>129</sup>

Apesar das diferenças, há, para Dworkin, entre as duas concepções, um ideal geral comum para uma sociedade justa: ambas colaboram para uma comunidade política melhor “se seus tribunais não tomarem nenhuma atitude que não as especificadas em regras publicadas previamente, e, também, se suas instituições jurídicas fizerem cumprir quaisquer direitos que os cidadãos individuais tenham”.<sup>130</sup>

Dworkin, ao contrário de todos os outros jusfilósofos até aqui retratados, analisa o Estado de Direito sob o ponto de vista judicial. Ataca o tema sob tal ótica justamente porque as duas concepções, segundo o autor, diferem quanto à possibilidade de juízes e tribunais tomarem decisões políticas em casos controversos, objeto da obra retratada. Inegavelmente, o autor ocupa-se da atividade jurisdicional exercida em um Estado de Direito. O foco da discussão é o magistrado e como ele se comporta frente ao Direito democraticamente legislado, inclusive quando a lei é dúbia ou omissa.

Pois bem. A concepção *centrada no texto legal*, de acordo com o jusfilósofo, remete à descoberta do que efetivamente se encontra previsto na norma jurídica; não tolera, pois, decisões políticas, mesmo em casos controversos/difíceis. A decisão deve reportar-se ao que está contido na norma e não ao que lá deveria estar. Essa concepção, finaliza Dworkin, acaba conduzindo os magistrados a desenvolverem teorias semânticas.

A concepção *centrada nos direitos*, por outro lado, revela maior dinamicidade porque, embora reconheça o texto jurídico como fonte de direitos morais, que no respectivo bojo reside, destarte, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o poder legislativo aprovou, não o considera único e exclusivo, insistindo, isto sim, que pelo menos um tipo de questão política haverá de existir/incidir nos casos difíceis. Nesse caso, segundo Dworkin<sup>131</sup>,

um juiz que segue a concepção centrada nos direitos não deve decidir um caso controverso recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório legal de sua jurisdição. Mas, ainda

---

<sup>129</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 7-8.

<sup>130</sup> Para o autor, “Um elevado grau de aquiescência à concepção centrada no texto jurídico parece ser necessário a uma sociedade justa. Qualquer governo que atue contrariamente ao seu próprio repertório legal muitas vezes - pelo menos em questões importantes para cidadãos particulares - pode não ser justo, não importa quão sábias ou justas suas instituições possam ser em outros sentidos”. *Ibid.*, p. 8.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 16.

assim, deve decidir muitos casos com base em fundamentos políticos, pois, nesses casos, os princípios morais contrários diretamente em questão são, cada um deles, compatíveis com a legislação. Dois juízes decidirão um caso controverso de tal tipo de maneiras diferentes porque defendem visões diferentes quanto aos direitos morais de fundo dos cidadãos.

As concepções de Estado de Direito trazidas por Dworkin contribuem para a presente dissertação não só pelo olhar da prestação jurisdicional que confere à temática, mas sobretudo pela teorização que faz do ato judicial de acordo com o Direito democraticamente construído pela sociedade. O autor traz à tona o dilema que o Estado de Direito vivencia no estágio atual das coisas em que a *juristocracia* não figura mais como tema tão incomum assim, algo que venha, de fato, a surpreender os jurisdicionados. A divisão estabelecida entre julgamento *por princípios* e julgamento *por políticas* muito tem a dizer se o *Estado de Direito* ainda respira em terras brasileiras ou se o *Estado de Juízes* já o sufocou de vez.

### 3 SEPARAÇÃO DE PODERES E A CRIAÇÃO (JUDICIAL) DO DIREITO NO BRASIL

Há movimentos e teorias jurídicas que a título de releitura da teoria da separação de poderes e/ou em busca da incorporação de fins metajurídicos ao mundo do Direito apostam as respectivas fichas na criação judicial do Direito em substituição, pois, à tradição (europeia-continental) de colocação legislativa das normas que regulam a sociedade como um todo.

#### 3.1 A teoria da separação dos poderes

A teoria da separação dos poderes que, em Aristóteles, é retratada como os *Três Poderes Existentes em Todo Governo*, ganha projeção na obra do filósofo grego, para quem<sup>132</sup> “Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Aristóteles define que o governo “vai bem” quando estas três partes estão bem acomodadas:

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado.

O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e as maneiras de satisfazê-las.

O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

Logo se identifica que, na visão aristotélica, a acomodação dos poderes ocorre se o “corpo deliberativo, o verdadeiro soberano do Estado”<sup>133</sup>, assim proceder. A divisão de poderes, como se vê, não implica necessariamente a ausência de ascendência de um sobre os outros. O administrador e o julgador devem, pois, deferência aos atos legislativos.

No mesmo sentido segue Locke<sup>134</sup> ao anotar que,

enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude

<sup>132</sup> ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 127.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>134</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 174.

de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados.

Sucedem que o filósofo inglês, apesar da inegável contribuição para o que, a partir de Montesquieu, vem a ser aclamado *Teoria da Separação dos Poderes*, além dos poderes legislativo e executivo, reconhece um terceiro poder chamado de Federativo, que em nada corresponde ao *cargo de jurisdição* aristotélico. Esse terceiro poder lockeano, o Federativo, é um poder “natural porque corresponde ao que cada homem possuía naturalmente antes de entrar em sociedade” e “tem então a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil”<sup>135</sup>.

O *poder de julgar* é retomado na obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*, muito embora a não menos festejada teoria da separação dos poderes, nas palavras de Bobbio<sup>136</sup>, tenha aparecido “quase como um corpo estranho, no qual não é possível ver bem, ou somente com dificuldade, o nexos com as demais partes da obra, dedicada principalmente ao estudo das diversas formas de governo”. De fato, para Montesquieu<sup>137</sup>,

A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites.

Segundo o escritor francês, o poder só limita o poder se estiver separado em *poder legislativo*, *poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes (poder executivo do Estado)* e *poder executivo das coisas que dependem do direito civil (poder de julgar)*. Portanto, a (teoria da) separação dos poderes é o instrumento (o meio) utilizado para que a liberdade política (o fim) seja alcançada.

<sup>135</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 171.

<sup>136</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 65.

<sup>137</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166.

De soberano (Aristóteles), poder supremo (Locke), o Poder Legislativo é visto por Montesquieu como um poder moderador dos demais poderes, responsável por impedir o exercício das *magistraturas tirânicas* e a garantir a liberdade. O corpo legislativo, por espelhar o espírito do povo, é o guardião das próprias leis. Já o *poder de julgar*, que “não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão”, deve resumir-se a reproduzir as palavras da lei, tornando-se, “por assim dizer, invisível e nulo”<sup>138</sup>.

Destaque que, em Montesquieu, o *poder de julgar* não assume caráter institucional: “não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas retiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade precisar”; já os demais poderes, por representarem, um, a vontade geral, e, o outro, a execução dessa vontade, devem ser exercidos por corpos permanentes. O alcance dos atos perpetrados pelos poderes determina, desta feita, a relevância de cada um para a sociedade – e também para a criação do Direito.

Kant, por sua vez, segue a tendência de que o que difere um governo despótico de um não-despótico (para ele, o republicano) é a separação dos poderes, a qual denomina de *Dignidades de Estado*, igualmente sob a égide do Poder Legislativo. Em *Metafísica dos Costumes*<sup>139</sup>, o filósofo prussiano apregoa, com efeito, que

os três poderes do Estado são, em primeiro lugar, coordenados entre si como pessoas morais (*potestates coordinatae*), isto é, uma pessoa é parte complementar das outras para a integridade (*complementum ad sufficientiam*) da constituição política; mas, em segundo lugar, também são subordinados (*subordinatae*) uns aos outros, de tal modo que um não pode, enquanto auxilia o outro, ao mesmo tempo lhe usurpar a função, mas tem antes de ater-se a seu próprio princípio, isto é, ele comanda, de fato, na qualidade de uma pessoa particular, mas o faz sob a condição da vontade de um superior; em terceiro lugar, pela união de ambos distribui-se a cada súdito seu direito.

Bobbio<sup>140</sup> ressalta que Kant une os três poderes como a proposição de um silogismo. A premissa maior, a norma jurídica geral e abstrata, é colocada pelo Poder

<sup>138</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 169.

<sup>139</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bragança Paulista: Vozes, 2013. Livro eletrônico p. 155. Livro eletrônico.

<sup>140</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 227.

Legislativo; a premissa menor, o ato que se comporta de acordo com a norma, é colocada pelo Poder Executivo; e o Poder Judiciário decide o que é Direito no caso controvertido.

A teoria da separação dos poderes, na concepção kantiana, continua, de toda modo, pregando a supremacia do Poder Legislativo sobre os outros dois poderes, justamente por representar, segundo ela, a vontade coletiva do povo e dele provir, conseqüentemente, o Direito. Em Kant<sup>141</sup>,

O poder legislativo só pode pertencer à vontade unificada do povo. Visto, com efeito, que dele deve proceder todo direito, ele não deve por meio de sua lei poder fazer injustiça a ninguém. [...] Somente a vontade concordante e unificada de todos, portanto, na medida em que cada um decida a mesma coisa sobre todos e todos sobre cada um, isto é a vontade popular universalmente unificada, pode ser legisladora.<sup>142</sup>

Nesse contexto histórico-filosófico, identifica-se cumprir ao Poder Legislativo, na condição de representante da vontade geral, a tarefa de criar o Direito que regerá a sociedade como um todo.

### 3.2 A criação (judicial) do direito no Brasil

O Direito, no Brasil, tem encontrado nas decisões judiciais um (não tão) novo (assim) instrumento de criação. Movimentos e teorias, alguns já centenários, suportam sobremaneira a criação judicial do Direito em terras brasileiras. Dentre eles, alguns assumem maior destaque não apenas pela envergadura dos respectivos defensores, mas também pela silenciosa ruptura que buscam promover com o tradicional cenário político-jurídico europeu-continental.

#### 3.2.1 As antíteses ao positivismo clássico

As antíteses ao positivismo clássico ainda influenciam os órgãos jurisdicionais brasileiros, mais propriamente o comportamento dos juízes na tarefa de decidir, sobretudo de fundamentar as respectivas decisões.

---

<sup>141</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bragança Paulista: Vozes, 2013. p. 151-152. Livro eletrônico.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 151-152.

Passo a passo, as antíteses ao positivismo legalista do século XIX surgem obstinadas a combater o mesmo adversário: o formalismo conceitual. O combate tem como pressuposto (um)a abertura metodológica do Direito; o protagonismo judicial é a principal consequência.

Na França, a Escola do Direito Livre combate o exegetismo; na Alemanha, a Jurisprudência dos Conceitos encontra oposição na Jurisprudência dos Interesses; Já o *Realismo* norte-americano e o *Realismo* escandinavo buscam suplantam a Jurisprudência Analítica. Historia Recaséns Siches<sup>143</sup> que

La serie de ataques crecientes en progresión geométrica contra el empleo de la lógica formalista tradicional en el campo de la jurisprudencia comenzó con la obra de Ihering *Jurisprudencia en Broma y en Serio* (1884), la cual contiene sarcásticas pero muy certeras críticas contra el método deductivo-silogístico para la individualización e interpretación del Derecho; y suministra copiosos ejemplos de los muchos desaguizados, abominaciones y fracasos, así como del sinnúmero de perturbaciones e injusticias, a que la jurisprudencia conceptualista dio lugar. [...]

Oliver Wendell Holmes, quien después se convertiría en famosísimo magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos, puso de manifiesto (1897) que 'la vida real del Derecho no ha consistido en lógica, sino en experiencia. Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones en las que la acción política se ha inspirado, bien aquellas confesadas explícitamente o bien otras inconscientes, incluso los prejuicios que los jueces tienen al igual de todas las otras gentes, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres'. [...]

En 1899, Francois Geny publicó una obra que se convertiría pronto en famosa, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado*

<sup>143</sup> "A série de ataques crescentes em progressão geométrica contra o uso da lógica formalista tradicional no campo da jurisprudência começou com o trabalho de Ihering *Jurisprudence in Jokes and Serious* (1884), que contém críticas sarcásticas mas muito precisas ao método dedutivo e para a individualização e interpretação do Direito; e fornece copiosos exemplos das muitas desventuras, abominações e fracassos, bem como da miríade de perturbações e injustiças, às quais a jurisprudência conceitualista deu origem. [...] Oliver Wendell Holmes, que mais tarde se tornou o mais famoso juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, mostrou (1897) que 'a vida real do direito não consistiu em lógica, mas em experiência. As necessidades sentidas em cada época, teorias morais e políticas, as intuições que inspiraram a ação política, sejam as explicitamente confessadas ou outras inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes têm como todas as outras pessoas, tiveram que fazer muito mais do que silogismos na determinação das normas para governar homens'. [...] Em 1899, François Geny publicou uma obra que logo se tornaria famosa, *Método de Interpretação e Fontes do Direito Privado Positivo*, na qual deixava claro que, ao contrário do que se convencionava na França, a interpretação judicial do Código Civil havia sido consideravelmente criativo, e estava longe de constituir uma dedução silogística das normas e princípios contidos naquele corpo jurídico. [...] O professor alemão Irmão Kantorowicz, que sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius iniciou em 1906 o movimento em favor da 'Jurisprudência Livre', desenvolveu uma tese ao mesmo tempo voluntarista e antilógica no tratamento dos conteúdos do Direito". RECASÉNS SICHES, Luís. **Introducción al estudio del derecho**. 12. ed. México: Porrúa, 1997. p. 220-222.

*Positivo*, en la cual puso claramente en evidencia que, en contra de lo que convencionalmente se sostenía en Francia, la interpretación judicial del Código Civil había sido considerablemente creadora, y estaba muy lejos de constituir una deducción silogística de las normas y de los principios contenidos en aquel cuerpo legal. [...]

El profesor alemán Hermano Kantorowicz, quien bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius inició en 1906 el movimiento llamado en pro de una 'Libre Jurisprudencia', desarrolló en el tratamiento de los contenidos del Derecho una tesis a la vez voluntarista y antilogicista.

O movimento do Direito Livre prega, em suma, “a libertação do Direito do formalismo exegético e conceitual, sustentando que ao lado do Direito legislado também existe um Direito livre”<sup>144</sup>. Na busca da superação das ideias da filosofia racionalista, a Jurisprudência dos Interesses, inspirada no finalismo/pragmatismo do *segundo* (Rudolf von) Ihering<sup>145</sup> e forjada a partir do ano de 1905, em um contexto, conforme visto, de formação do Direito Público na Alemanha liberal, continua a criticar o excessivo conceitualismo que, segundo ela, distanciava o juiz das tensões sociais, sem admitir, no entanto, decisões (inclusive) *contra legem*, tal como assentido pela Escola do Direito Livre. Streck<sup>146</sup> acentua que

O mote principal da jurisprudência dos interesses encontra-se circunscrito na premissa de que a norma jurídica tem por finalidade resolver conflitos de interesses. Esses interesses em conflito condicionam tanto o ambiente legislativo quanto o jurisdicional. Na tarefa interpretativa, cabe ao juiz recompor os interesses em conflito que estavam presentes na gestação da lei e, nos casos de lacuna, proceder ao seu preenchimento a partir de uma ponderação (*Abwägung*) dos interesses que estão em situação de tensão no caso que lhe é apresentado.

O movimento de oposição ao formalismo exegético e conceitual credita, em um primeiro momento, à vontade do legislador e, em um segundo momento, à vontade do juiz a tarefa de criação do Direito. Seja sob a premissa de que o juiz deve buscar

<sup>144</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 109.

<sup>145</sup> O qual, “en *El fin en el Derecho*, afirma rotundamente que ‘el fin o el propósito es el creador de todo Derecho’. No hay norma jurídica que no deba su origen a una finalidad, a un propósito, y que no responda a un motivo práctico. El criterio o medida que sirve para juzgar el Derecho no es un criterio absoluto de verdad, sino que es un criterio relativo de finalidad” (“em *El fin en el Derecho*, ele afirma categoricamente que ‘o fim ou propósito é o criador de toda a Lei.’ Não existe norma jurídica que não deva a sua origem a uma finalidade, a uma finalidade e não responda a uma razão prática. O critério ou medida que serve para julgar a lei não é um critério absoluto de verdade, mas é um critério relativo de propósito”). RECASÉNS SICHES, Luís. **Introducción al estudio del derecho**. 12. ed. México: Porrúa, 1997. p. 220-221.

<sup>146</sup> STRECK *op. cit.*, p. 111.



as razões sociológicas – investigar as causas – que levaram o legislador a criar a lei, seja sob a premissa de que o magistrado deve ponderar os interesses em conflito contemporâneos à elaboração da norma jurídica, seja, ainda, sob o pretexto de que o juiz (deve) recorrer(r) aos valores aos quais o legislador recorreu<sup>147</sup>, é a vontade do juízo que acaba, de todo modo, afirmando o sentido da lei. A ação política passa, nesta ordem de ideias, a ser um atributo do Poder Judiciário. Já a afamada subordinação do julgador ao legislador não passa de um delírio teórico à medida que o juiz subsume o fato à norma jurídica *com* valoração pessoal.

Teses voluntaristas e argumentos teleológicos contribuíram, destarte, para que a decisão judicial assumisse maior relevância para o Direito. Se, por um lado, o positivismo dos séculos XVIII e XIX buscou superar o jusnaturalismo, por outro, o pensamento *jusliberalista* do fim do século XIX e início do século XX buscou suplantar o formalismo. A Escola Histórica do Direito passou a sofrer a concorrência da Escola Liberal do Direito. Duas escolas cujas doutrinas e embates entre elas ainda repercutem, em especial para a construção d(e um)a teoria da decisão judicial.

A discussão, ao que tudo indica, está longe do fim. Sabe-se, não obstante, que ela, segundo Larenz<sup>148</sup>, teve início em Ihering, para quem toda

proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua *função social*: ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim social. Daqui emerge, para a ciência do Direito, a necessidade de um pensamento teleológico.

O próprio ordenamento jurídico brasileiro acaba absorvendo o teleologismo defendido por Ihering, ao prever na norma do artigo 5º do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, denominado de *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Porém, tal como em Ihering, não resta estabelecido

se os fins sociais não se subordinam, por seu turno, a uma *ordem objectiva, hierárquica e valorativa*, ordem que se exprime na ordem jurídica, como *um todo de sentido*. Este problema foi francamente estranho a IHERING, que, de resto, afora algumas observações isoladas, não logrou aplicar a sua doutrina à metodologia da Ciência

---

<sup>147</sup> HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução: José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

<sup>148</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 3. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 62.

do Direito. Veio isto a acontecer bastante tempo mais tarde, sobretudo por obra de PHILIPP HECK.<sup>149</sup>

Heck, valendo-se da premissa de que a missão da ciência do Direito é “facilitar a função do juiz, de sorte a que a investigação tanto da lei como das relações da vida prepare a decisão objectivamente adequada”<sup>150</sup>, acaba, no entanto, não estabelecendo como “a investigação histórica dos interesses” como método de interpretação responde à própria constatação de que a norma jurídica contém em si um juízo de valor sobre os conflitos subjacentes. O interesse é, aqui, a um só tempo, objeto, fator causal e critério de valoração. Para Larenz<sup>151</sup>,

A diferença entre um ciência causal, que ‘explica’ processos fácticos a partir das suas causas, e uma ciência valorativa, que ‘compreende’ os valores (como alguma coisa que desde sempre existiu) interpretativamente, vem, por conseguinte, de novo a esbater-se.

Sem dúvida, as antíteses ao positivismo clássico propuseram “uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista”; porém, ainda segundo Larenz<sup>152</sup>, não “conseguiram libertar em definitivo das malhas do conceito positivista de ciência, por muito que as suas próprias teses acabem por ir para além dele”.

Logo, tal como o positivismo primevo, a jurisprudência dos tribunais não inibe a adoção de juízos de valor, afinal, investigar os juízos valorativos do legislador não escapa ao subjetivismo particularista, além do que, ao ampliar as disposições da lei em harmonia com juízos de valor, nos casos em que não seja possível reconhecer os juízos de valor do legislador, o juiz é inevitavelmente conclamado a tecer valoração pessoal. Nesse cenário, “se o Direito é somente o produto da vontade, com independência de seu conteúdo, a situação teórica é a mesma que a do positivismo de base legal: a diferença é que o judiciário assume o lugar do legislador”<sup>153</sup>. Segundo Streck, o lançar mão de juízos discricionais, notadamente em países de tradição

---

<sup>149</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 3. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 63.

<sup>150</sup> HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução: José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 4.

<sup>151</sup> LARENZ, *op. cit.*, p. 72-73.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>153</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 175.

jurídica europeia-continental, “joga o realismo no campo do positivismo, porque se trata de um modo de construir um fato social (põe-se Direito novo, como se legislador fosse)”<sup>154</sup>.

### 3.2.2 A emancipação do direito processual civil

Desde sempre se leciona nas mais tradicionais academias de direito brasileiras, na disciplina de *Teoria Geral do Processo*, que a emancipação do direito processual frente ao direito material – por isso o estudo (da teoria) do processo – teve como marco regulatório a obra de Bülow, *Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, publicada na Alemanha em 1868<sup>155</sup>.

E o que isso tem a ver com a Criação do Direito no Brasil ou com as decisões judiciais brasileiras proferidas hoje em dia? Tem a ver que quem bradou a independência do direito processual é, pois, um dos “incentivadores da abertura metodológica do Direito. Os respectivos escritos tiveram menos repercussão do que as teses da Escola do Direito Livre, embora possam ter sido mais audaciosos”<sup>156</sup>.

<sup>154</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 173.

<sup>155</sup> “Deve-se a Von Bülow uma das mais importantes iniciativas de explicar a natureza do processo. A sua teoria, que se tornou conhecida como a teoria da relação jurídica processual, é a preferida pela doutrina clássica e pela quase totalidade dos juristas brasileiros de hoje. Dez anos após a polêmica travada entre Windscheid e Muther sobre a ação, Bülow publicou (em 1868) a obra intitulada *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais (Die Lehre von der Prozesseinreden und die Prozes;svoraussetzungen)*, mediante a qual deu conteúdo teórico à ideia de que no processo há relação jurídica. Frise-se que a ideia de uma relação jurídica entre partes e o juiz já era intuída à época do direito romano e pelos juristas medievais. A importância da obra de Bülow foi a de sistematizar, embora a partir da teoria da relação jurídica já edificada pelo direito privado - mas com base nas premissas da autonomia do processo em relação ao direito material e da sua natureza pública - a existência de uma relação jurídica processual de direito público, formada entre as partes e o Estado, evidenciando os seus pressupostos e os seus princípios disciplinadores.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3 ed. São Paulo: RT, 2017. v. 1. não paginado. Livro eletrônico). Cândido Rangel Dinamarco pondera, no entanto, que, embora “a ciência do direito processual [tenha] o seu assento de nascimento na obra de Von Bülow sobre as exceções e pressupostos processuais [...] não foi, na realidade, [Von Bülow] o primeiro a ter a intuição da existência dessa relação jurídica processual. Antes dê-lo, já tinha sido feita uma referência a esta na obra de Bethmann-Hollweg, que êle próprio cita. O seu mérito indiscutível foi o de apresentar sistematicamente a teoria, a qual fôra anteriormente objeto de um simples aceno. Vieram depois sérias disputas a respeito (a relação é linear, angular ou triangular?), contestou-se a validade da descoberta, mas é uma verdade reconhecida pelos processualistas de hoje que a teoria da relação jurídica processual foi o marco inicial da independência do direito processual civil como ramo autônomo na árvore do direito. Só a partir daí é que foi possível o desenvolvimento científico do direito processual e o encaminhamento da solução de suas questões fundamentais (especialmente daquelas referentes aos seus institutos básicos: jurisdição, ação, processo)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Reflexões sobre direito e processo**. São Paulo: Justitia, 1970, p. 45-46.

<sup>156</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito

Larenz<sup>157</sup>, a propósito, recapitula que

Na Ciência do Direito afirmou-se essa contra-corrente, nos começos do século XX, com o chamado 'Movimento do Direito Livre' de que pode considerar-se precursor o escrito de OSKAR BÜLOW, aparecido em 1885, intitulado *Gesetz und Richteramt* (Lei e função social). A idéia básica deste escrito, a que tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma actividade *criadora de Direito*. A lei não logra criar logo o Direito; é 'somente uma preparação, uma tentativa de realização da ordem jurídica' (pág. 45). Cada litígio jurídico 'põe um particular problema jurídico para que não existe ainda pronta na lei a determinação jurídica oportuna..., determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei' (pág. 32). Sob o 'véu ilusório da mesma palavra da lei' oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça 'ser em média a mais justa' (pág. 36). Não diz BÜLOW segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objectivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, 'a natureza das coisas' ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjectivo, porventura o seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma doutrina da interpretação teleológica da lei, como no sentido da teoria do 'Direito livre' - e foram-no, realmente, tanto num como noutro sentido.

O primeiro ponto de contato entre as teses de abertura do sistema jurídico à realidade fora do texto e a notória obra do jurista alemão confunde-se com o aparecimento de novas disciplinas para regular as relações do e com o Estado, em sentido, portanto, oposto ao da escola histórica e da jurisprudência dos conceitos, ligadas ao direito privado, de cunho eminentemente liberal.<sup>158</sup>

Nesse cenário pós-liberal, em que cada vez mais acentuada a presença do

---

à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 109.

<sup>157</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 3. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 78.

<sup>158</sup> "O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, 'a providência do seu povo', no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as idéias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça". CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 43.

Estado(-juiz)<sup>159</sup> na vida das pessoas com vistas à efetivação de direitos alegadamente adormecidos na ordem jurídica, o processo é guindado à condição de categoria autônoma do direito, muito por força, conforme visto, do destaque alcançado pela obra de Bülow, para quem

O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litisdenúnciação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável, e a submeter-se aos resultados desta atividade comum.<sup>160</sup>

Daí a inferência de que o inevitável *contrato de direito público* aderido pelas partes ao submeterem a relação jurídica travada no plano material ao crivo do monopólio estatal jurisdicional não tem como único efeito a sujeição daquelas ao que vier a ser, em contraprestação, assentado pelo Poder Judiciário. A jurisdição invoca algo que lhe seria inerente, a “obrigação concreta de decidir e realizar o direito”, não resumida, pois, à aventada tarefa de *dizer o Direito* preestabelecido. O cenário, o contexto e os propósitos encontram-se nitidamente vinculados à ideia de que o juiz constrói o Direito, e não apenas declara aquele previamente concebido no seio do ordenamento jurídico. Sob tal perspectiva, é constitutiva a eficácia de toda e qualquer sentença.

Advogar o que o importante autor alemão quis dizer realmente com “obrigação concreta de decidir e realizar o direito” é ousadia que beira a irresponsabilidade acadêmica. De todo modo, a época, o contexto e a metodologia (“aberta”) adotada quando da publicação da tese militam em favor do protagonismo judicial. Para além disso, o seguinte excerto da clássica obra de Bülow bem dá o tom de atividade criativa do Direito que a abertura metodológica do Direito busca, em síntese, conferir à

<sup>159</sup> “Desde Oskar von Bülow – questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein –, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, ‘porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo’, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na sequência, a Escola do Direito Livre”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 59.

<sup>160</sup> BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais.** Tradução e notas: Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: LZN, 2005. p. 6.

atividade jurisdicional:

No processo dá-se uma transformação em cada relação; pois por causa dele a relação litigiosa - que, de modo algum, deve ser identificada com a relação processual - também sofre uma metamorfose (*dare oportere... condemnare oportere iudicatum facere oportere* [convém dar... convém condenar... convém emitir um juízo]). Porém não somente o direito subjetivo mas também o direito objetivo experimenta uma transformação por meio do processo: a lei vai do mandato jurídico abstrato (a *lex generalis*) ao mandato jurídico concreto (a *lex specialis* da sentença) e finalmente, à efetiva realização deste (a execução).<sup>161</sup>

Com efeito, do ponto de vista do *Pai do Processo*<sup>162</sup>, a carga de eficácia do ato jurisdicional é tão forte – mas tão forte(!) – que chega a transformar o Direito objetivo. O “mandato jurídico abstrato (a *lex generalis*)”, quando muito, é apenas o ponto de partida para o “mandato jurídico concreto (a *lex specialis* da sentença)”, afinal de contas, se o Direito objetivo chega a ser transformado no processo, é sinal de que, sob tal ótica, o Direito posto não é fundamental para o desvelo da lide. Nesse caso, o juiz não revela o Direito material, mas o constrói, valendo-se ou não de algum ou outro pressuposto normativo preestabelecido. À vontade. As partes aderem ao *contrato de direito público* trazendo o(s) fato(s) a juízo, ao mesmo tempo em que se sujeitam ao arbítrio estatal responsável por dizer *o que é o Direito*, e não *o Direito*, tal como se só o juiz o conhecesse efetivamente.<sup>163</sup> E aqui se concentra sobremodo o segundo ponto que aproxima as teses que pregam a abertura do sistema jurídico além texto da lei e a obra histórica de Bülow.

<sup>161</sup> BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais**. Tradução e notas: Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: LZN, 2005. p. 7.

<sup>162</sup> Quem sabe, *Deus do Processo*, já que no Brasil, assim como em outras nações, sabidamente, é muito comum atribuir-se a figura de pai (ou de mãe) *disso-ou-daquilo* principalmente a autores de projetos de código. Pais “acadêmicos” e/ou “legislativos” e/ou “judiciários” são em grande número, portanto. Por isso, não menos apropriado parece alcunhar o *Libertador do Processo* de *Deus Processual*, ou, ao menos, de *Papa do Processo*, se se entender que aquela alcunha divina logra um pouco desmesurada.

<sup>163</sup> Em contrapartida, a crítica de Nunes e Delfino: “O *iura novit curia* entretanto não deve ser esquecido no sótão onde jazem as coisas amarelecidas e cujo tempo tratou de tornar supérfluas. Há que encará-lo com lentes ajustadas à normatividade constitucional e afastar de seu âmago a arrogância estatal monopolizadora do saber jurídico. Não é crível conservá-lo em seus contornos atuais, como um “caballho de Troya” serviente a toda sorte de excessos potenciais e voluntarismos por parte daqueles que exercem o poder jurisdicional. Nada justifica mantê-lo enfim como álibi para que o juiz, ou qualquer um solitariamente, transite com liberdade na interpretação e qualificação jurídica dos fatos que embasam a demanda”. NUNES; Dierle José Coelho; DELFINO Lúcio. Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 Set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada>. Acesso em: 10 jan. 2021.

As circunstâncias em que ocorre a independência do processo frente ao direito material permitem assentar, por conseguinte, que a autonomia daquele perante esse não é fruto do singelo diagnóstico de que o direito processual é efetivamente regido por um complexo de normas e princípios próprios que devem reger a função jurisdicional desempenhada pelo Estado em razão do “veto à satisfação voluntária, ditado pela ordem jurídica (como no caso de pretensões penais e outras), ou da omissão da satisfação por quem poderia ter satisfeito a pretensão”<sup>164</sup>. Não há, aqui, simplesmente, uma transição que se apresenta inevitável. Ocorre, isto sim, uma revolução. Ora, em um contexto pós-liberal, em que os cidadãos clamam a intervenção jurisdicional face à alegada insuficiência da ordem jurídica à concretização de direitos, e jurídico-intelectual, em que se prega a abertura metodológica do Direito para além da lei, Bülow, um entusiasta da abertura do sistema jurídico à realidade *fora do texto*, publica a obra *Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais* pregando não uma singela instrumentalidade do processo para com o direito material, mas a insubmissão da atividade jurisdicional ao Direito posto, “se necessário”, “no caso concreto”<sup>165</sup>.

### 3.2.3 A unidade do ordenamento jurídico

A emancipação do direito processual civil, sintomatizada na obra de Bülow, é forjada, ao que tudo sugere, em um ambiente predominantemente monista (do ordenamento jurídico)<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 46.

<sup>165</sup> A respeito “da ideologia do caso concreto”, a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck adverte: “Forma-se, desse modo, um círculo vicioso no interior da dogmática jurídica: primeiro, em face do domínio do positivismo, admite-se interpretações discricionárias e arbitrárias (afinal, como é sustentado por juristas dos mais variados matizes, não há como impedir a ‘criatividade’ dos aplicadores, como se estivéssemos condenados ao solipsismo), tudo em nome da ideologia do caso concreto, para, depois, ‘congelar-se’ esse sentido, como fosse possível abarcar todas as futuras hipóteses de aplicação. Isto é, em nome do ‘caso concreto’ institucionaliza-se uma espécie de ‘grau zero de sentido’. Só que esse ‘caso’ desaparece no entremeio do processo de conceitualização. Para evitar mal-entendidos: é evidente que o direito é ‘uma questão de caso concreto’. Mas, do modo como se procede na dogmática jurídica, o ‘caso concreto’ – que possui particularidades (ele, afinal, não é um standard jurídico) deixa de ser um caso, porque fica obnubilado pela pretensão de universalização que é feita a partir dele, problemática bem presente na proliferação de verbetes que a cultura manualesca ‘institucionalizou’ no campo jurídico”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 943-944.

<sup>166</sup> “Ainda são sustentadas, depois de aproximadamente cem anos, as teorias de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei - atribuída a Chiovenda - e de que o juiz cria a norma individual para o caso concreto, relacionada com a tese da “justa composição da lide” - formulada

Deveras, a definição de processo, para o autor alemão, não corresponde àquela posteriormente notabilizada pela teoria chiovendiana, no sentido de que o processo busca “apenas à atuação (ou seja, à realização prática) da vontade do direito, não contribuindo em nada para a formação das normas concretas; o direito subjetivo e a obrigação preexistem a ele”<sup>167</sup>. Acaba, isto sim, confundindo-se com a teoria carneluttiana, segundo a qual

o direito objetivo não tem condições para disciplinar sempre todos os conflitos de interesses, sendo necessário o processo, muitas vezes, para a complementação dos comandos da lei. O comando contido nesta é incompleto, é como se fosse um arco que a sentença completa, transformando-o em círculo. Para quem pensa assim (*teoria unitária* do ordenamento jurídico), não é tão nítida a cisão entre o direito material e o direito processual: o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença. O processo teria, então, o escopo de *compor a lide* (ou seja, de editar a regra que soluciona o conflito trazido a julgamento).<sup>168</sup>

---

por Carnelutti” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 1. Livro eletrônico). A par das teorias monistas e dualistas, Recaséns Siches atribui ao direito dois modos de formação: “A) Producción originaria, que es aquella en que se crea la norma fundamental de un orden jurídico, la cual da nacimiento a éste, sin apoyo en ninguna norma jurídica positiva previa. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el establecimiento de una organización jurídica nueva en un territorio no perteneciente a ningún Estado; en la fundación de un nuevo Estado, como sucedió con el Imperio Alemán en 1870; y con la conversión de colonias en nuevos Estados; asimismo, la revolución, el golpe de Estado y la conquista triunfantes. B) Producción derivativa, que es aquella que tiene lugar cuando se crean normas, de acuerdo con lo dispuesto en un orden jurídico positivo ya constituido, por las competencias o los órganos, y según los procedimientos, establecidos en ese orden jurídico, verbigracia: las leyes ordinarias dictadas por el poder legislativo que está consagrado por la Constitución; los reglamentos decretados por las autoridades competentes para ello; las cláusulas de los negocios jurídicos (por ejemplo, contratos, testamentos, etc.); las resoluciones administrativas; las sentencias pronunciadas por los tribunales competentes según lo previsto en las leyes; etc” (“A) Produção original, que é aquela em que se cria a norma fundamental de uma ordem jurídica que lhe dá origem, sem amparo em qualquer norma jurídica positiva anterior. É o que acontece, por exemplo, no estabelecimento de uma nova organização jurídica em um território que não pertence a nenhum Estado; na fundação de um novo estado, como aconteceu com o Império Alemão em 1870; e com a conversão de colônias em novos estados; da mesma forma, a revolução, o golpe de Estado e a conquista triunfante. B) A produção derivada, que é aquela que se realiza no momento da constituição das normas, de acordo com as disposições de um ordenamento jurídico positivo já constituído, pelos poderes ou órgãos, e de acordo com os procedimentos, estabelecidos nesse ordenamento jurídico, por exemplo: as leis ordinárias promulgadas pelo poder legislativo que são consagradas pela Constituição; os regulamentos decretados pelas autoridades competentes para o efeito; as cláusulas de negócios jurídicos (por exemplo, contratos, testamentos, etc.); resoluções administrativas; as sentenças proferidas pelos tribunais competentes de acordo com as disposições da lei; etc”). RECASÉNS SICHES, Luís. **Introducción al estudio del derecho**. 12. ed. México: Porrúa, 1997. p. 184.

<sup>167</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel.

**Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 45.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 45.



Apesar do confronto doutrinário<sup>169</sup>, ao qual também está sujeita a teoria dualista do ordenamento jurídico de Chiovenda (*a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei – a aplicação da vontade da lei ao caso concreto*<sup>170</sup>)<sup>171</sup>, a teoria monista do ordenamento jurídico de Francesco Carnelutti (*a justa composição da lide – a sentença, ao tornar a lei particular para as partes, compõe a lide*) concebe o direito como resultado da criação judicial, isto é, o juiz cria/produz a norma individual ou a norma do caso concreto “que passa a integrar o ordenamento jurídico”<sup>172</sup>. Nas palavras do jurista espanhol Ramos Mendez<sup>173</sup>,

<sup>169</sup> Em crítica ao monismo, sustenta Oliveira: “absorvendo todo o ordenamento substancial no processual ou inversamente, nega-se a existência do direito a não ser como poder de pedir ao Estado a tutela jurídica, ou a aplicação de sanções, o que vem a dar no mesmo. Fundamento dessa concepção é que o direito é poder, força, e que essa habita na organização do Estado, único aplicador das sanções. Para semelhante concepção, elemento essencial do direito é a sanção, ou melhor, o direito não é senão poder de aplicar sanções ou de pedir sua aplicação ao Estado. Dessa forma, coloca-se a essência do direito na força que a faz aplicar no caso de inobservância, negando, implícita ou explicitamente, constitua a adesão espontânea o fundamento da obediência à norma. Não é possível aceitar tal concepção, que exclui haja direito onde falta a força para aplicá-lo. Tampouco o problema da obediência ao contexto normativo se resolve (Binder) afirmando-se que não se deve confundir o problema psicológico da observância do ordenamento jurídico em geral com o vínculo das normas em relação ao indivíduo: a experiência jurídica se funda, o ordenamento jurídico se constrói, com a formação de um animus adequado, que é de todos e dos indivíduos, de modo a assegurar a observância do ordenamento e das normas. A concepção monista desconhece que nenhuma norma pode ser aplicada contra o consenso geral”. Conclui o processualista gaúcho que “o monismo não se configura nos ordenamentos jurídicos estabelecidos por via de codificação, entre os quais se inclui o brasileiro, circunstância a distinguir de forma translúcida o direito material do processual, o momento da incidência do momento da aplicação”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 8-9.

<sup>170</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3.

<sup>171</sup> “Ao individualizar a norma superior, o juiz a declara. Quando torna a norma concreta, ou compõe a lide no sentido da doutrina de Carnelutti, faz apenas um processo de adequação da norma - já existente - ao caso concreto. É certo que a norma jurídica, genérica e abstrata, pode ser concretizada ainda que sem a necessidade do processo. Para tanto, basta que um fato se enquadre perfeitamente à previsão da norma abstrata. Mas se isso não ocorre - até mesmo porque não é fácil, à primeira vista e de comum acordo, concluir se um fato se adapta à previsão da norma abstrata -, surge como necessária a jurisdição para dizer se o fato ocorrido está por ela albergado. Mediante uma atividade de conhecimento do fato e de inteligência da norma, o juiz, ao proferir a sentença, individualiza a norma, tornando-a concreta para os litigantes. [...]. Quando os processualistas clássicos sustentam que a sentença fixa a lei do caso concreto, obviamente não querem dizer que a sentença não é fiel à lei que preexiste ao processo, mas apenas que a sentença, após o processo ter encerrado - e produzido o que se chama de coisa julgada material -, vale como lei para as partes. [...] as concepções de Carnelutti e Calamandrei, apesar de filiadas à teoria unitária do ordenamento jurídico, não se desligaram da ideia de que a função do juiz está estritamente subordinada à do legislador, devendo declarar a lei. Na verdade, a distinção entre a formulação de Chiovenda e as de Carnelutti e Calamandrei está em que, para a primeira, a jurisdição declara a lei, *mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico*, enquanto, para as demais, a jurisdição, *apesar de não deixar de declarar a lei*, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 1. Livro eletrônico.

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1979. p. 175.

La evolución que se observa desde la concepción del juez como simple boca muerta que pronuncia las palabras de la ley hasta el pensamiento que propugna la concreción del ordenamiento jurídico por obra del juez, es un claro exponente de las novedades ocurridas em dicha materia.<sup>174</sup>

A reprovação de boa parte da doutrina quanto à sujeição da criação do Direito, segundo a teoria carneluttiana, à existência de um conflito de interesses individuais (privados) para ser resolvido ou de uma lide para ser composta pelo juiz, não impede, segundo pondera Ramos Mendez<sup>175</sup>, o ato jurisdicional de consagrar “el derecho de una forma carismática”:

Pero si de esta forma el proceso yaha cumplido prácticamente su función, el juicio recién creado transcende su propia singularidad, se proyecta hacia el futuro em el ámbito del ordenamiento jurídico. Con esta perspectiva de futuro, el juicio se hace jurisprudencia, verdadera savia vivificante del derecho. Es a través de la jurisprudencia como puede seguirse las huellas de lo justo y de lo injusto a lo largo de las diversas decisiones de los casos; que por un lado son historia, pero por outro se perpetúan por encima de los concretos intereses a que se referían.

[...]

Por el proceso, el derecho de las partes supera su propia singularidad y se hace ordenamiento jurídico, que es también ordenamiento de sujetos.

A propósito, não se concebe na doutrina clássica outra classificação do ordenamento jurídico senão em unitarista e em dualista, não obstante, destaque-se, o processualista civil gaúcho Tesheiner<sup>176</sup> proponha meia distância entre os dois extremos ao referir que

se insere nessa discussão o próprio conceito de direito, além do tema

<sup>174</sup> “A evolução que se observa desde a concepção do juiz como simples boca morta que pronuncia as palavras da lei ao pensamento que preconiza a efetivação do ordenamento jurídico pelo juiz é um claro exemplo das novidades ocorridas nesta matéria”. MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1979.

<sup>175</sup> “Mas se, dessa forma, o processo praticamente cumpriu sua função, o julgamento recém-criado transcende sua própria singularidade, é projetado para o futuro no campo do sistema jurídico. Com essa perspectiva futura, o julgamento se torna jurisprudência, a verdadeira força vital da lei. É através da jurisprudência que os traços do que é justo e do que é injusto podem ser acompanhados ao longo das várias decisões dos processos; que por um lado são história, mas por outro se perpetuam sobre os interesses específicos a que se referem. [...] Com o processo, o direito das partes supera sua singularidade e se torna uma ordem jurídica, que também é uma ordem de sujeitos”. *Ibid.*, p. 178 e 193.

<sup>176</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. Direito material e processo – monismo e dualismo. Porto Alegre: **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, 19 ago. 2008. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/62-artigos-ago-2008/5931-direitoma-terial-e-processo-monismo-e-dualismo>. Acesso em: 15 jan. 2021.

da existência de um mundo jurídico, em que ocorreria a incidência automática da norma posteriormente declarada e aplicada pelo juiz.

O Direito só existe na medida em que se concretiza. Trata-se, então, de saber se o cumprimento espontâneo de uma norma jurídica constitui concretização do Direito. A resposta é afirmativa. [...] existe um direito material que se pode independentemente de qualquer sanção ou de ato de qualquer autoridade.

Mas há um outro modo de se ver o Direito. É que o fato da correspondência de uma conduta com a prescrição de uma norma não gera, como tal, qualquer efeito jurídico. [...] pode-se dizer que o cumprimento espontâneo das normas jurídicas diz respeito mais à Sociologia do que ao Direito.

Ora, o que mais interessa para a ciência do Direito é a resposta dos órgãos públicos, isto é, a sanção abstratamente prevista no Direito proclamado pelo Estado.

Por isso, a juridicidade está vinculada à conduta de quem tem poderes para impor coercitivamente a resposta jurídica. Pode ser a comunidade como um todo, como nas sociedades primitivas (pense-se, por exemplo, na hipótese de linchamento). Nas sociedades modernas, pelo fenômeno da especialização das funções, há pessoas (autoridades) para criar e aplicar o Direito, ou seja, para declarar o que é Direito e para dar resposta jurídica a condutas reais ou imaginadas, ou mesmo malevolamente imputadas a seu autor.

Em que pese o labor científico-processual de Chiovenda, iniciado em 1894, tenha se colocado ao lado da escola científica alemã, e não da clássica escola italiana, de feição exegética, Carnelutti, “pai” do código de processo civil italiano de 1940, segue, portanto, o caminho da abertura metodológica do sistema jurídico mediante o reconhecimento de que é no processo, na decisão judicial, que o Direito ganha vida (se é que, sob tal ótica, se pode dizer que o corpo já vem formado do plano material, pois não há como conceber – na sentença – algo já concebido – pelo Direito posto).

Para a teoria monista do ordenamento jurídico, o Direito perfectibiliza-se na sentença. O Direito em si não é resultado da atividade legislativa, mas fruto do ofício judicial consubstanciado na sentença. Aqui, o processo é fim, e não meio. Técnica sem a qual não há fim. O processo é imprescindível à constituição do Direito subjetivo. Segundo Ramos Mendez<sup>177</sup>, “el juicio se exterioriza em el momento de la decisión jurisdiccional. La sentencia, em admirable síntesis, resuelve el dualismo juez/norma jurídica al fijar el derecho de las partes, instrumentado a través del proceso”.

Em suma, para os monistas ou unitaristas, o Direito material não resolve as situações conflitivas. Necessita do processo para complementar o comando abstrato previsto na norma jurídica. O que significa dizer que o Direito subjetivo só surge com

---

<sup>177</sup> MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1979. p. 174.

a sentença, que cria o preceito jurídico que vai regular o caso concreto. Leciona, com efeito, Dinamarco<sup>178</sup> que, na perspectiva monista,

o direito nasce da sentença, [...] as normas jurídicas concretas se produzem ao longo do arco da colaboração entre as chamadas atividades legislativa e judiciária do Estado: o direito subjetivo nasce com o processo e com a sentença, antes dos quais não há senão interesses relevantes para o direito, interesses em conflito, mas direito subjetivo não. A norma que rege a concreta relação entre indivíduos depende para sua existência, da atividade do juiz.

Nesse estado de coisas, pode-se sustentar tranquilamente que aqui reside mais um dos motivos por que boa parte dos juízes brasileiros se julgam autorizados a abrir – e não lançar – mão dos pressupostos normativos previamente concebidos pela comunidade política ao julgarem as pretensões que lhes são deduzidas. Afinal, acredita-se que a criação do Direito é contemporânea à data da sentença. O cenário foi e continua sendo propício para tanto, independentemente da denominação teórica que se lhe empregue.

Mesmo que se tencione pormenorizar os retumbantes efeitos práticos do monismo, sustentando-se que a jurisdição, nesse caso, não deixa de declarar a lei, ou que, no processo, como ramo do Direito público, há uma socialização da pretensão individual, ou, ainda, que “a juridicidade está vinculada à conduta de quem tem poderes para impor coercitivamente a resposta jurídica”, a teoria monista do ordenamento jurídico, ao pregar a abertura metodológica do Direito para além da lei, acaba concentrando na jurisdição a universalização dos indigitados “casos concretos” – com as mesmas consequências que o próprio modelo filosófico busca combater –, com a agravante de que tal método, no Brasil, não corresponde àquele tradicionalmente incorporado, àquilo, pois, que o sistema jurídico europeu-continental, romano-germânico, tem como Direito democraticamente constituído.

O extrato teórico monista/unitarista, ainda que assimilado inconscientemente, está por trás do surto inventivo que assombra e seduz o imaginário jurisdicional. Julgar-se, pois, autorizado a criar o direito, sob qualquer pretexto, é uma constante no

---

<sup>178</sup> O processualista paulista recorda, ademais, que foi “Von Bülow o primeiro a sustentar, para o direito moderno, a tese da unidade do ordenamento jurídico. [...] O direito, pois, na concepção de Von Bülow, se forma escalonadamente, a principiar da norma incompleta contida na lei e consumando-se com a sentença que completa essa norma e faz nascer o direito subjetivo do caso concreto”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Reflexões sobre direito e processo**. São Paulo: Justitia, 1970. p. 204-205.

âmbito dos órgãos jurisdicionais brasileiros. Desde os primeiros ensaios de abertura metodológica do Direito.

### 3.2.4 A norma jurídica individualizada

A vertente monista/unitária do ordenamento jurídico ressurgiu, outrossim, na Teoria (Pura do Direito) de Kelsen<sup>179</sup>, para quem

O chamado 'juízo' judicial não é, de forma alguma, tampouco como a lei que aplica, um juízo no sentido lógico da palavra, mas uma norma - uma norma individual, limitada na sua validade a um caso concreto, diferentemente do que sucede com a norma geral, designada como 'lei'.<sup>180</sup>

Sob tal ótica<sup>181</sup>, o direito é determinado no julgamento, a partir do caso concreto trazido a juízo. A norma jurídica é processualmente individualizada na sentença. Recaséns Siches<sup>182</sup> endossa tal posicionamento anotando que

la norma individualizada es la única norma jurídica perfecta, completa, porque es la única capaz de ser impuesta inexorablemente, ejecutada coercitivamente, si esto fuere necesario. Sólo la norma jurídica individualizada es la que tiene plenitud de sentido, porque articula la directriz de la norma general con la realidad de la vida, que es siempre concreta y particular.

<sup>179</sup> É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico. Lembre-se de que, para Kelsen - certamente o grande projetor dessa última teoria -, o juiz, além de aplicar a lei, cria a norma individual (ou a sentença)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 1. Livro eletrônico.

<sup>180</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 13.

<sup>181</sup> Diga-se, motivada, segundo Streck, pela redenção de Kelsen ao entendimento de que “a interpretação do Direito é evitada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista [...] impossível de ser corrigido”. A lógica rigorosa, por outro lado, é tema da “teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da ciência do Direito”. Para o autor austríaco, a *interpretação como ato de conhecimento*, objeto do estudo puramente científico do direito, produz *proposições*. O problema é sintático; já “A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua 'aplicação', *normas*”. O problema aqui é semântico. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38-39.

<sup>182</sup> “A norma individualizada é a única norma jurídica perfeita e completa, porque é a única capaz de ser inexoravelmente imposta, coercitivamente executada, se necessário. Só a norma jurídica individualizada é aquela que tem sentido pleno, porque articula a diretriz da norma geral com a realidade da vida, sempre concreta e particular”. MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1979. p. 208.

Portanto, quando, na esteira de Kelsen<sup>183</sup>, atribuímos ao ato do juiz ou tribunal o sentido objetivo de uma norma individual, “Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o magistrado promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto”:

Atualmente, reconhece-se a necessidade de uma postura mais ativa do juiz, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e normas constitucionais, mormente com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme à Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.

Quando dá uma interpretação à lei conforme a Constituição ou reputa a lei inconstitucional, o juiz cria uma norma jurídica para justificar a sua decisão. [...] Não se está referindo aqui à norma jurídica individualizada (norma individual) contida no dispositivo da decisão, mas à norma jurídica entendida como resultado da interpretação do texto da lei e do controle de constitucionalidade exercido pelo magistrado. [...]

A norma jurídica criada e contida na fundamentação do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, as razões de decidir [...]. Trata-se de 'norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto', que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações”.<sup>184</sup>

Identifica-se, a par da constatação de que o Direito subjetivo dependeria da decisão judicial, logo, da existência de um conflito de interesses individuais judicializado, a pretensão de se conferir à *norma jurídica individualizada* de Kelsen e também à teoria monista do ordenamento jurídico – caráter publicista<sup>185</sup>, não reduzido,

<sup>183</sup> “Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou juris-“dição” (“declaração” do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 43.

<sup>184</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1, p. 160.

<sup>185</sup> Para Streck, um caráter generalista, isto sim, é que se deve conferir a teses essencialistas-objetivistas como tais: “Com efeito, de há muito sustento que a crítica do ‘mito do dado’ feita por Heidegger é um dos pontos centrais para que se possa elaborar uma crítica consistente às Súmulas Vinculantes e ao modus interpretativo dominante no plano da doutrina e da jurisprudência. Relembro

todavia, ao poder regulatório estatal e à simples presença do Estado na relação jurídica de direito processual identificada na *Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais* de Bülow. Além de a sentença produzir no respectivo *dispositivo* a norma jurídica *para o caso concreto*, cria(ria) na respectiva *fundamentação* a norma jurídica *diante do caso concreto*, consoante os ditames fundamentais. De modo que “el juicio recién creado transcende su própria singularidad, se proyecta hacia el futuro en el ámbito del ordenamiento jurídico”.

A *norma jurídica individualizada* de Kelsen tem como pano de fundo (um)a releitura da teoria da separação de poderes, princípio de organização política esse, cujas funções distintas e coordenadas, para o teórico austríaco, não vem a se sustentar diante dos fatos. Em *Teoria Geral do Direito e do Estado*<sup>186</sup>, argumenta, com efeito, que “não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito”. Prossegue o jurista:

É impossível atribuir a criação de Direito a um só órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções. É dificilmente possível e, de qualquer modo, indesejável, até mesmo que se reserve a legislação - que é apenas um determinado tipo de criação de Direito - a um ‘corpo separado de funcionários públicos’ e se excluam todos os outros órgãos dessa função.

[...] Não existe nenhuma ordem jurídica, de nenhum Estado moderno, segundo a qual os tribunais e autoridades administrativas sejam excluídas da criação de normas jurídicas gerais, isto é, da legislação, e da legislação não apenas com base em estatutos e regras de costume, mas também baseada na constituição. Na prática, o que importa é apenas uma organização da função legislativa segundo a qual todas as normas gerais têm de ser criadas ou pelo órgão chamado legislativo ou por outros órgãos, classificados como órgãos do poder executivo ou judiciário, com base em uma autorização da

---

que, muito antes de serem transformadas em ‘vinculantes’, já sustentava (e denunciava) que há(via) nelas uma nítida pretensão objetivista, que nos joga(va) de volta ao ‘mito do dado’. Trata-se da construção de enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas a priori, “oferecidas” antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos). Isto é, as súmulas são uma espécie de ‘antecipação de sentido’, uma ‘tutela antecipatória das palavras’ ou, ainda, uma atribuição de sentido inaudita altera partes...! Mais ainda, são o produto de um neopandectismo, represtinando a pretensão de construção de “realidades supra-legais”, em que os conceitos adquirem ‘vida autônoma’. As súmulas, assim como os ementários que (pré)dominam as práticas judiciárias, tem a pretensão de possuírem uma substância comum a todas ‘as demandas’ (causas). Isso explica as razões pelas quais não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses. Essas teses – transformadas em super-enunciados – proporcionam ‘respostas antecipadas’. No fundo, trata-se de um ‘sonho’ de que a interpretação do direito seja isomórfica”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 129-130.

<sup>186</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 386-387.

parte daquele órgão.

Kelsen leciona que as funções do Estado são funções de criação do Direito porque parte do pressuposto de que *poder estatal* é sinônimo de *sistema jurídico válido*, segundo ele, “necessariamente, uno e indivisível”<sup>187</sup>. Logo, para o autor, qualquer função de(o) Estado é uma função jurídica.

O cientista do Direito prossegue sustentando que há uma aparência de separação entre a legislação e outras funções estatais porque apenas as normas gerais criadas pelo poder legislativo são chamadas de leis. Para o teórico, o legislativo não detém o monopólio da criação das normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida, uma mera prioridade. Cita que os tribunais cumprem uma função legislativa quando são autorizados a anular leis inconstitucionais, quando anulam decretos-lei ilegais ou desarrazoados, quando as respectivas decisões se tornam precedentes a partir de casos concretos.

Alição de Kelsen não se mostra, a toda a evidência, infensa a questionamentos, entre os quais se destacam se, realmente, não há um princípio ou um pressuposto teórico com propósitos liberais<sup>188</sup> construído ao longo de séculos que justifica o Direito advir de um corpo democraticamente constituído para reproduzir politicamente os valores e anseios do povo e se a superação da legislação, a qual segundo o próprio Kelsen detém prioridade para estabelecer normas gerais e abstratas, não seria, com efeito, evento excepcional que justificaria o exercício da função típica do Poder Judiciário de controle da constitucionalidade e da legalidade dos atos dos demais poderes.

De todo modo, fato é que a Teoria do Direito, sobretudo a Teoria do Processo, vem sendo abastecida ao longo do tempo por trabalhos científicos que albergam a ideia de que o Direito não é aquele preestabelecido no ordenamento jurídico pela comunidade política, também não é aquele “adormecido” na ordem jurídica, tampouco aquele dependente do processo judicial.

A crença de que o Direito subjetivo só ganha vida na sentença tem alçado à

---

<sup>187</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 109.

<sup>188</sup> O qual, segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino, coincide com o constitucionalismo, notadamente pelo prestígio das pessoas que o corroboram, entre eles Locke, Montesquieu e Kant. BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. *Constitucionalismo*. In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mònaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998. v. 1, p. 248.



jurisdição autonomia frente ao Direito material à semelhança da radical proposta da Escola do Direito Livre que, ao contrário da Jurisprudência dos Interesses – a qual ao menos estabelece um método (o da ponderação) para guiar a atividade criativa do intérprete/juiz –, admite inclusive decisões *contra legem*. De *la bouche de la loi* a revelador do Direito posto, o juiz tem sido elevado à categoria de criador do Direito à medida que lhe é atribuída a tarefa de afirmar o sentido da lei por vontade própria, politicamente. É a magistratura/jurisdição elevada à categoria de protagonista do Direito, e não como ofício estatal voltado especialmente à consagração da primeira dimensão dos direitos humanos. “Ora, é viva a presença de Bülow e Kelsen nessas afirmações, as quais só são logicamente aceitáveis (prescindindo-se de outras críticas) dentro do sistema unitário do ordenamento jurídico”<sup>189</sup>.

### 3.2.5 A instrumentalidade do processo

Outro marco doutrinário que contribui para a noção de processo desapegada da metodologia do Direito preso à lei diz com a (o “princípio” da) instrumentalidade do processo, muito difundida no Brasil ainda nos dias hoje no campo da teoria processual:

A instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à '*ordemjurídicajusta*'. Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos *objetivos a atingir*, como também conhecer e saber superar os *óbices* econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça.<sup>190</sup>

Do entendimento doutrinário clássico no sentido de que tal “princípio”, sob o *aspecto negativo*, deve deferência aos “desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento”<sup>191</sup>, advém sonora contradição à proporção que se confere à jurisdição o “integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico [...] capaz de servir de eficiente caminho à '*ordemjurídicajusta*'” (*aspecto*

<sup>189</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Reflexões sobre direito e processo**. São Paulo: Justitia, 1970. p. 67.

<sup>190</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 47.

<sup>191</sup> *Ibid.*

*positivo*). Tal como competisse ao Poder Judiciário definir os valores e anseios sociais, políticos e jurídicos da sociedade<sup>192</sup>; tal como se a jurisdição fosse o baluarte do Estado Social<sup>193</sup>; tal como se a justiça fosse atributo exclusivo da atividade jurisdicional, e não horizonte, por si só, da ordem jurídica estabelecida. Enfim, é o juiz sabedor de antemão do resultado que ele mesmo produzirá por meio de um instrumento chamado *processo*, não por conta do que a sociedade já assentou legítima e democraticamente, mas sim em decorrência das próprias valorações pessoais, da respectiva subjetividade. Assegura Streck<sup>194</sup>, com efeito, que,

ao mesmo tempo que a referida corrente prega a realização do direito material, ela se aproxima das teses da jurisprudência dos conceitos e, no momento em que coloca a jurisdição como epicentro do edifício processual, parece pactuar com as posturas realistas ou do movimento do direito livre, que está na base da formatação da chamada ‘jurisprudência da valoração’.

A propósito, segundo a doutrina de Streck, (o “princípio” d) a instrumentalidade do processo nada mais consiste do que um *panprincípio*, um *álibi teórico*, um *standard valorativo*, por meio do qual se pode dizer qualquer coisa sobre a interpretação da lei; finda, por conseguinte, por fragilizar “sobremodo o necessário grau de autonomia que o Direito necessita preservar em uma democracia”<sup>195</sup>:

por intermédio desse princípio, que trata do desprezo das formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais, autoriza-se o juiz estabelecer os caminhos necessários para chegar a um determinado lugar, desde que não cause prejuízo as partes. Um exemplo é a fixação de multa com caráter inibitório por arbitramento do juiz. No fundo, é uma aposta na tradicional delegação processual em favor da prudência do juiz. O processo deixa de ser considerado um direito (‘material’) para ser um mero instrumento para alcançar um fim maior. Pode-se dizer que, no espaço ‘aberto’ por este princípio, localiza-se, por exemplo, a possibilidade do juiz julgar improcedente a demanda

---

<sup>192</sup> Nem sempre “os membros de uma sociedade política compartilham, ou tenham de compartilhar, de modo comunitarista, os mesmos supostos axiológicos, uma mesma concepção de vida e de mundo”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 118.

<sup>193</sup> “O processo, nesse contexto, passa a ser utilizado como instrumento para demandas de longo prazo, decorrentes de incongruências do constitucionalismo e do próprio modelo de Estado Social que não consegue realizar de forma plena o seu projeto inclusivo”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 181, abr. 2014.

<sup>194</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 32.

<sup>195</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 149.

(artigo 285-A, do CPC) de plano, pois já teria julgado causa similar, alcançando o fim da celeridade eleito pelo sistema. Ou, com outras palavras, abreviando caminhos. Se o juiz já conhece o fim (resultado), não precisa transitar novamente pelo meio (compreensão/interpretação). A aposta é feita a partir de uma “verdade essencialista”. A instrumentalidade do processo é herança antiga do paradigma da filosofia da consciência (na verdade, de sua vulgata).<sup>196</sup>

O próprio Dinamarco, a quem é atribuída a paternidade da *instrumentalidade do processo* no Brasil, observara anteriormente à publicação da notória obra *A Instrumentalidade do Processo* (1987) – segundo a qual o meio só se legitima em função dos fins a que se destina – que, à época, já repousavam críticas sobre os ideais unitaristas do ordenamento jurídico, inclusive a pecha de *panprocessualistas*, pela tamanha pretensão de condicionar a existência do direito subjetivo à chancela judicial:

Contra as teses unitárias *pan-processualistas* (i.é, aquelas que resolvem o ordenamento jurídico no processo, fora do qual não há uma norma concreta), há ainda o argumento fornecido pela disciplina legal das dívidas de jôgo (CC 1.477-1 479): é um caso em que não há a menor possibilidade jurídica de acerto judicial, e nem por isso deixa de haver um direito subjetivo, uma obrigação (e tanto isso é verdade, que se houver um pagamento voluntário a importância não é repetível).<sup>197</sup>

Tais críticas, no entanto, não dissuadiram o insígne processualista civil de defender o protagonismo judicial via *instrumentalidade do processo*:

A fase *instrumentalista*, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária.<sup>198</sup>

*A instrumentalidade do processo* foi criticada pela *Escola Monista*, por dissociar

<sup>196</sup> STRECK, O pamprincipiologismo e a flambagem do direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 out. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 13 jan. 2021.

<sup>197</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Reflexões sobre direito e processo**. São Paulo: Justitia, 1970. p. 63.

<sup>198</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 49.

direito material e direito processual<sup>199</sup>, como o é hoje pela Crítica Hermenêutica do Direito, para a qual a *instrumentalidade* não deve alçar o processo a mero instrumento do Estado-juiz e deve ser submetida, antes e acima de tudo, à validade constitucional, buscando-se na hermenêutica um autêntico limite da atividade jurisdicional, em direção a um constitucionalismo compromissório que possibilite a efetivação de um regime democrático. De acordo com Streck<sup>200</sup>,

não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta ‘superação’ da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a ‘dobra da linguagem’, vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como o da ‘superação’ da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático.

Nesse rumo, identifica-se que, apesar de a doutrina da instrumentalidade verbalizar que o processo é meio para a realização plena do direito material, ao concebê-lo, também, como instrumento teleológico voltado à consecução de anseios políticos, sociais e jurídicos, segue o rumo do protagonismo judicial proposto e vivenciado desde os primeiros combates ao positivismo clássico. O problema do “princípio” da instrumentalidade do processo reside, portanto, na valência de escopos metajurídicos que permitem ao juiz realizar determinações jurídicas alheias ao Direito democraticamente legislado.

---

<sup>199</sup> Passos ressalta, com efeito, que o direito se produz processualmente, na medida em que “separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável. Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um. Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o *ser* do direito do *dizer* sobre o direito, o *ser* do direito do *processo* de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2001, n. 102. p. 64.

<sup>200</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 44.

### 3.2.6 O neoconstitucionalismo e a Jurisprudência dos Valores

A vertente instrumentalista do processo desenvolvida no campo da teoria processual tem como pano de fundo o modelo constitucional conhecido como *neoconstitucionalismo*. Aquela teoria (auto)intitulada de *Terceira Fase* da ciência processual encontra-se, portanto, inserida em um contexto pós-(Segunda)Guerra que acaba exigindo do constituinte a promoção de um “constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático”<sup>201</sup>.

Por não se (pre)ocupar (com o)do ato de aplicação do Direito, tampouco (com a)da falibilidade jurídica à qual está suscetível a decisão judicial, neste (novo) modelo constitucional contemporâneo o Direito continua refém daquilo que os juízes decidem, sem os quais, exclama, os direitos fundamentais devidamente exaltados feneceriam na *carne morta* da lei.

Acredita-se que, se, por um lado, o Poder Judiciário não detém *competência precípua* para legislar, por outro, não lhe é permitido deixar de atender demanda social de maneira efetiva<sup>202</sup>. Como poder estatal, o Judiciário é, pois, responsável solidário à consecução dos objetivos fundamentais encartados no artigo 3º da Constituição Federal. O artigo 2º da Lei Maior credita aos poderes legislativo, executivo e judiciário independência e harmonia entre si. Nesse cenário, ou o Judiciário se ocupa da atividade legislativa, ou cria ou produz o Direito, exclusivamente, ou se ocupa, harmonicamente, de todas estas tarefas criativas.

A prevalecer o entendimento de que a participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais é medida que se sobrepõe, verifica-se que uma postura judicial ativista é premissa sem a qual o Direito não subsiste<sup>203</sup>. Pois a transformação da realidade por meio do processo, em

---

<sup>201</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 146.

<sup>202</sup> “Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 25-26, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 15 fev. 2021.

<sup>203</sup> Teixeira adverte que “a compreensão acerca do poder criador (normativo) do juiz, atuando como instrumento em condições de atribuir dinâmica a um direito estático produzido pelo legislador, não apresenta grandes dificuldades quando comparado à vasta gama de complicações postas pelo ativismo judicial. Tais complicações vão muito além da Teoria do Direito e da Hermenêutica Jurídica – âmbitos teóricos em condições de enfrentar plenamente o tema da criação judicial do Direito:

detrimento da atividade exclusivamente especulativa contida na norma, conforme reproduzida lição de Bülow, é fator determinante para a criação do Direito<sup>204</sup>. Sob tal premissa, desimporta indagar-se “se [o juiz] participa, *lato sensu*, da atividade legislativa”<sup>205</sup> ou defender-se que o *ativismo judicial* “Normalmente [...] se instala em situações de retração do Poder Legislativo” ou que está associado “a uma maior interferência [do Judiciário] no espaço de atuação dos outros dois Poderes”<sup>206</sup>, ou, ainda, que provoca a “necessidade de uma revisão da clássica teoria da separação dos Poderes”<sup>207</sup>. Segundo Ramos Mendez,

Esto no significa que cuando el juez crea el derecho actúe como legislador. Está bien emplear la expresión como un modismo del lenguaje, sin embargo, su contenido es falso. El juez creando el derecho desarrolla precisamente una función jurisdiccional y no legislativa, em cuanto emite una regla especial para un caso concreto. Y em los casos es donde surge el problema del derecho. Por eso es congruente acentuar el carácter constitutivo de toda resolución jurisdiccional em cuanto que hace nacer una realidad que no existía com anterioridad. [...] Toda norma por su própria naturaleza está em branco: es el juez que la rellena encontrando los valores correspondientes, esto es, valorando los hechos.<sup>208</sup>

---

atingem a Política e a sua capacidade de legitimamente atender aos clamores populares na busca do bem comum. O ativismo judicial representa, em última instância, a deslegitimação da Política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade. Corrupção, política como sinônimo de defesa de interesses meramente partidários, bem como burocratização estatal, são três componentes sociológicos que corroboram para fortalecer o mito do juiz Hércules no subconsciente coletivo e culminar na crescente judicialização das relações sociais”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 38, abr. 2014.

<sup>204</sup> Warat traz a seguinte reflexão sobre Estado Democrático de Direito e a criação do Direito: “A democracia tradicionalmente vinculada ao Direito - nos estreitos limites da versão liberal do mundo - termina sendo apresentada como a concretização histórica de um 'Estado Democrático' que assegura como tal através dos mecanismos do 'Estado de Direito'. Essa expressão conota principalmente a necessidade de fazer reinar a lei, de fazer do cumprimento das leis a mola propulsora da democracia. Dessa maneira, na concepção jurídica-liberal da democracia, a ordem política fica reduzida à administração legal do poder do Estado. Contrariamente, a reflexão carnalizada da democracia se abrirá para o espaço de criação do direito. Enquanto a concepção jurídico-liberal da democracia mostra os direitos instituídos, a carnalização inventa, ou melhor, mostra a possibilidade de inventá-los permanentemente”. WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000. p. 135-136.

<sup>205</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 13.

<sup>206</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 15 fev. 2021. p. 25-26.

<sup>207</sup> TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo**: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasiliis*. In: FERRAJOLI, Luigi; Streck, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 108.

<sup>208</sup> “Isso não significa que, quando o juiz cria a lei, ele atua como legislador. Não há problema em usar

Para a Crítica Hermenêutica do Direito, no entanto, a *criação do direito por obra dos juízes*, inclusive a produção da *norma jurídica criada diante do caso concreto*, representa “álibi para a discricionariedade”, dependência “da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da ‘verdade real’”. Não leva em consideração que a decisão judicial deve se dar, “não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa”, “esse todo que se manifesta na decisão [...] como pré-compreensão”<sup>209</sup>. Daí a necessidade de se estabelecer o “grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”, isto é, de definir

as condições necessárias para que, por intermédio da reconstrução da história institucional do direito, seja possível indicar os limites da atuação do Poder Judiciário, vale dizer, quando este age em função de um argumento de princípio ou quando sua atuação está embasada em meros argumentos de política [...]. Por certo, essas estratégias não podem ser oferecidas *a priori*, mas apenas a partir da análise pormenorizada das questões que emanam do caso concreto.<sup>210</sup>

Cappelletti<sup>211</sup> – não obstante sustente que, do ponto de vista substancial, não é diversa a natureza dos processos legislativo e judicial – reflete que, a rigor,

O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais.

Diagnosticado, por um lado, que o modelo neoconstitucionalista replica sesquicentenário entendimento doutrinário no sentido de que, para a construção de um modelo de direito não mais pensado sob a perspectiva positivista legalista, é necessário apostar no protagonismo judicial, por outro, é preciso reconhecer que o

---

a expressão como um modismo de linguagem, porém seu conteúdo é falso. O juiz que cria a lei desenvolve justamente uma função jurisdicional e não legislativa, na medida em que emite uma regra especial para um caso específico. E é nesses casos que surge o problema de direito. Por isso, é congruente enfatizar o caráter constitutivo de qualquer resolução jurisdicional na medida em que dá origem a uma realidade que não existia anteriormente. [...] Toda regra por natureza é em branco: é o juiz que a preenche encontrando os valores correspondentes, ou seja, avaliando os fatos”. MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1979. p. 203.

<sup>209</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 108.

<sup>210</sup> *Id.* **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 232.

<sup>211</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 21.

neoconstitucionalismo acabou “por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição”<sup>212</sup>. Logo, mesmo a prática jurídica voltada à concretização dos direitos fundamentais, a partir de um modo específico e proativo de se interpretar a constituição, expansivo dos respectivos sentido e alcance, deve encontrar-se comprometida com a pré-compreensão projetada pela comunidade política por meio das leis<sup>213</sup>. Pena de se suprimir a resistência do Direito, resumindo-o a guarda-costas de juízes e tribunais, pago para, se preciso, açoitar o jurisdicionado.

O modelo constitucional denominado *neoconstitucionalismo* endossa, nessa ordem de ideias, a doutrina que submete o Direito ao sabor das decisões judiciais, sem as quais, defende-se, os direitos fundamentais dormiriam nos dispositivos normativos. De modo que “há uma associação entre o fenômeno do neoconstitucionalismo e a defesa de um protagonismo do Poder Judiciário, que deságua na doutrina que defende o ativismo judicial como algo positivo”, que concebe a interpretação do direito, com efeito, como ato de vontade do julgador, “fenômeno extremamente perigoso aos pressupostos democráticos do Estado Constitucional”<sup>214</sup>.

Bem se observa que a metodologia que o neoconstitucionalismo pretende seguir é aquela desenvolvida na Alemanha sob a alcunha de Jurisprudência dos Valores, segundo a qual o tribunal está autorizado a invocar como critérios decisórios argumentos fora da estrutura rígida da legalidade. O *textualismo/originalismo* encontra resistência em uma ordem positiva de valores, de modo que uma decisão orientada por valores está de acordo com o Direito. Streck<sup>215</sup> esclarece que

O terreno fértil para essas novas teses foi a sequência do segundo pós-guerra, para equalizar a tensão produzida depois da outorga da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) pelos aliados em 1949. Ou seja, ela objetivava, por intermédio da invocação de ‘valores do povo alemão’, legitimar uma Constituição que foi criada sem uma ampla

<sup>212</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 146.

<sup>213</sup> Na lição de Streck “é o modo como se compreende esse sentido do direito projetado pela comunidade política (que é uma comunidade – virtuosa – de princípios) que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada de maneira que, somente a partir desse pressuposto, é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas”. *Id.* **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 171.

<sup>214</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, p. 181 e 183, abr. 2014.

<sup>215</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 116-117.



participação desse povo. A referência a valores aparece como um mecanismo de 'abertura' de uma legalidade extremamente fechada. [...] Portanto, trata-se de uma tentativa voluntarista de encontrar/descobrir, para além do Direito escrito, os valores da sociedade. [...] no Brasil, a mesma teoria serviu - e ainda serve - para fugir da legalidade de um texto constitucional democraticamente construído.

Identifica-se, portanto, que o Brasil importa um modelo constitucional cuja metodologia é desenvolvida em resposta a um evento vivenciado em terras alemãs. Não faz sentido algum um texto constitucional democraticamente elaborado, a exemplo da Constituição Federal brasileira de 1988, se sujeitar, a pretexto de descortinar os valores desenvolvidos no seio da sociedade, à vontade do intérprete, à retórica, às razões pessoais do julgador.

Não que – diga-se – os defensores da Jurisprudência dos Valores, entre eles Larenz, não estivessem efetivamente preocupados com posturas realistas, tal qual a adotada em solo norte-americano:

Se a interpretação não deve ser deixada ao arbítrio do intérprete, mas decorrer de modo seguro e comprovável, então é preciso ter determinados critérios de interpretação em conformidade com os quais o intérprete se possa guiar. Tais critérios foram desenvolvidos pela metodologia jurídica. Conforme ao que foi dito, não pode já causar surpresa que entre eles se achem tanto aqueles que estão orientados à vontade do legislador histórico, como aqueles que se orientam a uma orientação normativa no sentido que a transcenda.<sup>216</sup>

Ocorre que a estipulação de um conjunto de instâncias racionalizadoras à Jurisprudência dos Interesses, proposto pela Jurisprudência dos Valores em justificativa à criação judicial do Direito, não redundava em abandono da metafísica da intersubjetividade, voltada para a identificação dos valores em conflito em determinado caso. O julgador continua, com efeito, com liberdade para decidir, desde que assim o faça com base nos valores. É, conseqüentemente, o que se pode depreender da obra de Larenz<sup>217</sup>, para o qual

A passagem a uma 'Jurisprudência de valoração' só cobra, porém, o seu pleno sentido quando conxionada na maior parte dos autores com o reconhecimento de valores ou critérios de valoração 'supralegais' ou 'pré-positivos' que subjazem às normas legais e para

<sup>216</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 3. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 450.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 167-168.

cuja interpretação e complementação é legítimo lançar mão, pelo menos sob determinadas condições. Pode-se a este propósito invocar os valores positivados nos direitos fundamentais, especialmente nos artigos 1.º a 3.º da Lei Fundamental, recorrer a uma longa tradição jusfilosófica, a argumentos linguísticos ou ao entendimento que a maior parte dos juizes tem de que é sua missão chegar a decisões 'justas'. A quase totalidade dos autores envolvidos na mais recente discussão metodológica partilha da concepção de que o 'direito' tem algo que ver com a 'justiça', com a conduta socioeticamente correta. O que ressalta a este propósito é todavia o facto de que neste contexto apenas, ou pelo menos primacialmente, pensam na solução justa de litígios judiciais, ou mais rigorosamente dito, na justiça do caso concreto.

Logo, não sem razão defende Streck<sup>218</sup> que invocar argumentos que permitam ao julgador brasileiro revelar interesses ou valores constitucionais, tal como se a Constituição fosse uma ordem concreta de valores e não tivesse contado com a ampla participação do povo, é antidemocrático, parte, via de consequência, do pressuposto de “que todos os membros de uma sociedade política compartilham, ou tenham de compartilhar, de modo comunitarista, os mesmos supostos axiológicos, uma mesma concepção de vida e de mundo”. A perda da força normativa do texto constitucional democraticamente redigido acaba trazendo consigo outros malefícios, como a impossibilidade de controle racional das decisões judiciais e decisionismo político-judicial; “os 'efeitos colaterais' do voluntarismo da jurisprudência dos valores [são] vistos nas teses conhecidas como 'neoconstitucionalistas', onde a ponderação de valores se transformou no canal de legitimação/institucionalização de uma ampla discricionariedade”.

### 3.2.7 A lógica do razoável

Não somente o (velho) novo constitucionalismo tem buscado conferir ao juiz a tarefa de definir o Direito, como também a Lógica do Razoável, de Recaséns Siches, de forte penetração no direito brasileiro<sup>219</sup>.

Em que pese a teoria de Recaséns Siches propague que tanto a atividade legislativa quanto a jurisdicional se inspirem na mesma lógica, a do razoável, é

---

<sup>218</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 318.

<sup>219</sup> Método de interpretação, de se destacar, incluído no Anexo VI (*Noções Gerais de Direito e Formação Humanística*) da Resolução n. 75 do Conselho Nacional de Justiça sobre concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional como tema passível de ser exigido dos candidatos a juizes substitutos na disciplina *Filosofia do Direito*.

inegável que, em se tratando de um (para o autor, o único) método de interpretação (que busca superar outros de acabamento lógico-dedutivo), é voltada à práxis judicial, pois não faria sentido algum exigir do legislador a pretendida raciovitalização da norma jurídica caso a caso. Ao elaborar a norma, o legislador já atribui a solução que lhe parece a mais razoável; cabe ao magistrado, na sequência, fazer com que prevaleçam os valores que inspiraram a elaboração da lei, consoante destaca referida Doutrina.

Tem-se, aqui, sem sombra de dúvida, mais um respaldo doutrinário para a defesa da função jurisdicional como atividade criativa do direito.

O alarido, aqui provocado, da teoria de Recaséns Siches não repousa no que ela também se propõe a defender: o respeito à norma jurídica como garantia básica de justiça, pleno funcionamento do ordenamento jurídico, segurança jurídica e repúdio a arbitrariedades<sup>220</sup>. Encontra-se, ele, situado nas consequências.

O dilema reside na decisão judicial orientada por valores (da sociedade), em que o juiz pode ir além daquilo enunciado no texto da lei, sem que isso implique ofensa ao Direito.

A tentativa voluntarista/subjetivista de atribuir à jurisdição a tarefa de revelar valores da sociedade contemporâneos à interpretação e aplicação da lei contribui, no Brasil, para a fuga da legalidade do texto constitucional democraticamente

---

<sup>220</sup> “La arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio válido y vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna norma o criterio, o principio de carácter general, y sin crear una nueva regla que anule la anterior y la sustituya. Podemos decir metafóricamente del mandato arbitrario que no tiene padres ni engendra hijos; es decir, que no se basa en un criterio, principio o norma general, y que a su vez no engendra ninguna nueva norma. El mandato arbitrario es el que simplemente responde a un mero porque sí, porque me da la gana, porque así es me antoja; en suma, el que corresponde a un capricho que no dimana de un criterio general. En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas, criterios o principios objetivos, de una manera regular y que tiene validez para todos los casos análogos que se presenten. Es precisamente característica esencial de la norma jurídica el ligar de modo necesario al mismo poder que la dictó – se entiende, mientras ese poder no la derogue con carácter general, en ejercicio de una competencia de igual rango que la que tenía la autoridad que había creado la norma anterior” (“A arbitrariedade consiste, pois, em que o poder público, com um mero ato de força, salta sobre o que é norma ou critério válido e vigente em um caso concreto e singular, sem responder a nenhuma norma ou critério, ou princípio de generalidade, e sem criar uma nova regra que anule a anterior e a substitua. Podemos dizer metaforicamente a partir do mandato arbitrário que não tem pais nem gera filhos; isto é, que não se baseia em um critério, princípio ou norma geral, e isso por sua vez não engendra nenhuma nova norma. O comando arbitrário é aquele que simplesmente responde a um mero porque sim, porque tenho vontade, porque é assim que eu quero; enfim, aquele que corresponde a um capricho que não decorre de um critério geral. Por outro lado, o mandato legal assenta em normas, critérios ou princípios objetivos, de forma regular e válida para todos os casos análogos que surjam. É precisamente uma característica essencial da norma jurídica vincular de forma necessária ao mesmo poder que a ditou - entende-se, desde que esse poder não a derrube em geral, no exercício de uma competência da mesma categoria conforme estabelecido pela autoridade que criou a regra anterior”). RECASÉNS SICHES, Luís. **Introducción al estudio del derecho**. 12. ed. México: Porrúa, 1997. p. 108-109.

constituído<sup>221</sup>. “O problema é que os valores são considerados discricionariamente pelo julgador, muitas vezes de forma retórica, escondendo a decisão fundada em razões pessoais”<sup>222</sup>. A prevalecer a valoração judicial,

dependendo do contexto, qualquer elemento particular da ordem jurídica pode ser interpretado de modo diferente a partir da compreensão da ‘ordem de valores da lei fundamental’. Esta antecipação de sentido do todo, guiada por princípios, instaura um escalonamento entre a ordem legal e princípios legitimadores, trazendo uma grande insegurança para o direito.<sup>223</sup>

Também a Lógica do Razoável de Recaséns Siches brada, portanto, a criação judicial do Direito. A definição de um (único) método de interpretação do Direito com vistas ao atingimento de toda a sorte de aspirações só faz sentido ao aplicador, ao intérprete, ao juiz.

Na esteira da teoria processual da instrumentalidade do processo, a Lógica do Razoável submete o Direito ao que o magistrado sufraga em sentença a título de valores e anseios políticos, sociais e jurídicos que permeiam a sociedade, a despeito, notadamente, do caráter contramajoritário que o Direito deve despertar no cenário democrático.

De um modo ou de outro, com maior ou menor intensidade a obediência às normas jurídicas, todos os marcos doutrinários até aqui abordados submetem a abertura metodológica do sistema jurídico à vontade jurisdicional, via de consequência, negam o caráter obrigatório do Direito. De fato,

Aos poucos, o *locus* do sentido da lei foi sendo transferido para o subjetivismo do juiz e para a decisão judicial, mantendo-se assim o aspecto empírico. Do positivismo legal ocorria a migração para o positivismo axiologista-valorativo e/ou fático, no caso das posturas realistas/empiristas. [...]

Nesse sentido, o lançar mão da discricionariedade ou algo para além

---

<sup>221</sup> “A Jurisprudência dos Valores pode ser considerada uma continuidade da Jurisprudência dos Interesses. Diferenciam-se apenas diante do caráter sociológico desta (interesses em conflito que levaram o legislador a editar a norma), ao passo que aquela possui um caráter mais filosófico, voltado para a identificação dos valores em conflito naquele caso. Ainda, na Jurisprudência dos Interesses a atenção é dirigida a atividade do legislador e aos interesses que lhe inspiraram. Por sua vez, na Jurisprudência dos Valores a atenção volta-se para o papel da atividade do juiz e os valores que deve considerar na atividade jurisdicional”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 117.

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>223</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 211.

do juízo discricional, joga o realismo no campo do positivismo, porque se trata de um modo de construir um fato social (põe-se Direito novo, como se legislador fosse).<sup>224</sup>

Desde, ao menos, a emancipação do direito processual do material, o Direito legislado vem a reboque da atividade jurisdicional. Vem sendo construído ao longo do tempo um cenário positivista-jurisprudencial em substituição ao positivismo legalista. Na sequência, aparece o positivismo normativo, pós-kelseniano, apresentando o subjetivismo como característica identitária de um sistema jurídico forjado, por incrível que pareça, em solo europeu-continental, de índole romano-germânica.<sup>225</sup>

O Direito e respectivos “sentidos”, se seguidas à risca as teses doutrinárias e modelos constitucionais que consagram o protagonismo judicial, serão forjados à cada decisão judicial que for proferida no País. Em tempos de democracia, contudo, o ordenamento jurídico construído na esfera pública deve receber atenção e aplicação plena do intérprete. Pena de, a pretexto de se reviver a norma jurídica a cada hipótese, se viver a ditadura de magistrados solipsistas, *viciados em si mesmo*<sup>226</sup>, cuja decisão é a exteriorização da valorização pessoal, infensa ao controle racional<sup>227</sup>.

### 3.2.8 Forças extraparlamentares de criação do direito

Bobbio, Matteucci e Pasquino <sup>228</sup>recenhecem a dificuldade de “explicar, de

<sup>224</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 172-173.

<sup>225</sup> Streck alerta que “no plano da teoria tudo é verificado e identificado, expungindo o joio do trigo. Ocorre que, na hora da aplicação, corre-se o risco de o juiz se insurgir contra esse 'produto da descrição' e lançar mão de seus próprios argumentos morais, misturando, novamente, joio e trigo. [...] Nada mais equivocado, uma vez que apenas estar-se-á substituindo um vetor de sentido (a lei) pelo proprietário dos sentidos da lei (juiz-intérprete), culminando, no mais das vezes, em um realismo jurídico tardio, que nada mais é do que uma forma de positivismo, só que fático. No caso do realismo tardio, se ele for, efetivamente, empirista, estar-se-á diante de um positivismo fático. Se ele for simplesmente um deslocamento do polo de tensão da decisão da lei para o intérprete (subjetivismo), então estar-se-á diante de um outro tipo de positivismo, que poderia ser chamado de positivismo jurisprudencialista ou positivismo voluntarista-axiologista”. *Ibid.*, p. 197 e 205.

<sup>226</sup> *Id.* Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>. Acesso em: 13 jan. 2021.

<sup>227</sup> “Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(r)iamos continuar a delegar ao juiz a apreciação do “direito material em conflito”? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado”. *Id.* **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

<sup>228</sup> BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. In: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João

modo suficientemente realista, a dinâmica do poder nos nossos sistemas democrático-parlamentares”, partindo-se, pois, do princípio jurídico da separação de poderes, “formulado no século XVIII com vistas a regimes monárquicos, quando a aristocracia ainda constituía poder político”, e que, sob tais óticas, “não garante eficazmente a liberdade do cidadão.”

Não haveria de passar despercebida da teoria crítica contemporânea, a toda a evidência, a supremacia do Poder Legislativo, via de consequência, uma certa submissão do Poder Judiciário, não obstante devesse a divisão de poderes enaltecer a independência e a harmonia entre eles, além de controle recíproco.

Neumann denuncia a fragilidade dos poderes executivo e judiciário frente ao legislativo. Refere que a subserviência de dois a um só dos três poderes, ao menos em termos de criação do Direito, decorre da premissa de que se vale a teoria da separação dos poderes de que tudo que emana do poder soberano, independentemente do conteúdo material, é lei. Para o autor<sup>229</sup>, no entanto,

Law is here a norm which is intelligible and contains an ethical postulate which is frequently that of equality. Law, then, is ratio and not necessarily voluntas at the same time. This rational law need not, but can, emanate from the sovereign. For this theory of law, especially in the form of the theory of natural law, asserts that material laws may exist without reference to the will of the sovereign. It defends the validity of a system of norms even when the positive law of the state ignores its postulates. Today these two concepts of law are strictly separated.

Neumann credita à teoria da separação dos poderes<sup>230</sup>, à lei geral<sup>231</sup> e à

---

Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UNB, 1998, v. 1, p. 248.

<sup>229</sup> “O direito é aqui uma norma inteligível e contém um postulado ético que é frequentemente o da igualdade. Lei, então, é *ratio* e não necessariamente *voluntas* ao mesmo tempo. Essa lei racional não precisa, mas pode, emanar do soberano. Pois esta teoria da lei, especialmente na forma da teoria da lei natural, afirma que as leis materiais podem existir sem referência à vontade do soberano. Defende a validade de um sistema de normas mesmo quando o direito positivo do Estado ignora seus postulados. Hoje, esses dois conceitos de direito estão estritamente separados”. NEUMANN, Franz. **The democratic and the authoritarian state**. Essays in political and legal theory. New York: Free Press, 1964. p. 26.

<sup>230</sup> De acordo com o autor, “A doutrina da separação dos poderes é assim o elemento organizacional do capitalismo competitivo, e além de seu significado político, cria competências, especifica as delimitações entre as várias atividades do Estado, e portanto garante a racionalidade do direito e de sua administração”. NEUMANN, Franz. **O Império do direito**. Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. Tradução: Rúrion Soares Melo. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013. p. 420.

<sup>231</sup> Segundo Neumann, a lei geral expressa três funcionalidades: disfarça a dominação burguesa, torna o sistema econômico calculável e garante um mínimo de liberdade e igualdade.

independência do juiz a dogmatização da interpretação judicial<sup>232</sup>. As mudanças sociais que daí surgiriam acabam, segundo o autor, reféns da classe média (burguesa) que participa em número significativo do processo de criação das leis gerais. “O Parlamento funciona normalmente, mas apenas enquanto as classes proprietárias o dominam”<sup>233</sup>. Ainda nas palavras do jurista alemão<sup>234</sup>,

The dictum that social changes can be attained only through laws enacted by Parliament, and that administrative agencies and judges may only apply law but not create it, is an illusion which also serves to deny the law-creating capacity of extra-parliamentary forces.

Nesse cenário, a defesa das cláusulas gerais exsurge como alternativa às normas racionais formais. Cuidando-se de normas racionais materiais, extrajurídicas, as cláusulas gerais vêm em substituição ao direito racional formal, transformando, conseqüentemente, todo o sistema jurídico. A escola da livre discricção estabelece, portanto, o *domínio dos juízes*. Segundo Neumann<sup>235</sup>,

Esse processo de desintegração da racionalidade formal foi acompanhado e tornou-se possível por uma completa inversão na teoria jurídica. Devemos distinguir quatro tipos de pensamento jurídico: os pensamentos normativista, institucional, decisionista e funcional. [...] Enquanto o normativista considera a jurisdição como uma mera aplicação de uma certa lei existente, cuja existência é considerada prejudicial, para o institucionalista a atividade do juiz é inteiramente criativa, pois o direito não é fechado e as normas legais estão abertas para interpretação. [...] O funcionalista [...] investiga as condições sociais que levam à prevalência da doutrina da escola da livre discricção, e leva em consideração os argumentos de várias teorias. [...] O pensamento jurídico decisionista, na verdade, não tem nada a ver com o direito. Nesse tipo de pensamento jurídico, o direito não passa de uma técnica para transformar a vontade política numa forma jurídica. No decisionismo, o direito não é senão um *arcanut* para a

<sup>232</sup> Ainda segundo o autor, “Em tal sociedade, o juiz não pode recorrer a cláusulas gerais, tais como boa-fé, bons costumes, razoabilidade, ou política pública”. “Isso significa simplesmente que os servidores públicos e os juízes têm que aplicar a lei do Estado igualmente sem a consideração das diferenças do *status* dos indivíduos, sem aversão, sem inclinação, de modo que os órgãos executivos estejam sujeitos somente à noção de dever”. NEUMANN, Franz. **O Império do direito**. Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. Tradução: Rúrion Soares Melo. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013. p. 420 e 447.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 418.

<sup>234</sup> “O ditado de que as mudanças sociais só podem ser alcançadas por meio de leis aprovadas pelo Parlamento, e que as agências administrativas e os juízes podem apenas aplicar a lei, mas não criá-la, é uma ilusão que também serve para negar a capacidade legislativa das forças extra-parlamentares”. NEUMANN, Franz. **The democratic and the authoritarian state**. Essays in political and legal theory. New York: Free Press, 1964. p. 39.

<sup>235</sup> NEUMANN, *op. cit.*, p. 461-464.

manutenção do poder.

O jurista em destaque elege o funcionalismo como interpretação que melhor se ajusta ao sistema social realizado na vida constitucional; se a proposição jurídica estiver sujeita a dúvidas, entre as várias interpretações possíveis, o juiz funcionalista lançará mão daquela que cumprirá funções sociais. A jurisdição, nessa ordem de ideias, é vista como a força extraparlamentar, por excelência, no processo de criação do Direito, sem a qual o Judiciário se entrega à sorte do que legislar a classe dominante.<sup>236</sup>

Ao partir da premissa de que “os métodos de atuação e argumentação dos órgãos sociais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional, é inegavelmente *política*”, Barroso procede, igualmente, a uma releitura da teoria da separação de poderes. Segundo o escritor<sup>237</sup>,

o intérprete desempenha uma função criativa - pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis, mas também em razão das consequências práticas de suas decisões, que afetam o equilíbrio entre os Poderes e os deveres que lhes são impostos. Melhor do que negar o aspecto político da jurisdição constitucional é explicitá-lo, para dar-lhe transparência e confiabilidade.

Não há como negar, tampouco academicamente, o grande alcance da doutrina de Barroso em território brasileiro. Trata-se de um dos onze integrantes da mais alta corte de justiça do País e um dos respectivos constitucionalistas mais populares, para quem, com efeito, “o fundamento para o Judiciário sobrepor sua vontade à dos agentes eleitos dos outros poderes” está amadurecido “na teoria constitucional: na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático”: de “assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política e o governo da maioria” e de “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade

<sup>236</sup> Costa e Rodriguez concluem que “a teoria de Neumann convergiu para o fortalecimento da ideia de que o juiz figuraria como importante agente no processo de criação do direito, de forma que este não permanecesse estagnado e distante das demandas sociais. Neste sentido, era visível a relação que estabelecia entre direito e sociedade, como impulsionadora da mudança social”. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Patrícia Spagnolo Parise. O papel das forças extraparlamentares no processo de criação do direito: o juiz, o ativismo e a democracia. **Cadernos de Direito Actual**, [S. l.], n. 13, p. 356, 2020.

<sup>237</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro eletrônico.



circunstancial de quem tem mais votos”<sup>238</sup>.

O ministro defende que o intérprete, assentado na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana, deve proceder a uma leitura moral da Constituição. Deve, outrossim, atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A concretização de direitos e a atribuição de sentido ao texto constitucional são, por conseguinte, os propósitos dos quais se vale a interpretação constitucional como concretização construtiva para justificar politicamente ou legitimar democraticamente a maior interferência do Poder Judiciário no espaço de atuação dos outros poderes.<sup>239</sup> Não obstante sustente que tal interpretação não implica invasão do campo de criação livre do Direito, Barroso sentencia que o constitucionalismo democrático e participativo, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo decisivo do pós-positivismo elevam o Judiciário à condição de poder supremo e ao reconhecimento de que lhe cabe a última palavra.

A releitura do que deve ser considerado útil e ético em termos de distribuição de poderes chega ao ápice com a defesa do que, ainda segundo Barroso, configura uma terceira modalidade de poder constituinte, além, pois, dos poderes constituintes originário e reformador: a mutação constitucional. Na prática, segundo o autor, um *poder constituinte difuso* “levado a efeito pelos Três Poderes do Estado”, “Embora a interpretação judicial desfrute de primazia, devendo prevalecer em caso de controvérsia”<sup>240</sup>.

Dentre as premissas das quais se vale a *alteração informal da constituição* estão a plasticidade de inúmeras normas da Constituição, a permitir a transformação do sentido e do alcance das normas constitucionais sem emenda e alteração do texto, a necessária interação do Direito com a realidade, a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, a interpretação constitucional como a via mais comum de atualização das normas constitucionais e o costume como criador de padrão de

---

<sup>238</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro eletrônico.

<sup>239</sup> “O papel representativo, segundo o Ministro, precisa ser pensado em um paradigma diferente de separação de poderes, ou seja, a partir do pensamento de que somente aqueles eleitos pelo voto podem atuar como representantes dos interesses da sociedade. Ainda mais, considerando a crise de representação da atualidade, em que se questiona, inclusive, se, de fato, os legisladores representam a vontade popular”. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Patrícia Spagnolo Parise. O papel das forças extraparlamentares no processo de criação do direito: o juiz, o ativismo e a democracia. **Cadernos de Direito Actual**, [S. l.], n. 13, p. 358, 2020.

<sup>240</sup> BARROSO, *op. cit.*

conduta. O lastro democrático, por sua vez, repousa nas demandas e sentimentos sociais e na necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.

Barroso não nega, no entanto, que há algo de intuitivo na conclusão de que esta específica categoria teórica “tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular” e que “aplicar o Direito envolve sempre alguma dose de subjetividade e, em certos casos, de coparticipação do sujeito na criação da norma”<sup>241</sup>. Ponderações que, a toda a evidência, não passam despercebidas da Crítica, que, ao fim e ao cabo, acaba sobressaindo deveres fortalecida:

Desse modo, a teoria da mutação constitucional é completamente esvaziada de sentido técnico e transformada em uma verdadeira *falácia*, desprovida de sentido: sempre que o STF quer afirmar que está tomando uma decisão de vanguarda, ele alega que *está fazendo uso* da teoria da mutação constitucional – é dizer, para não afirmar que se está ‘legislando’ sobre a Constituição, em uma atitude de poder constituinte permanente, encobre-se o ativismo sob o manto da neutralidade da mutação.

Outra estranheza é que a suposta doutrina alemã que embasa a teoria da mutação constitucional somente discutiu acerca de (in)existência dessa figura jurídica no curso do período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial, deixando de ser uma preocupação dogmática após essa fase. Mas para nós, autores como Laband, Jellinek, Heller, Smend, Dau-Lin, Hesse ou Loewenstein são todos recebidos com atualidade e sem a devida contextualização histórica. Isso quer dizer que todos esses autores que defendiam a existência de uma teoria da mutação constitucional dialogavam no cenário da crise do Positivismo Jurídico alemão - tradição que ignora a compreensão de que o Direito é formado, não apenas por regras jurídicas, mas também por princípios e por diretrizes políticas, para usar o pensamento de Ronald Dworkin.<sup>242</sup>

De acordo com Streck<sup>243</sup>, a contraposição da realidade social à normatividade constitucional, herdada de Paul Laband e Georg Jellinek, “justifica, passados mais de um século, uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão

<sup>241</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro eletrônico.

<sup>242</sup> PEDRON, Flavio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Crença da mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 dez. 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada#_ftn1). Acesso em: 26 jan. 2021.

<sup>243</sup> STRECK, Lenio Luiz. Se o Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao>. Acesso em: 26 jan. 2021.

das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes”.

O descolamento da teoria da separação de poderes da ideia de democracia, sobretudo no que diz respeito à representatividade das minorias, tem, portanto, contribuído sobremaneira para o advento de teorias que envolvem o magistrado no processo de formação das normas jurídicas, tornando-o copartícipe da criação da norma, seja na qualidade de constituinte originário, seja na qualidade de legislador. O debate político encontra, aqui, outro palco de discussão, e na vontade do julgador, com efeito, a expressão máxima.

## 4 O CONTRA-ATAQUE LEGISLATIVO

O legislador brasileiro está preocupado e, caso assim esteja, preparado para restabelecer o monopólio da criação do Direito que acompanha a tradição jurídico-política romano-germânica? A princípio, julga-se que preocupado está. Ao menos é o que sugerem as normas do artigo 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, da Lei n. 13.655/18 e, mais recentemente, da Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, que “Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa”. Dispositivos legais esses que, de um modo ou de outro, se dirigem ao controle da atividade jurisdicional mediante a estipulação de alguns “critérios”. Resta analisar se o Poder Legislativo, no Brasil, confia na virada do jogo, ou se já está a se conformar com o empate, isto é, com a criação do Direito a quatro mãos.

### 4.1 Controle legislativo do Poder Judiciário

Platão<sup>244</sup> reproduz diálogo de Sócrates com Critão em que o filósofo-mentor refere que “o princípio de que não devemos pagar uma injustiça com outra” significa que não se deve descumprir as “decisões legais” e as “sentenças da Cidade” mesmo que pareçam injustas. Estar-se-ia, nesse caso, a cometer senão outra injustiça. Para Sócrates, o descumprimento do “acordo” (“assentado entre nós e ti”) enfraquece as instituições, as leis, o governo, a cidade. A propósito, discorre Platão, segundo Sócrates:

Nenhuma de nós lhe servirá de obstáculo, nem impedirá quem quer que seja de retirar-se com todos os seus pertences para alguma colônia, se não estiver contente conosco e com a cidade, ou mesmo para a cidade estranha que bem lhe aparecer. Mas quem permanecer aqui, depois de ver a maneira por que distribuimos a justiça e administramos a cidade, admitimos que concordou em ficar e a fazer o que lhe ordenamos; e no caso de não nos obedecer, diremos que se tornou triplamente culpado: porque em nós que o geramos, desobedece a seus próprios pais; porque o educamos, e porque, e apesar do seu compromisso tácito, não nos obedece nem procura corrigir-nos pela persuasão naquilo em que não estivermos procedendo direito. E apesar de não termos imposto com rudeza nossas determinações, senão que apenas as apresentamos, oferecendo-lhe a alternativa de escolher em obedecer-nos ou

---

<sup>244</sup> PLATÃO. **Diálogos**. Apologia de Sócrates, Critão, Menão, Hípias Maior e outros. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Universidade Federal do Pará: 1980. p. 89, 51d-e.

convencer-nos do contrário, não fez nenhuma coisa nem outra.

Essas, pois, seriam, segundo Sócrates, as palavras que as Leis e a Cidade lhe dirigiriam caso seguisse o conselho de Critão de fugir da morte, da execução que lhe era iminente. O caminho para a eliminação de uma decisão legal injusta não é simplesmente descumpri-la, ignorá-la, mas buscar corrigi-la “pela persuasão”. Pena de violação do pacto social traduzido na forma de leis. São essas, pois, diretrizes socráticas.

Sob tal perspectiva, a decisão judicial, ainda que injusta, deve ser obedecida em respeito, notadamente, à institucionalidade do poder (judiciário) constituído. Contudo, para que alcance tamanha representatividade, a decisão judicial deve replicar, em um país cujo ordenamento jurídico é de perfil europeu-continental, o comando legal democraticamente instituído.

Na antiguidade clássica, os poderes ganham acomodação sob a doutrina do império da lei; mas a submissão propriamente dita das decisões judiciais à lei acaba sendo objeto de enfoque mais detalhado da teoria da separação de poderes de Montesquieu. A denominada Teoria dos Freios e Contrapesos dá o pontapé inicial em favor do controle do poder judiciário pelo poder legislativo:

*Eis, portanto, a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma atará a outra com a sua faculdade mútua de impedir. Ambas estarão atadas pelo poder executivo, que por sua vez o estará pelo legislativo. Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados a ir em frente, serão forçados a caminhar de concerto.<sup>245</sup>*

O controle da atividade jurisdicional pelo poder legislativo volta a ser manchete; agora, todavia, sob enfoque diverso de outrora. A abertura do texto normativo, motivada pela incessante contraposição ao positivismo exegético (e aos textos normativos fechados que privilegia), acaba exigindo do julgador maior esforço cognitivo (e não necessariamente espaço amplo para atuar), via de consequência, novas maneiras de o legislador lidar – impondo limites – com tal raciocínio. Segundo Rodriguez<sup>246</sup>,

---

<sup>245</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 176.

<sup>246</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 209.

A questão real a se discutir, nessa ordem de razões, é o processo de argumentação desenvolvido pelo juiz, ou seja, as razões pelas quais ele cria (ou não) uma exceção a um texto normativo geral ou atribui determinado sentido a um termo abstrato contido em um texto normativo aberto e não mais o texto da lei de onde se poderia 'extrair' a solução para o caso concreto.

Diante da nova realidade, em que aguçado o caráter poroso da norma jurídica, o legislador brasileiro tem se valido de novos instrumentos normativos/argumentativos em reforço à norma do artigo 93, IX, da Constituição Federal, princípio garantidor da fundamentação das decisões judiciais. A norma do artigo 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015, que estabelece requisitos mínimos para a fundamentação das decisões judiciais, logo, o controle público delas, é, definitivamente, um deles.

Acontece que, ao que tudo indica, o legislador brasileiro ainda se encontra incomodado com a decisão afeta às autoridades. Ao menos no que diz com a decisão judicial, o dever constitucional de fundamentá-la, notadamente o modo de assim proceder, não resta reduzido à norma do artigo 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil. Afinal, de acordo com Streck<sup>247</sup>,

Não é fácil acabar com os fantasmas de Oskar Bülow, Menger, Klein, Carnelutti, Couture, Liebman e outros que continuam a atazanar a alma de alguns processualistas brasileiros. Trata-se de uma coagulação de sentidos. Os instrumentalistas - mormente eles - continuam a acreditar que a solução do processo está no 'protagonismo judicial'. Nisso há um *dejà vu*, que nos remete ao século XIX.

Não obstante os propósitos administrativistas da Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que inclui no Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*), "disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público", é inevitável perceber que o legislador brasileiro, desconfortável, retorna ao tema, só que agora em uma norma de *sobredireito*, em uma norma, pois, cuja finalidade é dispor sobre outras normas (*lex legum*).

---

<sup>247</sup> STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 206, p. 33-51, abr. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 jan. 2021.

Se a alteração levada a efeito pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010, da ementa do Decreto-lei n. 4.657, que, de *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, passou a ser chamado de *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, deixa expressamente consignado que o Decreto-lei é aplicável a todos os ramos do direito, que o respectivo *conteúdo é, por conseguinte, caro à Teoria Geral do Direito e não somente ao Direito Civil, a atenção dedicada à hermenêutica jurídica pela Lei n. 13.655*, por outro lado, é um claro sinal de que o legislador ainda se encontra desagradado com o processo de tomada de decisão nas mais diversas esferas, órgãos e instituições, sobretudo em matéria de direito público. Paira no ar um certo temor quanto ao peso da caneta do julgador, a vir a lembrança, inclusive, o *État Légal* da França rebelde-burguesa do final do século XVII.

#### **4.2 A hermenêutica à luz da Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018**

As inclusões que promove a Lei n. 13.655 têm como escopo atribuir segurança jurídica e estabilidade às relações jurídicas de direito público, mais propriamente, dedicar-se ao tema da gestão pública, e práticas administrativas correlatas. Não é por acaso que dois profissionais com sólida formação em Direito Administrativo, os Professores Doutores Sundfeld (FGV/SP) e Marques Neto (USP), são os autores intelectuais do anteprojeto que dá vida à Lei em questão, conhecida como *Lei da Segurança para a Inovação Pública*. De toda sorte, a reboque ou não da não menos interessante temática jurídico-administrativa, fato é que a hermenêutica jurídica e um despretenso esboço de uma teoria ou método aplicável à decisão estatal são temas que acabam incorporando, de vez, a norma de *supradireito* brasileira e, ao fim e ao cabo, elevando ainda mais o necessário debate que deve haver a respeito, iniciado no plano infraconstitucional lá com a norma *do artigo 489, §§ 1º a 3º*, do Código de Processo Civil.

Não que a alusão à hermenêutica jurídica represente algo de novo em termos de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Dela constam conhecidas e replicadas orientações originárias no sentido de que, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (artigo 4º)<sup>248</sup>, e no sentido de que, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais

---

<sup>248</sup> Destaque para a leitura crítica que Streck tece a respeito do dispositivo, “a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos), e sua frontal

a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (artigo 5º)<sup>249</sup>. O novo ato legislativo, ao que tudo sugere, busca consolidar a era principiada com a singela – porém, não menos importante – alteração do nome do Decreto-lei n. 4.657, em que a Constituição Federal, e não o Código Civil, é o centro do ordenamento jurídico. A propósito, Marques Neto e Freitas<sup>250</sup> ressaltam que há três fatores para esta mudança de rumo hermenêutico:

A legalidade contemporânea vai muito além da lei em sentido estrito. Hoje, convivemos com uma pluralidade de fontes normativas (leis, decretos, resoluções, portarias e com o próprio viés normativo que passou a ser conferido à Constituição) sendo mais correto falar em ‘Bloco de Legalidade’, ou no que se denomina de ‘Juridicidade’. [...] Disso decorre uma fragilização do conteúdo normativo. [...] É dizer, a textura normativa, para além de plurissêmica, é pontuada por termos técnicos e em grande medida impregnada de conceitos jurídicos indeterminados, de forte conotação axiológica. [...] O terceiro fator é a multiplicação de polos legitimados para aplicar o Direito.

Não apenas o fato de que sobre o anteprojeto da Lei n. 13.655 se debruçam dois renomados administrativistas, mas também a preocupação esposada com a variedade de fontes normativas, com termos técnicos e complexos e com a sobreposição de órgãos de controle das mais variadas esferas, confirmam que o objetivo da lei é, efetivamente, orientar/controlar o julgador na tomada de decisão

---

incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, superadora do esquema sujeito-objeto (filosofia da consciência)”. Para a Crítica Hermenêutica do Direito, o dispositivo mostra-se tecnicamente inconstitucional (não recepcionado). “Com efeito, com relação à LINDB, na era dos princípios, do Constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo está a indicar que não é mais possível falar em ‘omissão da lei’ que pode ser ‘preenchida’ a partir da analogia (sic), costumes (quais?) e os princípios gerais do direito”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 310). A *Crítica* é ainda mais contundente em relação aos *princípios gerais do direito*: “enquanto os princípios gerais do Direito se constituíam em uma ‘autorização’ para a discricionariedade, um fator que justificava a ‘saída’ do juiz do sistema codificado para solucionar o caso que lhe era apresentado e que não encontrava resposta no Código (foi para isso que dispositivos desse jaez foram colocados nos Códigos), os princípios constitucionais apresentam-se, contemporaneamente, como um contraponto a essa discricionariedade”. *Id.* Um sintoma do atraso de nosso Direito: acreditar que basta estar na lei. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-17/senso-incomum-sintoma-nosso-atraso-nao-basta-estar-lei>. Acesso em: 12 fev. 2021.

<sup>249</sup> Aqui repousa a influência do *segundo* (Rudolph von) Ihering, o da jurisprudência pragmática, o da finalidade do direito, o da abertura metodológica do Direito *além-texto*, segundo o qual o Direito é “a norma coercitiva do Estado posta ao serviço de um fim social. Para compreender a norma jurídica precisa-se menos de uma análise lógica ou psicológica do que uma análise sociológica”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamago. 3. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 61.

<sup>250</sup> MARQUES NETO, Floriano; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/18**. Lei da Segurança para a Inovação Pública. Belo Horizonte: Forum, 2020.



envolvendo gestão pública, mais precisamente, os atos praticados pelo gestor público. Ocorre que a decisão política de não inserir tais orientações no microsistema de tutela coletiva, de que fazem parte, entre outras, a *ação civil pública*, a *ação popular* e o *mandado de segurança coletivo*, mas sim em uma lei que se aplica a todos os ramos do direito, acaba transcendendo os próprios propósitos, por vezes penetrando em seara não prevista ou epistemológica e hermeneuticamente afastada. E, por aqui se encontrar, reclama atenção, reflexão e estudo.

#### 4.2.1 Criação e aplicação do direito público

Começa que o legislador brasileiro, na própria ementa da Lei 13.655, refere que o mote é dispor “sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Dois pontos, prontamente, chamam atenção. O primeiro deles, a crença de que o julgador, íntegro, no caso, o poder de Estado que for, cria Direito (que, no caso, seria o Público), e o segundo, a adesão ao conceito abstrato-universalizante de norma difundido pelo positivismo normativo em que o julgador a aplica ao caso concreto como um ato de vontade. Há, portanto, traços, ora de migração do positivismo legal para o positivismo axiologista-normativo e/ou fático, pregado pelas antíteses ao positivismo clássico, ora de cisão (positivista descritivista e normativa) entre raciocínios jurídicos (teóricos) e práticos (aplicação judicial).

De forma (cons)ciente ou não, verifica-se que, de fato, circula pelos corredores do Congresso Nacional a crença de que a criação do Direito (também) pode advir de um ato que não (do) legislativo. O próprio legislador, ao confeccionar normas de *supradireito* na tentativa de impor limites à interpretação do julgador, parte, pois, da premissa de que, de fato, há forças extraparlamentares de criação do Direito. Embora inserida em uma “lei” geral de direito brasileiro que, por conseguinte, também serve de norte para o processo legislativo, a Lei 13.655 é nitidamente dirigida ao exercício da jurisdição, tem como propósito regular o ato decisório estatal, e não os atos tipicamente parlamentares.

O legislador, aqui, se não defende abertamente, ao menos não nega a grande influência das teorias jurídicas que apregoam a abertura metodológica do Direito *além-norma* e a releitura da teoria da separação dos poderes consagrada notadamente nos sistemas jurídicos de caráter europeu-continental. Seja por desconhecimento, seja por incapacidade, seja, ainda, por influência/dependência da doutrina jurídica que,

consciente ou inconscientemente, acaba teoricamente (em ambos os sentidos!) atribuindo ares de tecnicidade jurídica aos anteprojetos de lei, resta indubitável que o poder *supremo, soberano, moderador*, tal como veio sendo qualificado o poder legislativo ao longo do soerguimento da figura estatal, tem admitido a titularidade dos outros poderes constituídos na determinação do Direito.

Justifica-se ainda mais a pretensão de inserir dispositivos de controle dos atos decisórios em sede de direito público se contar que o próprio legislador, de largada, adota como paradigma metodológico a filosofia analítica, que prega a objetividade/neutralidade na delimitação do Direito, e, no que concerne à aplicação do Direito, a filosofia da consciência, a qual admite a discricionariedade, os argumentos de moralidade, o voluntarismo, enfim, “transfere do olhar externo (da coisa) para o interior do sujeito (o subjetivismo)”<sup>251</sup>.

O legislador, tal como no primeiro ponto, coloca-se, definitivamente, em uma posição deveras ingrata – não só a de ter de lutar contra as amarras da própria (in)consciência. O controle dos atos decisórios pretendidos pela Lei 13.655 jamais terá como aliado a crença na discricionariedade do julgador, de que o sentido da lei pode ser transferido para o subjetivismo do intérprete e para a decisão.<sup>252</sup>

A premissa de que se vale o legislador, por meio da Doutrina que o suporta, para consignar em ementa de lei que os demais poderes estão autorizados a criar, em *carreira solo*, o Direito que irradiará, inevitavelmente, sobre tudo e sobre todos não conduz à outra conclusão senão a de que o próprio Poder Legislativo aposta na atividade criativa do Direito pelo julgador, por conseguinte, na instrumentalização do Direito (meio) para alcançar objetivos metajurídicos (fim), característico do realismo jurídico, mola mestra do ativismo decisório. Logo, não faz sentido algum falar-se em segurança jurídica se o Direito é o que o intérprete diz que é. Já a outra premissa de que lança mão o ato legislativo em debate incorre no mesmo problema de decidibilidade kelseniano. Afora o fato de o positivismo jurídico – como, aliás, todo positivismo científico – ser relativista, estar relacionado a convencionalismo, em que

---

<sup>251</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 166.

<sup>252</sup> A respeito, sentença Streck: “E de que modo as teorias analíticas pretendem controlar a ‘expansão linguística’ provocada pela descoberta da cisão da norma em relação ao texto? A resposta é simples: pela metodologia. Algo como ‘racionalizar’ o subjetivismo...! No fundo, um retorno à velha jurisprudência dos conceitos”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 153.

o descritivista tem total liberdade (discricionariedade) para dizer o que é Direito, a crença na criação-aplicação do Direito pelo *poder de julgar* (montesquieuniano) é uma clara adesão à concepção kelseniana de interpretação, igualmente cindida em interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade, a respeito da qual leciona Streck<sup>253</sup>:

A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua 'aplicação', normas. Esta interpretação, denominada de autêntica, seria a única capaz de criar direito, não por intermédio de um conhecimento puro, mas no exercício de política jurídica, influenciada por noções de justiça, moral dentre outras. Já a descrição dessas normas deveria ocorrer de forma objetiva e neutral - interpretação como ato de conhecimento - produzindo apenas proposições, que não possuiriam obrigatoriedade.

O legislador, paradoxalmente, adere a concepções jurídico-filosóficas cujos efeitos pretende eliminar a título de *segurança jurídica (e eficiência)*. O descompasso entre o embasamento teórico e os objetivos delineados pelo legislador é tão gritante que, a um só tempo, modo e lugar, alimenta a abertura do sistema jurídico à realidade *além-da-lei* e a teoria kelseniana de que o órgão julgador, ao aplicar o Direito, tem liberdade para criar direito (novo), inclusive, decidir de modo completamente diverso de todas as significações enunciadas pela ciência jurídica. Nesse particular, teoriza Kelsen<sup>254</sup>:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

Acode referir que nem a Teoria Pura (da Ciência) do Direito de Kelsen deixa de representar indiscutível marco de superação da tradição positivista de então<sup>255</sup>, em

<sup>253</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 244-245.

<sup>254</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 250.

<sup>255</sup> Streck ressalta: "É preciso compreender, em síntese, que, enquanto as demais teorias positivistas tratavam diretamente da lei, Kelsen deu um salto e preferiu tratar do discurso científico sobre a lei e o Direito. [...] Trata-se de chamar a atenção desse positivismo normativista, não de um exegetismo que já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Indubitavelmente, Kelsen já havia superado o positivismo exegetico". STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do

que texto e norma nada mais são do que faces da mesma moeda, nem o diagnóstico de que Kelsen privilegia as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, em menoscabo à interpretação concreta, no nível da aplicação, sugere ode ao textualismo positivista-exegético.

O teórico austríaco é muito claro, por sinal, ao lecionar que a determinação normativa nunca é completa. Ressalta, pois, que a norma de escalão superior não é capaz de vincular todas as direções, sob todos os aspectos, razão pela qual

Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.<sup>256</sup>

Não obstante não se dedique a teorizar o ato de interpretar<sup>257</sup>, principalmente por não apostar no controle da subjetividade do aplicador do Direito, Kelsen, no último capítulo de *Teoria Pura do Direito*, não deixa em aberto o tema da interpretação (da norma que empresta significação jurídica ao fato). No que aqui assume inequívoca pertinência, o sentimento que fica é de que não reside tão apenas na afirmação segundo a qual “a norma individual [...] continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas”<sup>258</sup> o receio de que, em assim pressupondo, o decisor está autorizado a transitar

---

direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 19.

<sup>256</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 246.

<sup>257</sup> Segundo o autor, “A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única solução correta* (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo”. (*Ibid.*, p. 247-248). A propósito, Streck conclui que, “No fundo, Kelsen estava convicto de que não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática. Desse modo, todas as questões que exsurgem dos problemas práticos que envolvem a cotidianidade do Direito são menosprezados por sua teoria na perspectiva de extrair da produção desse manancial jurídico algo que possa ser cientificamente analisado. [...] Não há uma preocupação de Kelsen nem com a interpretação, nem com a aplicação do Direito”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 17-18.

<sup>258</sup> Segundo o autor, “a norma individual [...] continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas”. KELSEN, *op. cit.*, p. 246.

livremente dentro dos marcos da legalidade. Não bastasse, ademais, a defesa de que o aplicador do Direito pode produzir “uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”, o incômodo hermenêutico – e acadêmico – instala-se de vez à medida que se conclui que “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor”<sup>259</sup>. Mais do que o espaço de mobilidade interpretativo, para além, inclusive, da moldura legal, é a possibilidade de optar por uma ou outra solução, todas igualmente corretas, que aparenta não casar bem com os propósitos de controle da discricionariedade positivista.

Não colher sintonia entre a interpretação (da Ciência) do Direito eivada de subjetivismos e o controle da decisão estatal não significa, por outro lado, apregoar um retorno ao positivismo exegético de cariz textualista<sup>260</sup>, em nome, notadamente, da segurança jurídica. Acredita-se que a Teoria do Direito tenha superado de vez a concepção de que a norma está contida no texto ou, ao menos, esteja, enfim, caminhando, sem retroceder, em direção à compreensão de que norma é o resultado da interpretação do texto, isto é, de que “o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da facticidade”<sup>261</sup>. Sob tal perspectiva, a imposição de

---

<sup>259</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 247.

<sup>260</sup> De acordo com Müller, “Somente o positivismo científico-jurídico rigoroso pôde fiar-se em ‘aplicar’ a lei, na medida em que tratou o texto literal desta como premissa maior e ‘subsumiu’ as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do silogismo na verdade vinculado ao conceito e, assim, vinculado à língua. A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo; ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria ‘dado’ com a forma lingüística da disposição. A realidade como conglomerado de elementos heterogêneos juridicamente desordenados e a serem unidos pelo comando normativo pode ser, então, contraposta a uma ‘norma’ assim isolada. O âmbito normativo, não reconhecido pela teoria normativa como parte integrante da norma, pertence, portanto, indistintamente ao mundo abstratamente visto da facticidade. O normologismo tem a tendência de ver a lógica normativa no sentido de uma lógica do *texto normativo* e de seu contexto lingüístico e conceitual. A ‘norma pura’ não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas texto de norma. No sentido do conceito normativo aqui desenvolvido, entretanto, não constitui nem mesmo isso, mas apenas um texto que deve ser visto como forma lingüística de uma norma”. (MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008. p. 192). Em *Métodos de trabalho do direito constitucional*, o mesmo autor sintetiza que “o teor literal de uma proposição normativa é apenas a ‘ponta do iceberg’”. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 38.

<sup>261</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 281.

limites interpretativos dos textos jurídicos não passa pelo simplório – e que se revelou de todo insuficiente – engessamento da norma ao texto normativo.

De toda sorte, não há como impor grilhões à atividade interpretativa, responsabilidades ao ato decisório estatal, lançando-se mão de uma postura hermenêutico-filosófica subjetivista que espelha o paradigma da filosofia da consciência, dentro da qual o intérprete não se resume a mero revelador de sentido (filosofia clássica), mas sim a dono dos sentidos; desprendido da moldura legal, o intérprete arvora-se no poder de dizer o que é Direito. Consequência – acredita-se – que o legislador, com a Lei 13.655, tenciona(va) evitar.<sup>262</sup>

Tal como (pressu)posto, estar-se-ia a admitir a possibilidade de o intérprete transitar entre múltiplas respostas fornecidas pelo enunciado, tal como se fosse possível a regra abarcar todas as hipóteses de forma antecipada, tal como se fosse possível o julgador reproduzir o sentido em abstrato enunciado pela norma independentemente do mundo prático.

Delegar ao intérprete a atribuição de um sentido que a norma teria enunciado abstratamente – porque semanticamente é inviável abarcar todas as possibilidades aplicativas – é o traço marcante da discricionariedade positivista, que desconsidera que “há sempre um significado do texto (e texto é sempre um evento) que não advém tão somente do 'próprio texto', mas, sim, de uma análise de decisões anteriores, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição”<sup>263</sup>.

Destarte, na esteira da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, com espeque, por sua vez, na filosofia hermenêutica de Heidegger, na hermenêutica filosófica de Gadamer e na teoria integrativa de Dworkin, o fato de não se excluir a subjetividade inerente a qualquer atividade compreensiva, pois o intérprete possui as próprias convicções, preferências, intuições, valores, e o fato de que é impossível que um texto abarque todas as possibilidades aplicativas não significam que não haja uma resposta correta, adequada à Constituição, a ser perseguida, sempre, pelo julgador, em nome

---

<sup>262</sup> Streck acentua que “A discricionariedade no positivismo normativista de Kelsen reside no fato de que o órgão aplicador poderia escolher por qualquer possibilidade de significado presente na moldura normativa, ou por algo absolutamente diverso, que senão reformado tornar-se-ia direito novo. Neste aspecto, aproxima-se do Realismo Jurídico ou Positivismo Fático no qual o Direito seria aquilo que os tribunais dizem que é. [...] Isto é, ao final, recai tão somente na vontade do intérprete tanto as significações normativas possíveis quando a definição da norma”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 249-250.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 853-854.

da autonomia do Direito e da própria democracia.<sup>264</sup>

Um diploma legislativo que se proponha a controlar a atividade decisória não pode se manter fiel a posturas analíticas que apostam na cisão entre interpretação e aplicação<sup>265</sup> e que, por estarem comprometidas com argumentos baseados em políticas, e não com argumentos de princípios, não criam condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de cada decisão tomada; de antemão, estaria a confessar o descontrole justamente daquilo que tenciona controlar.

#### 4.2.2 Valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão

Aberto o caminho para a discricionariedade, que, com o crescimento da jurisdição constitucional, termina migrando do Poder Legislativo para o Judiciário, não surpreende nem impressiona a preocupação legislativa manifestada no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com a decisão baseada em “valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, nem que a doutrina de que se vale o legislador, sob tal perspectiva, sustente que os julgadores devem argumentar por políticas:

Como hoje se acredita cada vez mais que os princípios podem ter força normativa - não só nas omissões legais, mas em qualquer caso - o mínimo que se pode exigir é que juízes e controladores (assim como os administradores) pensem como políticos. Por isso, a proposta é que eles tenham de ponderar sobre ‘as consequências práticas da decisão’ e considerar as ‘possíveis alternativas’ (art. 20, caput e § único).<sup>266</sup>

O § 1º do artigo 3º do Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, que

<sup>264</sup> “A busca da superação da discricionariedade, por meio da tese da resposta correta dworkiniana, que é antes de tudo uma metáfora, ou da resposta constitucionalmente adequada já traz um ganho democrático, pois antes de tudo o que importa é a tentativa”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 59.

<sup>265</sup> “Como se fosse possível primeiro o intérprete ter acesso a uma realidade nua e crua e depois a ela (ou sobre ela) colocasse um sentido. Tudo isso ainda a ser complementado pelo ‘momento’ em que o intérprete passa a verificar a compatibilidade desse fato à lei”. STRECK, Lenio Luiz. Estamos condenados a interpretar. **Estadão**, São Paulo, 27 maio 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>266</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha lei de introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. p. 14.

regulamenta o disposto nos artigos 20 ao 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, define “valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”. Mais um exemplo de como a tentativa de espantar a sombra do positivismo fático mediante juízos de valores e perspectivas políticas acaba embretando de vez o legislador, colocando-o em maus lençóis.

Não deve passar despercebido, antes de mais nada, o fato de uma lei (a de n. 13.655), que inclui “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” em uma “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro” ter sido objeto de um decreto (o de n. 9.830) que a regulamente. Há, portanto, um ato normativo que busca estabelecer critérios para a aplicação de uma lei incorporada a uma norma que versa sobre normas que procura instituir parâmetros ao exercício da jurisdição. Parece confuso, mas traduz, fielmente, o sucedido.

Sem dúvida, a profusão de cláusulas gerais, fruto da dogmática jurídica de aspecto positivista, que constrói e atribui sentidos de forma discricionária-arbitrária, tem levado o parlamento a institucionalizá-las, via de consequência, a envidar esforços para compreender e contê-las. Ocorre que, por representarem diretrizes indeterminadas que não trazem expressa e previamente uma solução jurídica, é inviável estabelecer antecipadamente o significado do termo (pressuposto) e as consequências jurídicas da norma (consequente). Reclamam, com efeito, preenchimento de acordo especialmente com a historicidade. Logo, não há como definir semanticamente o que quer dizer determinada cláusula geral sem que se valha de outras diretrizes igualmente indeterminadas e incapazes de enunciar, de pronto, uma solução jurídica.

A norma do *caput* do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo a qual “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, é de acentuada prolixidade. À primeira vista, não há como estabelecer o significado do termo sem levar em consideração as consequências dele. O valor continuará abstrato se não impuser consequências. E mais: não há como apurar “valor” e “consequência” antecipadamente, sem ter em consideração as contingências sobretudo históricas que os envolvem.

De todo modo, o que o legislador brasileiro almeja dizer com “valores jurídicos abstratos” é uma incógnita. E não é – nem será – o artigo 3º, § 1º, do Decreto n. 9.830, que refere que “valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com



alto grau de indeterminação e abstração”, que logrará determinar antecipadamente o significado do termo e as consequências jurídicas dele. Afinal, o que seriam “normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração” senão (outra) cláusula geral? A “regulamentação” em questão lança mão de uma cláusula geral para explicitar outra cláusula geral. Não se arregimenta, *in casu*, sequer um parâmetro desenvolvido e estipulado para a interpretação do que vem a ser “valores jurídicos abstratos” para o legislador.

Ao que tudo indica, o que o legislador pretende retratar com “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” é que são as “consequências práticas” – que devem ser apuradas pelo intérprete – que trazem vida, concreção, aos “valores jurídicos” em abstrato, via de consequência, permite ao julgador descer ao *mundo dos homens*. Nesse estado de coisas, o legislador termina comungando do entendimento de que a combinação *valores jurídicos abstratos-consequências práticas* é o que atribui juridicidade à solução dada pelo Estado-juiz. Ocorre que, ao deixar nas mãos dos tribunais a realização de valores materiais, o legislador assiste àqueles se tornarem instâncias autoritárias. E mais: ao preocupar-se com as “consequências práticas” da decisão, o legislador acaba promovendo a instrumentalização do Direito.

A submissão do Direito à utilização indiscriminada de cláusulas gerais deixa claro o quanto o legislador, a rigor e a bem da verdade, não está comprometido com a proteção de um processo de criação democrática do Direito. Os congressistas têm atacado tão somente as consequências deletérias à autonomia do Direito provocada pela colocação do problema hermenêutico na subjetividade do intérprete e na objetividade de sentido que se trata de compreender. Nada além disso. Na melhor das hipóteses, o legislador, com a edição da Lei n. 13.655, promove um tratamento paliativo – que talvez colabore, mas certamente não cura – a uma moléstia maligna desenvolvida ao longo de anos. O *estilo* (teórico) *de vida* adotado, se não alterado, fatalmente desaguará na infrutífera confecção de cláusulas gerais para (re)significar outras, e assim sucessivamente.

Detalhe que não há sequer um compromisso estabelecido em prol da defesa contra a vagueza semântica dos “valores jurídicos abstratos”. O próprio legislador não serve de exemplo à eliminação daquilo que diz ser o alvo a ser identificado e atingido. A Lei n. 13.655 é, pois, recheada de expressões jurídicas abstratas, como “segurança jurídica de interesse geral”, “interesses gerais da época”, regularização “de modo

proporcional e equânime”, “obstáculos e dificuldades reais do gestor”, “orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado” etc<sup>267</sup>.

O descomprometimento do legislador para com o efetivo controle decisório que diz perseguir é ainda mais acentuado uma vez constatado que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, apascentada pela Lei 13.655, não dialoga com o Código de Processo Civil de 2015, de aplicação, senão imediata, subsidiária ou supletiva aos mais diversos processos e procedimentos. Enquanto o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prescreve que “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos”, o primeiro artigo do diploma processual civil dispõe que o processo civil será “interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição”. Se o temor demonstrado na Lei 13.655 com “os valores jurídicos abstratos” tem como fundamento o voluntarismo do intérprete, o mesmo receio não teve o legislador ao atribuir, com efeito, caráter de norma fundamental ao enunciado processual civil. Bem se vê, definitivamente, que não passa pela singela (a)oposição (de)a “valores jurídicos abstratos” em dispositivo infraconstitucional o controle da decisão estatal.

O congressista aposta na discricionariedade porque, segundo Streck, não há uma teoria da interpretação propriamente dita. Para o jurista gaúcho, a hermenêutica é o caminho a ser explorado fenomenologicamente. “É possível oferecer limites ou anteparos à atividade interpretativa, na medida em que o direito não é concebido a partir de um reducionismo fático. Isso é uma questão de controle democrático das decisões”<sup>268, 269</sup>.

<sup>267</sup> Nesse sentido, a Nota Técnica n. 1/2018 das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 7ª Câmaras de Coordenação e Revisão e da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal, pelo veto integral ao PL 7448/2017: “Chama a atenção, num primeiro momento, que para enfrentar o que rotula de *incerteza e imprevisibilidade* decorrentes do *aumento de regras sobre processos e controle da administração*, o Projeto de Lei tenha, precisamente, se socorrido de termos abertos, passíveis de ampla margem para interpretações e subjetivismos. Nesse sentido, as referências expressas a modo proporcional e equânime, interesses gerais, ônus ou perdas anormais ou excessivos (art. 21), orientações gerais da época (art. 24), segurança jurídica de interesse geral (art. 25), solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais (art. 26), prejuízos anormais ou injustos (art. 27) e interpretação razoável (art. 28)”. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Câmaras de Coordenação e Revisão. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Nota técnica conjunta n. 1/2018**. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7750630&ts=1594381637846&disposition=inline>. Acesso em: 15 fev. 2021.

<sup>268</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 98.

<sup>269</sup> A hermenêutica gadameriana está por trás da exploração do Direito como fenômeno hermenêutico: “A distinção entre uma função normativa e uma função cognitiva faz cindir, definitivamente, o que claramente é uno. O sentido da lei, que se apresenta em sua aplicação normativa, não é, em princípio, diferente do sentido de um tema, que ganha validade na compreensão de um texto. É

A Lei n. 13.655 e respectiva regulamentação trazem, na realidade, uma nova forma/tentativa de racionalizar o subjetivismo que elas mesmas difundem.<sup>270</sup> Ledo engano, conforme se visualiza. A pretensão de definir em textos normativos, ainda que em norma de *sobredireito*, como se deve compreender as mais diversas cláusulas gerais utilizadas ao longo do ordenamento jurídico não retira do intérprete – nem controla – a discricionariedade que lhe é franqueada. Esta medida, de fato, não tem o condão de livrar o legislador do monstro que – julga-se – estaria a lhe assombrar, qual seja, o juízo de valor singular à pessoa do intérprete, destoante do contexto fático e histórico, afastado do Direito democraticamente legislado.

A convergência *valores jurídicos abstratos-consequências práticas* remete à Teoria da Argumentação Jurídica<sup>271</sup> de Robert Alexy<sup>272</sup>, segundo a qual “Em todos os casos minimamente problemáticos são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente” e para a qual “a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido”. O jurista alemão propõe, então, um meio termo entre “posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou irracionalistas” e “posições objetivistas, absolutistas, cognitivistas e/ou racionalistas”, na busca da

---

completamente errôneo fundamentar a possibilidade de compreender textos na pressuposição da ‘congenialidade’ que uniria o criador e o intérprete de uma obra. Se isso fosse assim, as ciências do espírito estariam em maus lençóis. O milagre da compreensão consiste, antes, no fato de que não é necessária a congenialidade para reconhecer o que é verdadeiramente significativo e o sentido originário de uma tradição. Somos, antes, capazes de nos abrir à pretensão excelsa de um texto e corresponder compreensivamente ao significado com o qual nos fala. A hermenêutica, no âmbito da filologia e da ciência espiritual da história, não é um ‘saber dominador’, isto é, apropriação por apoderamento, mas se submete à pretensão dominante do texto. Mas para isso o verdadeiro modelo é constituído pela hermenêutica jurídica e teológica. A interpretação da vontade jurídica e da promessa divina não são evidentemente formas de domínio, mas de servidão. Ao serviço daquilo que deve valer, elas são interpretações, que incluem aplicação. A tese é, pois, que também a hermenêutica histórica tem que levar a cabo o fornecimento da aplicação, pois também ela serve à validade de sentido, na medida em que supera, expressa e conscientemente, a distância de tempo que separa o intérprete do texto, superando assim a alienação de sentido que o texto experimentou” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 464.

<sup>270</sup> Conforme leciona Streck, “em tempos de jurisprudência dos valores, axiologismos etc., nada melhor do que um ‘retorno’ a uma certa racionalidade dedutivista. A diferença é que agora não se realiza mais uma pirâmide formal de conceitos para apurar o sentido do direito positivo; ao revés, utiliza-se o intérprete como ‘canal’ através do qual os valores sociais invadem o direito, como se o sujeito que julga fosse o fiador de que as regras jurídicas não seriam aplicadas de um modo excessivamente formalista”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 153.

<sup>271</sup> “Da confluência axiologista da Jurisprudência dos Interesses - especialmente a partir de Philippe Heck (que, aliás, inventou a expressão ‘Abwägung’ - ponderação) - e da Jurisprudência dos Valores exsurge a Teoria da Argumentação Jurídica, de Robert Alexy, que busca, com sua tese, racionalizar a *Wertungsjurisprudenz*, tida como irracional”. *Ibid.*, p. 255.

<sup>272</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 548-551.

“fundamentação racional de juízos prático ou morais gerais”. Como? A partir de “teorias morais procedimentais, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática”. E, para o jusfilósofo, “Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional”. Sucede que, conforme o próprio autor reconhece, “sempre sobra um amplo espaço para o discursivamente possível”. Daí a necessidade de “associar a teoria moral com a teoria do direito [...] possível no âmbito de um modelo procedimental em quatro níveis”, quais sejam, “(1) o discurso prático geral; (2) o processo legislativo; (3) o discurso jurídico; e (4) o processo judicial”. Ainda nas palavras de Alexy,

O fato de as questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo existente serem, no processo judicial, objeto não apenas da argumentação, mas também da decisão, não implica uma renúncia à racionalidade. Em primeiro lugar, porque essas questões valorativas são decididas a partir de vinculações que, enquanto tais, e como demonstra o modelo, são racionais; em segundo lugar, porque essas questões valorativas podem ser decididas com base em uma argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional.

Se já não bastasse o fato de que, forma ou outra, ainda em Alexy, a última palavra continua sendo a do sujeito e respectiva subjetividade, afinal, em busca da racionalização do uso da moral, a discricionariedade (ainda assim) continua fascinando o intérprete<sup>273</sup>, a Lei n. 13.655 e o Decreto que a regulamenta não estabelecem tampouco *vinculações para as questões valorativas*, isto é, “condições restritivas, às quais a argumentação jurídica se encontra submetida e que, em resumo, se referem à vinculação à lei, ao precedente e à dogmática”<sup>274</sup>. Nenhuma associação com a teoria do direito é estabelecida; pelo contrário, insiste-se na vã tentativa de “racionalizar” o discurso jurídico com base em *valorações-de-valorações*.

<sup>273</sup> “O que sempre caracterizou o positivismo é o fato de que a postura metodológica por intermédio da qual se analisa o fenômeno jurídico é marcada pela restrição à análise das fontes sociais, a cisão/separação - epistemológica - entre direito e moral (o que faz com que alguns autores - p. ex., Robert Alexy - lancem mão da razão prática, evitada de solipsismo, para “corrigir” o direito)”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 97.

<sup>274</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 548.

De toda sorte, nota-se, consoante as precisas palavras de Streck<sup>275</sup>, que, “Apostando na discricionariedade ou em discursos adjudicadores com pretensão de correção do direito, estaremos tão somente reforçando aquilo que pretendemos criticar”. O legislador brasileiro, até agora, não tem ido, pois, além disso.

#### 4.2.3 Consequencialismo

O § 2º do artigo 3º do Decreto n. 9.830 é exemplo de que não se tem em conta sequer a tentativa de racionalização das questões valorativas, o que dirá submetê-las a critérios, parâmetros, vinculações. Longe disso, o ato normativo realiza a façanha de autorizar o julgador a, no exercício da discricionariedade, apresentar “apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos”. E se o julgador não “vislumbrar” consequência prática alguma? E se o julgador não conhece as “consequências administrativas” a que alude o *caput* do art. 21 da Lei n. 13.655, para que possa indicá-las “de modo expresso”? Conforme visto, um dos motes da lei é aproximar a jurisdição das questões afetas à gestão pública, ao menos deixar consignado para o julgador que a decisão, por vezes, pode engessar, até mesmo desincentivar a atividade do gestor público, e que isso tudo deve ser evitado. Portanto, soa deveras contraditório com a pretensão de se estabelecer orientações em prol da segurança jurídica limitar o exercício da jurisdição “apenas” às consequências práticas vislumbradas pelo agente. Atuação, ao depois, que nada de diligente assumiria.<sup>276</sup>

Reduzir a análise a um conceito metajurídico, como “consequências práticas”, e, ainda por cima, satisfazer-se apenas com aquelas vislumbradas no momento do julgamento, é sinal de que o legislador brasileiro coloca as consequências dos atos

---

<sup>275</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 836.

<sup>276</sup> A propósito, destaca Wedy que “É necessária a adoção de certas medidas para evitar que vieses levem a decisões equivocadas e açodadas [...]. Esse é um dos motivos pelos quais muitas vezes são tomadas decisões equivocadas nas esferas administrativa e judicial [...]. A ansiedade por tomar uma decisão judicial em regime de plantão ou, no caso do administrador, por finalizar uma política pública que envolva o desenvolvimento em período pré-eleitoral, poderão levar a graves erros e a nefastas consequências. Julgamentos por órgãos judiciais ou administrativos, no aspecto coletivo, podem ser catastróficos quando o grupo não compartilha informações, não é propenso a respeitar o dissenso de posições individuais ou não está disposto a ouvir aquele indivíduo que possui menor autoridade (seja legal, política, moral ou intelectual). [...] Um grupo que atua no Ministério do Meio Ambiente e está elaborando uma política de combate ao desmatamento [...] precisa do maior número de informações disponíveis a fim de que possa deliberar”. WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 270-271.

de gestão pública, sejam quais forem, acima do Direito. É um forte indicativo de que os atos normativos não estão comprometidos com a juridicidade, tampouco com a democracia. E isso só favorece o protagonismo do julgador, sintoma do descontrole e da ausência de segurança jurídica.

A inexistência de balizas jurídicas energiza ainda mais o consequencialismo. Atrás da normatização de que o “decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos” está a ideia de escolha, a ideia de que decidir é optar pelo melhor caminho que se consiga “vislumbrar”. E, certamente, não age de acordo com o Direito – não é um jurista *lato sensu* – o julgador que, a pretexto das escolhas morais, busca legitimar as respectivas decisões nas consequências práticas. O agente moral que assim procede não representa um juiz em sua tomada de decisão enquanto agente público<sup>277</sup>, mas sim, na maioria dos casos, em que os recursos e as despesas são os argumentos que ocupam uma ou outra parte, um ilegítimo analista econômico do Direito.

Na *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017*, em que renomados juristas brasileiros<sup>278</sup> concluíram que “O PL n° 7.448/2017 figura como um grande avanço para a melhoria da qualidade decisória nacional, não havendo quaisquer ilegalidades ou inconstitucionalidades”, opinou-se que o legislador, no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro veda, em verdade, “motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos”.

O parecer não só reafirma a norma que introduz o consequencialismo no ordenamento jurídico brasileiro em uma norma de *superdireito*, como manifesta, em nome das malfadadas *consequências práticas*, clara oposição à motivação de cariz principiológica<sup>279</sup>. Circunstâncias que inevitavelmente remetem à distinção entre

---

<sup>277</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

<sup>278</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sunfeld, Adilson de Abreu Dallari, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, Roque Carrazza, Gustavo Binenbojm, Fernando Menezes de Almeida, Fernando Facury Scaff, Egon Bockmann Moreira, Jacintho Arruda Câmara, José Vicente Santos de Mendonça, Marcos Augusto Perez, Flavia Piovesan, Paulo Modesto, André Janjácomo Rosilho e Eduardo Ferreira Jordão. MARQUES NETO, Floriano *et al.* **Resposta aos comentários tecidos pela consultoria jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017**. [S. l.], 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2021.

<sup>279</sup> À mesma conclusão chega a Nota Técnica do Ministério Público Federal, de acordo com a qual “O dispositivo é de constitucionalidade no mínimo duvidosa. O parecer da CCJ, ao se referir a ‘valores jurídicos abstratos’ explicitou: ‘podem ser entendidos como princípios’. O dispositivo claramente desprestigia a prolação de decisão, inclusive judicial, com base em princípios. Impõe, ainda, que,

“princípios” e “políticas” desenvolvida por Dworkin, para quem, de se destacar, o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis, em que o direito preexistente de ganhar a causa de uma ou outra parte não passa de uma ficção assim que entra em cena a discricionariedade do juiz. Com efeito, apregoa o jusfilósofo<sup>280</sup> que

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. [...]

Sem dúvida, as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política. [...]

Contudo, se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas. [...]

Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis [...], são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas.

Dworkin critica a originalidade judicial, primeiro, em razão da falta de legitimidade dos juízes, não eleitos pela maioria e não responsáveis perante ela<sup>281</sup>, e, segundo, porque a nova lei criada pelo juiz não antecede o caso que tem diante de si<sup>282</sup>. Digna de nota também é a necessidade de coerência da decisão com o passado decisório. De toda sorte, assevera o jusfilósofo norte-americano que o Estado-juiz preserva a democracia, a segurança jurídica e a coerência quando argumenta por

---

caso assim o seja, considere as consequências práticas dela advindas. Ora, negar a possibilidade de decisão baseada em princípios é recusar densidade normativa dessa fonte do direito”. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Câmaras de Coordenação e Revisão. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Nota técnica conjunta n. 1/2018**. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7750630&ts=1594381637846&disposition=inline>. Acesso em: 15 fev. 2021. p. 4.

<sup>280</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129-131.

<sup>281</sup> Direito “como política; isto é, como um compromisso entre objetivos e finalidades individuais em busca do bem-estar da comunidade como um todo”. *Ibid.*, p. 133.

<sup>282</sup> “Todos nós concordamos que é errado sacrificar os direitos de um homem inocente em nome de algum novo dever, criado depois do fato; portanto, parece errado tomar os bens de um indivíduo e dá-los a outro, apenas para melhorar a eficiência econômica global”. *Ibid.*, p. 133.

princípio. Aqui, o julgador não tem em conta as demandas da maioria política, mas sim o direito que o argumento gerado por princípio descreve; para além disso, a parte não é surpreendida com um novo dever criado pelo tribunal; e tampouco há incoerência na aplicação do princípio que se tomou por base.

Nessa ordem de ideias, a tendência é de que os argumentos gerados por princípios, e não os argumentos gerados por políticas, tragam ao gestor público a segurança jurídica idealizada pelo legislador ao editar a Lei 13.655. Porém, não é isso que se pode colher da nova Lei.

Em Dworkin, decisões pessoais e originais e que refletem a moralidade política do julgador não sofrem a influência das tradições jurídicas, na medida em que não há resquícios de moralidade “assentada em uma massa de decisões particulares que outros juízes tomaram no passado” e indícios de que os juízes decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, em um primeiro momento, os limites das restrições institucionais (moralidade institucional), “para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo” (moralidade pessoal). Nas exatas palavras do autor<sup>283</sup>,

A tese dos direitos, segundo a qual as decisões judiciais tomam efetivos os direitos políticos existentes, sugere uma explicação mais satisfatória do ponto de vista dessas duas exigências. Se essa tese é válida, a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração. Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe. Quando um juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. Em vez disso, faz um julgamento que requer uma certa conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direitos políticos, mas que aqui competem uma com a outra.

Segundo Dworkin, a *doutrina da responsabilidade política*, à qual se sujeita toda

---

<sup>283</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 136-137.



autoridade política, exige, no caso dos princípios, aplicação da consistência distributiva a todos os casos. O que não é necessariamente exigido em termos de políticas, caso em que se pode incorporar a diferença em alguma teoria política geral. Um argumento de princípio pode justificar uma decisão particular somente se compatível com decisões anteriores e com decisões que a instituição esteja preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas.

A teoria jurídica de Dworkin, por sustentar que, nos casos difíceis, as decisões judiciais são caracteristicamente geradas por princípios, e não por políticas, não sofre contestação a partir da correlação que comumente se estabelece entre teoria econômica e Direito. A tese dos direitos, sob tal perspectiva, não é afetada pela ideia de que o julgador decide o caso por meio do estabelecimento de regras que aumentam a eficiência econômica.<sup>284</sup> E assim o é por dois motivos, segundo o autor: o julgador não tem necessariamente consciência do valor econômico das regras, ou que o reconhece como um argumento favorável; o julgador avalia apenas o bem-estar daqueles cujos direitos abstratos estão em jogo, e não os custos ou benefícios para a comunidade em geral.

Ao condenar “a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”, Dworkin<sup>285</sup> estabelece que o tribunal deve abster-se de considerar as reais consequências do julgamento para as partes afetadas e para a sociedade.<sup>286</sup> Nessa caminhada, a menção às consequências práticas que o decisor “consiga vislumbrar

---

<sup>284</sup> Para o jusfilósofo, esta concepção tem como pano de fundo teses antropológicas (os direitos são psicológica ou culturalmente determinados por metas), que, no entanto, não especifica a moralidade da comunidade, e utilitaristas (direito de promover alguma meta coletiva), comprometida, de sua vez, com um sistema de governo que torna decisivo um apelo à meta coletiva em casos específicos. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 147-148.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>286</sup> Herbert Lionel Adolphus Hart discorda da tese dworkiniana: “This exclusion of ‘policy considerations’ will, I think, again run counter to the convictions of many lawyers that it is indeed perfectly proper and indeed at times necessary for judges to take account of the impact of their decision on the general community welfare. Professor Dworkin’s exclusion of such considerations from the judge’s purview is part of the general hostility to utilitarianism that characterises his work” (“Essa exclusão de ‘considerações de política’, penso eu, mais uma vez vai contra as convicções de muitos advogados de que é de fato perfeitamente apropriado e às vezes necessário que os juízes levem em consideração o impacto de sua decisão no bem-estar geral da comunidade. A exclusão do Professor Dworkin de tais considerações da competência do juiz é parte da hostilidade geral ao utilitarismo que caracteriza seu trabalho”). HART, Herbert Lionel Adolphus. American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. Essays in jurisprudence and philosophy. **Georgia Law Review**, [S. l.], v. 11, n. 5, p. 986, 1 set. 1977. Disponível em: [https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley](https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley). Acesso em: 10 fev. 2021.

diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos” está a sugerir não só ausência de juridicidade da *escolha fundamental* procedida pelo intérprete, como a indicar falta de comprometimento com a ementada segurança jurídica. O julgador deve estar comprometido com o Direito, e não com as consequências sabidamente inerentes à respectiva desobediência.

#### 4.2.4 Regra de ponderação

O legislador segue a trilha positivista-normativa ao discorrer no parágrafo único do artigo 20 que “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. Mais uma vez o parlamento brasileiro lança mão de um alibi teórico – a regra de ponderação ou lei do sopesamento alexyana – do qual se pode extrair qualquer decisão.

Acredita-se que o legislador esteja a normatizar a ponderação de princípios ao tecer referência à necessidade e à adequação, as duas primeiras etapas do procedimento alexyano que esclarecem as possibilidades fáticas em caso de conflito jurídico que envolve colisão de princípios. Se o legislador não faz alusão à terceira etapa, responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, assim trata de fazer, modo peculiar, o Decreto n. 9.830, no respectivo artigo 3º, § 3º: “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade”.

Streck ressalta que o problema está em saber como é feita a escolha de princípios colidentes. A ponderação, por se tratar de uma teoria da argumentação de cunho procedimental, não substancial, não prescreve a posição que seria mais adequada. O próprio Alexy admite haver espaços do “possível discursamente”, dirimível a partir da “racionalidade procedimental”.<sup>287</sup>

A positivação do método de decisão alexyano não é novidade no ordenamento

---

<sup>287</sup> Streck adverte: “A escolha do princípio aplicável ‘represtina’ a antiga ‘delegação positivista’, representada pela cisão entre discursos teóricos e raciocínios práticos. Cabe ao intérprete-juiz dizer qual o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, é tarefa do juiz decidir em face das ‘insuficiências ônticas’. [...] Esse é o ponto que liga a teoria alexyana ao protagonismo judicial, isto é, o *sub-jectum* da interpretação termina sendo o juiz e suas escolhas”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 154-155.

jurídico brasileiro. Para além do fato de o artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 prever que, “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”, tal como se possível ponderar regras e daí advir outra regra<sup>288</sup> (a da ponderação), há uma tendência de institucionalização do amplo poder discricionário do juiz; desejada ou não, é o que está a ocorrer.

Se, por um lado, a teoria da argumentação compreende os princípios como mandados de otimização que promovem a abertura interpretativa, valendo-se da máxima da proporcionalidade para a ponderação dos *hard cases*, a Crítica Hermenêutica do Direito, por outro, entende que os princípios, ao introduzirem o mundo prático no Direito (incindibilidade dos atos de interpretação e aplicação), diminuem o espaço da discricionariedade do intérprete, fortalecendo, assim, o caráter normativo da Constituição, em detrimento, pois, de um discurso meramente adjudicador, de um *standart* valorativo qualquer, de um álibi teórico pelo qual se pode dizer qualquer coisa. Para a Crítica Hermenêutica do Direito, uma lei não é inconstitucional porque fere o princípio da proporcionalidade; o é se violar a Constituição. No embalo da crítica de Habermas e Dworkin, proporcional é a decisão que se revela coerente e íntegra.

Constata-se, portanto, que apostar na ideia de que princípios são valores que trazem a moral para dentro do Direito fragiliza o Direito democraticamente estabelecido. É a porta aberta para que se passe por cima do Direito posto por via diversa da jurisdição constitucional, para o voluntarismo/ativismo do decisor. De maneira alguma uma lei que se proponha incluir em um *norma-sobre-normas* disposições em prol da segurança jurídica estará contribuindo para isso lançando mão de princípios que conferem liberdade aplicativa, uma abertura interpretativa. De mais a mais, a utilização de princípios (para justificar decisões discricionárias) não tem o condão de atribuir, por si só, juridicidade aos atos de que daqueles se utilizam.

---

<sup>288</sup> Segundo Robert Alexy, “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 102.

## 5 O ESTADO DE DIREITO COMO PARÂMETRO MÁXIMO DE CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL

O que fazer com a tendência à incorporação de teorias que defendem o protagonismo judicial em termos de criação do Direito em um país cujo sistema jurídico tem como característica o enaltecimento do Direito legislado? Embora não se desconheça posicionamento segundo o qual a dicotomia *civil law-common law* não tem feito, hoje em dia, muito sentido, considerando, notadamente, que Inglaterra, berço do “direito comum”, e Estados Unidos têm cada vez mais lançado mão de leis escritas sobretudo em matéria de políticas públicas e países como o Brasil, de tradição jurídica eminentemente romano-germânica, têm cada vez mais se valido da aplicação de precedentes<sup>289</sup>, fato é que introduzir uma cultura jurídica nova não depende, evidentemente, somente do querer, da vontade do sujeito *assujeitador*.<sup>290</sup>

A importação da cultura de precedentes, no caso do Brasil, tem conduzido os tribunais a se tornarem verdadeiros legisladores *ad hoc*. Ao fixarem teses a partir de determinados julgamentos, nada mais promovem as cortes de justiça brasileiras do que enunciados gerais e abstratos prospectivos com força de lei. Isso especialmente porque não se tem levado em conta, na esteira da autêntica tradição da *common law*, a questão de fato pretérita reconhecida como vinculante, tampouco que, hermeneuticamente, só se pode “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido”<sup>291</sup>.

De tal modo, chegar-se-á ao ponto de se buscar legislativamente, com rudeza ainda maior do que aquela dedicada na norma do artigo 489, § 1º, V, do Código de

<sup>289</sup> Chevallier ressalta que “A posição central que é tradicionalmente a do juiz na cultura americana, onde o direito é concebido antes de tudo como um direito jurisprudencial, [...] em França, onde o direito é percebido como a expressão do poder estatal e onde a justiça foi muito tempo vista com suspeita, a jurisdição se traduz sobretudo pela proliferação das leis e regulamentos [...] deve ser relativizada: enquanto nos Estados Unidos também os textos proliferam, assistimos em França igualmente, a explosão do contencioso”. CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p. 119.

<sup>290</sup> A respeito, assevera Streck: “Primeiro: não se importa cultura. Cultura nova? Ora, alguém acha que o precedente, no *common law*, veio da noite pro dia? (Aqui veio.) Uma tradição se constitui enquanto tradição. Simples. Precedente legítimo, em uma *verdadeira* ‘cultura de precedentes’, não nasce; torna-se. Precedente não tem certidão de nascimento. No *common law* o tribunal não termina o julgamento e diz: agora vamos fixar a tese. Um precedente legítimo é reconhecido como vinculante a partir da atividade decisória subsequente que relaciona um caso a outro”. STRECK, Lenio Luiz. Precedentes? Uma proposta aos ministros Schiatti, Mussi e Sebastião. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schiatti-mussi-sebastiao>. Acesso em: 27 fev. 2021.

<sup>291</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 496.

Processo Civil (“se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”), o controle da decisão judicial que aplica a tese jurisprudencial assentada, a exemplo do que está a ocorrer com a decisão judicial em matéria de direito público, a respeito da qual se dedica a Lei n. 13.655/18. Justifica-se. Afinal, um precedente sem caso é um precedente vazio, inexistente. Pode-se dizer qualquer coisa de um precedente apartado das respectivas circunstâncias fáticas<sup>292</sup>. O precedente acaba sendo aquilo que o aplicador diz que é. O conteúdo do precedente é preenchido pelo juízo que tem o caso diante de si. Nessas condições, o que dizer de um acórdão que não segue o “precedente” da própria Corte? De que modo exigir que o Tribunal haja com integridade e coerência, na esteira da norma do artigo 926 do Código de Processo Civil, se há um distanciamento dos fatos aos quais os precedentes se destinam?

Dois julgados do Superior Tribunal de Justiça bem ilustram a problemática envolvendo a aplicação de precedentes no Brasil. Primeiro, a adoção da tese fixada como enunciado geral e abstrato, para o futuro, independentemente da *ratio decidendi*. Segundo, a adoção ou não de um ou outro precedente como um fator de mera escolha do aplicador.

Ao julgar, em 16/10/2018, o Recurso em Mandado de Segurança n. 58.373/RS, em que candidatos ao cargo de Juiz de Direito Substituto do Estado do Rio Grande do Sul se insurgiram “contra o espelho da prova apresentado após a realização dos testes de sentença, reputando-o genérico e carecedor de critérios de correção, o que teria inviabilizado a adequada interposição do recurso administrativo”, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o Ministro Herman Benjamin, assentou que,

De fato, o espelho de prova apresentado pela banca examinadora possui padrões de resposta genéricos, sem detalhar quais matérias a Comissão entendeu como de enfrentamento necessário para que seja

---

<sup>292</sup> Pinto, Raatz e Dietrich advertem: “Se a ‘ferramenta’ for aplicada no atacado, sem a observância das especificidades do caso particular, como parecem querer os precedentistas, tem-se uma grande chance de se criarem muito mais problemas do que os que se pretendem sanar”. Afinal, complementam, “os precedentes, pelo fato de também serem, inevitavelmente, forjados em linguagem, serão sempre passíveis de interpretação. Não podem, pois, os *precedentes* também serem porosos, ambíguos, etc.?”. PINTO, Gerson Neves; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Os precedentes vinculantes e o problema da contingência ontológica do direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 1, p. 14 e 18, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v24i1>. Acesso em: 20 jan. 2021.

a resposta tida por correta, o que impossibilitou aos impetrantes/candidatos exercerem o contraditório e a ampla defesa. [...] Somente após a interposição do recurso administrativo é que a Administração apresentou, de forma detalhada, as razões utilizadas para a fixação das notas dos candidatos, invertendo-se a ordem lógica para o exercício efetivo do direito de defesa em que primeiro o candidato deve ter conhecimento dos reais motivos do ato administrativo para depois apresentar recurso administrativo contra os fundamentos empregados pela autoridade administrativa. [...] Assim, considero que, no caso concreto, há de ser aplicada a parte final do precedente obrigatório firmado pelo STF no julgamento do Tema 485 (RE 632.853), quando afirmou a Suprema Corte que 'Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade', por identificar ilegalidade no ato administrativo de divulgação de espelho de prova com respostas-padrão genéricas, inviabilizando o efetivo direito de recorrer dos candidatos em relação ao resultado da prova prática de sentença'.

Ocorre que o mesmo Tribunal, a mesma Turma, o mesmo Relator, ao julgar, em 06/12/2018, o Recurso em Mandado de Segurança n. 58.394/RS, acabou sentenciando que

A tese de falta de divulgação prévia dos critérios de correção da prova escrita (sentença cível) foi rechaçada pela autoridade impetrada ao apontar que o caso retratado na questão da prova tinha como modelo sentença exarada em processo real e que tal situação.

Conforme se pode perceber, o mesmo Tribunal, a mesma Turma, o mesmo Relator, em um intervalo inferior a dois meses, divergiu dele(a) próprio(a) no que diz com a aplicação “do precedente obrigatório firmado pelo STF no julgamento do Tema 485 (RE 632.853)”. Enquanto no RMS n. 58.373/RS se houve por bem aplicar “a parte final do precedente obrigatório firmado pelo STF no julgamento do Tema 485 (RE 632.853)”, “por identificar ilegalidade no ato administrativo de divulgação de espelho de prova com respostas-padrão genéricas, inviabilizando o efetivo direito de recorrer dos candidatos”, no RMS n. 58.394/RS, não restou *vislumbrada* “ilegalidade ou reparo a ser feito no ato impetrado”.

Se já não bastasse o fato de a tese fixada no precedente do Supremo Tribunal Federal (Tema 485) não versar sobre a existência ou não de parâmetros de correção de prova de concurso público previamente fornecidos aos candidatos para que possam recorrer administrativamente, mas sim sobre a impossibilidade de o Poder Judiciário revisar os critérios adotados pela banca examinadora de concurso público,

o Superior Tribunal de Justiça, pela mesma Turma, pelo mesmo Relator, procedeu a escolhas diversas ao julgar em questão de cinquenta dias dois recursos em mandado de segurança que, dentre outras causas de pedir, tinham a ausência de critérios de correção das provas de sentença previamente disponibilizados como causa de pedir em comum.

Portanto, não é simplesmente propalando aos quatro cantos do País, também, a introjeção de uma cultura jurídica que não corresponde àquela que tradicionalmente abastece e distingue o Direito brasileiro sobretudo do Direito norte-americano, ou até mesmo que a integração de diferentes sistemas jurídicos é corolário lógico da maior interação entre os povos, que a tese de que as decisões de juízes e tribunais, no Brasil, estão a promover a criação do Direito ganhará contundente embasamento teórico. O Direito brasileiro, terminantemente, não pode permanecer nas mãos dos juízes e tribunais, refém da pena do magistrado, tal como se se vivesse sob a égide de um Estado de Juiz. Essa não é a tradição jurídica brasileira. Não soa, além do mais, democrática. E tampouco contribui para a autonomia do Direito (brasileiro).

Tal como se apresentam, cada vez mais as decisões judiciais têm descambado em direção à utilização de deletérios argumentos de autoridade. Argumentação, pois, que não demonstra comprometimento algum com as leis, casos e doutrina citada, mas sim estreita e nefasta relação com posturas personalistas, irracionais, meramente opinativas. A propósito, leciona Rodrigues<sup>293</sup> que tal decisão,

não se sente limitada por nenhum ônus argumentativo. Seu único compromisso é com a eficácia em convencer o destinatário, podendo-se utilizar para este fim qualquer argumento, qualquer elemento, qualquer estratégia. O que importa é a obtenção de uma solução, de uma decisão e não o padrão argumentativo que a fundamente. Neste tipo de argumentação, a pessoa que toma a decisão e a decisão em si mesma são mais importantes do que o raciocínio desenvolvido para se chegar nela. Ao argumentar, a pessoa da autoridade expõe os motivos pelos quais foi convencida de determinada solução jurídica. Se o caso for simples e não gerar controvérsia entre cidadãos e autoridades, sua justificação será extremamente sucinta, mais centrada no resultado do que em sua justificação.

Não são raras as decisões de juízes e tribunais que fazem uso de argumentos de autoridade, em que se decide, em primeiro lugar, pelo pleno ou parcial deferimento

---

<sup>293</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 73.

ou pelo indeferimento de determinado pedido para, depois, em um segundo momento, se partir à caça de alguma outra decisão – às vezes do próprio decisor – na crença de que essa simplória junção trará juridicidade à decisão a ser prolatada.

Acórdão da lavra da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento n. 70084415231, julgado em 08/10/2020, relator o Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, é exemplo de decisão que se vale de outros julgados para discorrer de determinada maneira sem atentar sequer minimamente que as decisões arroladas como “justificativa” também não trazem fundamentos jurídicos capazes de abalizar o julgamento proferido.

*In casu*, o aludido acórdão sentencia que “a expedição de alvará, durante a tramitação do processo de inventário, é medida excepcional e deve ser calcada em juízo de cautela”. De que modo o julgado chega à tal conclusão? Arrolando outros dois julgados no mesmo sentido. O primeiro deles, lavrado no Agravo de Instrumento n. 70062750500, em 17/12/2014, pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relatora a Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, referindo que “a liberação do patrimônio do espólio no curso do processo mediante alvará judicial se trata de medida de exceção, pelo que pretensões em igual sentido devem ser interpretadas restritivamente”; e o segundo, também da lavra da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento n. 70056841687, relator o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 27/11/2013, sufragando que “A concessão de alvará judicial no curso do inventário é medida excepcional, que deve estar plenamente justificada”.

Nenhum dos julgados colacionados pela primeira decisão tece argumentação de acordo com o Direito democraticamente erigido pela sociedade. Não se sabe de onde provém a inspiração para a defesa da tese de que a expedição de alvará em processo de inventário é medida excepcional e que pedido assim formulado deve ser interpretado restritivamente.

O Direito democraticamente legislado aponta para saída diametralmente oposta à encontrada pelos referidos julgados. Há regra no ordenamento jurídico brasileiro ávida à aplicação no caso concreto. A norma do artigo 647, parágrafo único, do Código de Processo Civil, com efeito, autoriza o juiz a “deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse



herdeiro”. O Direito brasileiro, definitivamente, não trata a antecipação “dos direitos de usar e de fruir de determinado bem” inventariado como algo excepcional, a ensejar interpretação “restritiva”. Pelo contrário, a norma do artigo 647, parágrafo único, do Código de Processo Civil traz presunção que milita em favor do herdeiro requerente, “com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos”.

Mais do que exporem irrelevantes opiniões pessoais não justificadas, os julgados arrolados não replicam a norma jurídica convencionada pela comunidade política para hipóteses que tais. A um só tempo, o Tribunal gaúcho, pelos respectivos órgãos fracionários (e magistrados), demonstra ignorar a lei – algo que não é admitido sequer ao jurisdicionado (artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) –, não presta deferência ao brocardo latino *iura novit curia* (artigo 373, *contrario sensu*, do Código de Processo Civil), tampouco se desincumbe do dever de fundamentar as respectivas decisões (artigos 93, X, da Constituição Federal e 489, II e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil). O motivo – a “excepcionalidade” da medida – de que se valem as decisões do Tribunal é infundado. Motivo há, portanto; ocorre que flagrantemente injustificado.

Há, sem dúvida, disseminada compreensão de que o Direito é aquilo que é constantemente reproduzido por juízes e tribunais. No Brasil, “prevalece a invocação de outras autoridades que, supostamente, argumentam no mesmo sentido do juiz que proferiu a sentença”, “a articulação de opiniões acompanhadas da citação, sem contextualização ou análise, de uma séria de ‘jurisprudências’ e ‘doutrinas’”, em detrimento “da melhor solução possível para aquele caso – o melhor Direito, a solução mais adequada – esteja ela presente no texto da lei ou tenha sido obtida por intermédio de algum outro modelo de racionalidade judicial”<sup>294</sup>. E isso implica dizer que o magistrado está a decidir os conflitos como bem entende, arbitrariamente. Se não há sequer um sistema de julgamentos organizados, o que dizer de uma cultura de precedentes...

Faz falta, a bem da verdade, um padrão decisório capaz de avaliar a racionalidade das decisões judiciais, de firmemente vinculá-las ao ordenamento jurídico. Sem ele, as decisões proliferam-se isentas de uma crítica mais contundente.

---

<sup>294</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 77.

A teoria do estado de direito deve, então, concentrar boa parte das respectivas atenções a uma teoria da decisão judicial que lhe deve seguir. Uma teoria para a decisão judicial é a luz que ilumina o caminho para a saída (correta), e o Estado de Direito que guia a tradição jurídica brasileira é a chave que abre a porta para a consagração do direito democraticamente legislado e para a autonomia do Direito.

### 5.1 A teoria do estado de direito romano-germânico

O Estado de Direito recebe teorização da doutrina especializada. Não infenso a influências políticas (liberais e autoritárias, notadamente)<sup>295</sup>, o tema encontra ao passar dos séculos concepções diversas, ora como Estado regido pelo Direito, ora como Estado submetido ao Direito.

Formalmente, o Estado de Direito é concebido como um regime de direito, onde reina a hierarquia das normas. Tal regime estabelece uma ordem jurídica centrada no combate aos abusos estatais. Assim como a Administração Pública está submetida ao Direito, via de consequência, ao controle jurisdicional, a lei criada pelo Parlamento está submetida à Constituição, logo, ao controle constitucional exercido por juízes e tribunais. Porém, por outro lado, ao se submeter ao Direito, o Estado acaba submetendo-se a si próprio, autogerindo-se, pois detém o monopólio da construção da ordem jurídica. Logo se observa que há uma concepção teórica do Estado de Direito que prega o caráter heterolimitativo do Estado e outra, também, que introduz a autolimitação do Estado.

Pouca ou nenhuma relevância para o presente debate acadêmico exsurge dessas diferentes concepções, a primeira afeta à tradição francesa de Estado de Direito, e a segunda ao *Rechtsstaat*. Porquanto possível afirmar que o controle da atividade jurisdicional é exercido pelo Estado de acordo com o Direito. Para tanto, não vem ao caso discutir se o controle é exercido pelo Estado ou pelo Direito, que àquele

---

<sup>295</sup> Segundo Jacques Chevallier, “A construção da teoria do Estado de Direito não é um fato do acaso, ou o produto de uma lógica puramente interna do campo jurídico: a teoria floresceu sobre um determinado *terreno ideológico*, enraizada em uma determinada *realidade social e política*; se desprovida desse substrato, se seccionada de suas referências, ela aparece apenas como uma concha vazia, um quadro formal, tornando-se próprio falar em ‘in-significante’”. (CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p. 45) Novais aduz, por sua vez, “que, mais do que conceito filosófico, o Estado de Direito surge como um *indirizzo* político ou um *conceito de luta política* característico dos movimentos e das ideias prevalentes no século XIX”. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Ed. Almedina, 2006. p. 45.

precederia, ou não. Fato é que o instrumento teórico proposto ao controle da atividade jurisdicional, a teoria da decisão judicial, fundada em um Estado de Direito legislativo, tanto é – e deve ser – objeto de aplicação pelo Estado, por meio dos respectivos poderes constituídos, quanto é fruto do Direito propriamente dito. O controle da atividade jurisdicional encontra, portanto, no Estado de Direito a justificação máxima, sem a qual não haveria habilitado jurídico para tal intento nem parâmetro apto à constrição.

Para que o Estado de Direito alcance normatividade, julga-se necessário afastar da expressão concepções que nada mais procedem do que idealizá-la, como uma herança histórica, um remédio para todos os males. De igual modo, acredita-se que o culto ao Estado de Direito não deve representar algo tautológico<sup>296</sup>, mítico ou simbólico, a ponto de soar natural compreendê-lo ingênua e simplificada<sup>297</sup>. Também não deve soar como um “simple standard argumentativo-persuasivo”<sup>298</sup>. Isso tudo não quer dizer, entretanto, que se duvide de que o Estado de Direito é reflexo de uma longa tradição, que o Poder, seja ele qual for, porque sujeito às regras, não se encontra, destarte, incessantemente e em toda parte limitado e constrangido.

O Estado de Direito deve, sim, ser cultuado, reverenciado, especialmente por representar contundente contraposição à política. Inegavelmente, o Estado de Direito não se encontra imune às influências políticas, porém, consoante observa Chevallier<sup>299</sup>, “a objetivação de uma regra de direito depurada de toda dimensão

---

<sup>296</sup> Raz alerta: “It is said that the rule of law means that all government action must have foundation in law, must be authorized by law. But is not that a tautology? Actions not authorized by law cannot be the actions of the government as a government. They would be without legal effect and often unlawful. [...] Powerful people and people in government, just like anybody else, should obey the law. [...] If government is, by definition, government authorized by law the rule of law seems to amount to an empty tautology, not a political ideal” (“Diz-se que o estado de direito significa que toda ação governamental deve ter fundamento na lei, deve ser autorizada por lei. Mas isso não é uma tautologia? Ações não autorizadas por lei não podem ser ações do governo como governo. Eles seriam sem efeito legal e frequentemente ilegais. [...] Pessoas poderosas e governantes, assim como qualquer outra pessoa, devem obedecer a lei. [...] Se o governo é, por definição, o governo autorizado por lei, o estado de direito parece equivaler a uma tautologia vazia, não a um ideal político”). RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Oxford University Press, 1979. p. 212.

<sup>297</sup> “It cannot be treated as a concept which, in the time-honoured formula used of lecturers and after-dinner speakers, is so well known as to call for no introduction” (“Não pode ser tratado como um conceito que, na fórmula consagrada pelo tempo usada por palestrantes e oradores após o jantar, é tão conhecido a ponto de não exigir apresentações”). BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 265-266. Livro eletrônico.

<sup>298</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 619.

<sup>299</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p. 54.

política, torna-se garantia de seu poder normativo”. Daí a ascendência do discurso jurídico sobre todo e qualquer outro saber. Afinal, é com o cientista do Direito, com o jurista, e não com o político, que se conta de sorte a defender a ordem jurídica, a minoria da maioria, e a se proteger contra os abusos perpetrados pelas autoridades.

A um só tempo, o Estado de Direito é limitação à ação do poder e proteção do cidadão contra o poder. Aqui incluído, evidentemente, o Poder Judiciário; mais do que isso, a atividade típica que lhe é conferida constitucionalmente, qual seja, o exercício da jurisdição. O Estado de Direito é o ponto de referência de todo e qualquer ato de autoridade, é o instrumento de que devem se valer juízes e tribunais, mais especificamente, como afirmação do Direito afirmado coletivamente.

Um *Estado de Leis*, ao depois, é composto de atributos que lhe auxiliam na tarefa de constranger o poder. O principal deles é o da *segurança jurídica*. É importante para o Estado de Direito que lhe sigam elementos que lhe tragam, na medida do possível, certeza e previsibilidade, bem como coerência e integridade. “Segurança jurídica significa antes de tudo que o direito existente possa ser conhecido e entendido”<sup>300</sup>.

Derivadas do atributo da segurança jurídica, a *legalidade* e a *irretroatividade das leis* contribuem sobremaneira para a estabilidade do Direito; se o primado da legalidade qualifica e atribui identidade própria ao Estado de Direito, o da irretroatividade das leis é garantia contra as modificações do Direito em vigor. O Direito deve, antes e acima de tudo, exalar confiança ao cidadão; que os direitos fundamentais, destarte, serão respeitados e consagrados juridicamente independentemente das circunstâncias que se apresentem.

Um Estado que se julga como sendo de Direito, cujas origens deitam raízes no liberalismo inglês e no movimento iluminista como um todo, o cidadão, o carente, o investidor, o administrado, o jurisdicionado, devem estar plenamente seguro de que, ao se socorrer ou estiver submetido ao mais drástico (e caro e moroso) dos civilizados métodos de resolução de conflito, obterá uma resposta de acordo com o Direito legislado; na pior das hipóteses, qual seja, aquela que corresponde à absoluta ausência de prescrição a respeito, deve estar certo o indivíduo de que a resposta retratará fielmente o perfil decisório delineado no ordenamento jurídico, sobretudo na Constituição, sem invencionices, casuísmos, particularismos, relativismos,

---

<sup>300</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p. 85.

subjetivismos, decisionismos, solipsismos.

A juridicização é, sem dúvida, reflexo da confiança conquistada pelo (Estado de) Direito, consequência de uma sociedade inteiramente ciceroneada pelo Direito. Nas palavras de Chevallier<sup>301</sup>, “Estado de Direito implica que a liberdade de decisão dos órgãos do Estado é, em todos os níveis, enquadrada pela existência de normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela intervenção de um juiz”.

O fenômeno da juridicização e a corolária proliferação de leis, regulamentos e enunciados jurisprudenciais acabam conduzindo a sociedade, ávida pela concretização de direitos, a cada vez mais recorrer a dispositivos jurídicos, sobretudo ao contencioso judicial. Perde força, no entanto, toda aquela sensação de segurança (jurídica) identitária do Estado de Direito à medida que o poder jurisdicional, e não o Direito posto, se coloca na condição de melhor corresponder às expectativas de uma sociedade complexa, plural, flexível.

De todo modo, assim como é ilusório acreditar que o Estado de Direito não sofre influências políticas e apostar na cisão entre Direito e Estado – a menos que se prove do direito natural –, a ideia de Direito sem Estado tende a ignorar por completo o papel do juiz como porta-voz do caráter contramajoritário do Direito, dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Segue que é no âmbito judicial, essencialmente, que o Estado de Direito (deve) ganha(r) o palco mais destacado de atuação.

Não é o fato de, no caso brasileiro, a concretização de direitos resultantes da consolidação da democracia ter sido conduzida, pelos mais variados motivos<sup>302</sup>, diretamente para o Poder Judiciário que um *Estado de Juizes* haverá de substituir o

---

<sup>301</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2, p. 112.

<sup>302</sup> Entre eles: ditadura militar, ausência ou ineficiência dos serviços públicos, alta carga tributária, corrupção, inflação, miséria, pobreza, desigualdade social. Wedy traça alguns acontecimentos marcantes pós-Constituição de 1988: “Nosso país tem consolidado o Estado de Direito, não sem dificuldades, desde 1988. Passou pela luta contra a hiperinflação; pelo *impeachment* de Collor; pelo plebiscito que confirmou o presidencialismo; pelo governo tampão de Itamar Franco; pelo Real, e consequente controle da inflação, pela polêmica emenda da reeleição e as privatizações realizadas de modo pouco criterioso no Governo FHC; pelo combate à fome no Governo Lula, acompanhado do escândalo do mensalão; pelo confuso Governo Dilma e seu *impeachment*; pela prisão de Lula, já como ex-presidente, de políticos poderosos e dos maiores empreiteiros do país, na chamada Operação Lava-Jato; pelo curto e questionável Governo Temer, também assolado por denúncias de corrupção; e, agora, pelo polêmico e errático governo Bolsonaro, que traz, como Ministro da Justiça, Sérgio Moro, o magistrado federal que julgou os processos da já referida operação em primeira instância, antes de deixar a toga e enveredar para a vida política”. WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco; SARAIVA, Isaac Ronalhti Sarah da Costa (org.). **Estado de direito contemporâneo: reflexões críticas**. 1. ed. Blumenau: Dom Modesto, 2020. p. 168.

de Direito, em suma, que o Direito propriamente dito passará a ser imprevisível e incapaz de refletir segurança jurídica, logo, dependente da pessoalidade (vontade) do julgador. O Estado de Direito deve permanecer irretocável sobretudo em tempos de crise e de exceção. Tais fatores, por si sós, não autorizam os Poderes a trocarem de mãos nem a substituírem um ao outro.

A prerrogativa de concretizar/implementar direitos constitucionalmente consagrados não faz do Poder Judiciário um protagonista político, o megafone do povo, enfim, um poder soberano não constrangido por nenhum outro elemento constitucional(mente) estabelecido.

Tassinari<sup>303</sup> define, a propósito, como *ativismo judicial* a decisão fora do Direito, que faz do Poder Judiciário ser fonte dele mesmo, “descomprometida com parâmetros de constitucionalidade e/ou legalidade, o que se relaciona com a ideia de discricionariedade judicial”. E uma decisão discricionária, descompromissada com o Direito (com parâmetros, pois, de constitucionalidade e legalidade), é, sem margem de dúvida, um ato de autoridade que atenta contra o Estado de Direito de perfil romano-germânico.

No Brasil, o Poder Judiciário, em regra, não detém a última palavra nem toda decisão judicial é indiscutível a ponto de merecer cumprimento por si só: basta, pois, que não esteja alinhada à teoria do estado de direito legislativo.

O propósito da presente dissertação não é discorrer sobre instrumentos jurídicos<sup>304</sup> que buscam restabelecer o equilíbrio entre os três poderes, em outras

---

<sup>303</sup> TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: [https://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari\\_.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 8 abr. 2021.

<sup>304</sup> Destaque para o instrumento defendido pela doutrina norte-americana para afastar os efeitos indesejados, contraprodutivos ou adversos de uma decisão judicial em matéria constitucional, conhecido como *Backlash*. A respeito, leciona Sunstein: “Let us define ‘public backlash’, in the context of constitutional law, in the following way: Intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and remove its legal force. In cases of backlash, many minds have rejected the Court’s decision, and they have done so with conviction” (“Definamos ‘reação pública’, no contexto do direito constitucional, da seguinte forma: Desaprovação pública intensa e sustentada de uma decisão judicial, acompanhada de ações agressivas para resistir a essa decisão e remover sua força jurídica. Em casos de reação, muitas mentes rejeitaram a decisão do Tribunal, e o fizeram com convicção”). Esse instrumento desafia a crença da indiscutibilidade das decisões judiciais desinteressadas da lei, questiona a deferência sem protesto aos julgamentos constitucionais realizados pelos profissionais do direito. Outro instrumento que também merece destaque é aquele previsto no artigo/seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, denominado de *Cláusula Não Obstante* (*Notwithstanding Clause*), de acordo com o qual o Parlamento ou o legislativo de uma província canadense pode declarar que uma lei é insuscetível de revisão judicial pelo prazo de cinco anos, renovável pelas legislaturas



palavras, arrefecer o ímpeto revolucionário da teoria dos três poderes encontrado sobretudo nas salas de sessões dos tribunais. Acredita-se firmemente que a questão pode ser tratada internamente, no plano da teoria do (estado de) direito, sem aparelhos de interferência (política) de um poder sobre outro como forma de constrangimento, de colocá-lo, pois, no *seu* devido lugar. Afinal, mais ainda do que os outros dois poderes, a ciência que envolve a cena judiciária é e deve ser a do Direito. E é com o Direito que a Academia deve trabalhar na busca de soluções e ajustes para o correto exercício da atividade judicial. Faz pouco sentido, aliás, propor saídas alheias à teorização do Direito se os principais laboratórios dessa ciência humana, os tribunais, trabalham – ou ao menos devem trabalhar – com este ramo do conhecimento a todo momento, em toda e qualquer circunstância.

De fato, em um Estado (de Direito) regido precipuamente por leis e regulamentos não haverá de ser o juiz o detentor da última palavra. A primeira e última palavras deverão ser da sociedade, pelos respectivos representantes democraticamente eleitos para tanto. Uma decisão judicial que não replica os princípios fundamentais estabelecidos no *Título I* da Constituição Federal, via de consequência, não se encontra enquadrada pelo Estado de Direito brasileiro eminentemente legislativo, jamais terá o condão de colocar ponto final a uma controvérsia judicializada. Do contrário, significa que a República Federativa do Brasil, a despeito da norma do artigo 1º da Constituição Federal, não se encontra efetivamente constituída em Estado (Democrático) de Direito.

E como constranger o decisor judicial que se arvora no direito de subjugar o Direito legislado? E como evitar que atos legislativos inconstitucionais encontrem a devida revisão se os tribunais, em um Estado de Direito legislativo, não são os detentores da última palavra? O percurso para responder estas questões não é circular, é paralelo. Os caminhos percorridos pelos Poderes Legislativo e Judiciário não se entrecruzam, ambos seguem no mesmo sentido, em direção ao postulado do Estado de Direito. Logo, o controle da atividade jurisdicional, notadamente, não depende necessariamente da atuação de um controle externo. A teoria do estado de direito fornece mecanismos apropriados para tanto, que empurram os Poderes

---

subsequentes. Ambos os instrumentos destacados, o primeiro, doutrinário, e o segundo, legislativo, rejeitam modelos inspirados no constitucionalismo norte-americano de que o Poder Judiciário detém a palavra final e irreversível em matéria de Direito. SUNSTEIN, Cass Robert. **A Constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before?** Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 123.

constituídos em uma só direção. O principal deles é a teoria da decisão, adormecida nos porões acadêmicos por conta da crença de que o controle da atividade jurisdicional depende mais da atuação dos demais poderes constituídos do que da própria ciência jurídica que lhe fornece rico manancial teórico.

Um Estado (de Democracia e de) Direito que se preze, cujas origens deitam raízes no *civil law*, não pode nem deve suportar conviver com agentes públicos que não representam a voz da sociedade – e a pluralidade tampouco lhes é característica – ditando a rodo, por todos os cantos de um país de dimensões continentais, normas com força de lei.

O Estado de Direito necessita ser (re)afirmado em território brasileiro, principalmente perante o poder republicano que lhe é mais caro. Do contrário, ter-se-á um superpoder, não vocacionado, tampouco capacitado para tanto, ditando o rumo da nação brasileira.

A morosidade, o alto custo econômico-financeiro para a sociedade e a defasagem – numérica e, por vezes, técnica<sup>305</sup> – de pessoal bem dão o tom da carência de capacidade administrativa e de vocação do pretense poder protagonista, assim como ocorre, em geral por ausência de estabilidade, integridade e coerência, quando, no exercício da função jurisdicional, se busca prescrever, a título de precedentes, padrões de conduta inclusive em julgamentos de pedidos iniciais e recursais para os quais a Constituição e a Lei não preveem força vinculante.

Nesse estado de coisas, cabe à Doutrina<sup>306</sup> apoiar sobretudo o também combatido Poder Legislativo brasileiro na difícil tarefa de restabelecimento do Estado

---

<sup>305</sup> Afinal, o conhecimento não encontra medição em uma única e rasa oportunidade.

<sup>306</sup> “Sobre este último ponto – o relevante papel da doutrina – é impossível concordar com o trecho extraído do voto proferido pelo então Min. Humberto Gomes de Barros do STJ: ‘Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja’ (AgReg em ERESP nº 279.889-AL)”. MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. Hermenêutica e decisão judicial: em busca de respostas adequadas à constituição. **Derecho y Cambio Social**, [S. l.], v. 12, n. 40, p. 7-8, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www.derechocambiosocial.com/revista040/INDICE.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.



de Direito e de (re)equilíbrio entre os três poderes constituídos.

Basta ocupar-se do Estado de Direito e da teoria da separação dos poderes para que não se avenge usurpar das prerrogativas constitucionais de um poder sobre outro, para que não se instale um verdadeiro estado de absurdidade protagonizado pelo Poder Judiciário.

Conforme visto, há fenômenos históricos e teorias que respaldam o protagonismo judicial. Enquanto a Doutrina, não-coativa por excelência, não se mostrar forte o suficiente para colocar o devido pingão nos *is*, persistirá idealizado que a saída se encontra na velha e surrada edição de atos legislativos para conter os mais diversos abusos e ilegalidades. Mas a normatização como interferência de um poder (o legislativo) sobre outro (o judiciário) não tem sido capaz de frear o ímpeto invasivo de juízes e tribunais com o qual não raramente se é deparado.

#### 5.1.1 O princípio do estado de direito (legislativo)

A resposta ao protagonismo judicial está na adoção da concepção adequada de Estado de Direito, se um princípio jurídico que deve nortear toda interpretação hermeneuticamente correta da regra pelo órgão judicial, ou se uma regra a qual deve se submeter a decisão judicial sob pena de nulidade.

Para Bingham, o Estado de Direito é um princípio aristotélico, notabilizado por Dicey, que retrata o império das leis... um governo das leis, e não um governo dos homens. O magistrado inglês confere ao Estado de Direito a qualidade de princípio em razão de a expressão ser incerta, subjetiva, não abrangente e não universalmente aplicável, embora muitas decisões judiciais, declarações internacionais e estatutos jurídicos a ele se reportem literalmente.

Na esteira do pensamento de Locke<sup>307</sup>, de acordo com o qual “Onde termina a lei começa a tirania”, e da formulação proposta por Dicey, para quem *Rule of Law* significa, notadamente, que a punição está condicionada à ofensa judicialmente reconhecida a uma lei estabelecida e que todos estão sujeitos à mesma lei administrada nos mesmos tribunais, Bingham define o (núcleo do) Estado de Direito inglês como o princípio constitucional segundo o qual todas as pessoas e autoridades,

---

<sup>307</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 207.

sejam públicas ou privadas, são obrigadas e têm direito ao benefício das leis conhecidas de todos, administradas nos tribunais.

A doutrina de Bingham confere ao *Rule of Law* a qualidade do que Ávila, na obra *Teoria dos Princípios*<sup>308</sup>, denomina de *sobreprincípio*, isto é, “como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas”, que se situa “no próprio nível das normas que são objeto de aplicação, e não no nível das normas que estruturam a aplicação de outras normas”<sup>309</sup>, e serve de “fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores”. Tanto assim que, diante da respectiva não abrangência e aplicabilidade universal, o magistrado inglês sugere que dele decorrem oito (sub)princípios<sup>310</sup>.

Ao lado do (sobre)princípio do estado de direito, Bingham coloca o (sobre)princípio da soberania do parlamento. Segundo o jurista, no Reino Unido, a

<sup>308</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 88-89.

<sup>309</sup> Caso dos *postulados normativos, metanormas ou normas de segundo grau*.

<sup>310</sup> São eles: “(1) The law must be accessible and so far as possible intelligible, clear and predictable”; “(2) Questions of legal right and liability should ordinarily be resolved by application of the law and not the exercise of discretion”; “(3) The laws of the land should apply equally to all, save to the extent that objective differences justify differentiation”; “(4) Ministers and public officers at all levels must exercise the powers conferred on them in good faith, fairly, for the purpose for which the powers were conferred, without exceeding the limits of such powers and not unreasonably”; “(5) The law must afford adequate protection of fundamental human rights”; “(6) Means must be provided for resolving, without prohibitive cost or inordinate delay, bona fide civil disputes which the parties themselves are unable to resolve”; “(7) Adjudicative procedures provided by the state should be fair”; e “(8) The rule of law requires compliance by the state with its obligations in international law as in national law” (“(1) A lei deve ser acessível e, tanto quanto possível, inteligível, clara e previsível”; “(2) Questões de direitos e responsabilidades legais devem normalmente ser resolvidas pela aplicação da lei e não pelo exercício do arbítrio”; “(3) As leis do país devem ser aplicadas igualmente a todos, exceto se as diferenças objetivas justificarem a diferenciação”; “(4) Ministros e funcionários públicos em todos os níveis devem exercer os poderes que lhes são conferidos de boa-fé, de forma justa, para os fins os quais os poderes foram conferidos, sem exceder os limites de tais poderes e não sem razão”; “(5) A lei deve oferecer proteção adequada aos direitos humanos fundamentais”; “(6) Devem ser providenciados meios para resolver, sem custos proibitivos ou atrasos excessivos, litígios civis de boa fé que as próprias partes são incapazes de resolver”; “(7) Os procedimentos judiciais fornecidos pelo estado devem ser justos”; e “(8) O estado de direito exige o cumprimento por parte do Estado de suas obrigações no direito internacional, assim como no direito nacional”). Raz.por sua vez, enumera os subprincípios do estado de direito que lhe são mais importantes: “1. All laws should be prospective, open, and clear”; “2. Laws should be relatively stable”; “3. The making of particular laws (particular legal orders) should be guided by open, stable, clear, and general rules”; “4. The independence of the judiciary must be guaranteed”; “5. The principles of natural justice must be observed”; “6. The courts should have review powers over the implementation of the other principles”; “7. The courts should be easily accessible”; “8. The discretion of the crime-preventing agencies should not be allowed to pervert the law” (“1. Todas as leis devem ser prospectivas, abertas e claras”; “2. As leis devem ser relativamente estáveis”; “3. A elaboração de leis particulares (ordens jurídicas particulares) deve ser orientada por regras abertas, estáveis, claras e gerais”; “4. A independência do judiciário deve ser garantida”; “5. Os princípios da justiça natural devem ser observados”; “6. Os tribunais devem ter poderes de revisão sobre a implementação dos outros princípios”; “7. Os tribunais devem ser facilmente acessíveis”; “8. O arbítrio das agências de prevenção ao crime não deve perverter a lei”). RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. New York: Oxford University Press, 1979.

soberania não é exercida por uma constituição codificada, mas sim pelo parlamento, que detém, sempre, a última palavra. Isso significa que os juízes não estão autorizados a repreender o parlamento, mesmo se este violar direitos não escritos. Do contrário, haveria uma transferência massiva do poder político do parlamento para os tribunais. Nas exatas palavras do magistrado inglês<sup>311</sup>,

the principle of parliamentary sovereignty has been recognized as fundamental in this country not because the judges invented it but because it has for centuries been accepted as such by judges and others officially concerned in the operation of our constitutional system. The judges did not by themselves establish the principle and they cannot, by themselves, change it.

A alcunha de princípio ao Estado de Direito ganha maior adesão ainda se levado em consideração que, no contexto da matriz teórica da Crítica Hermenêutica do Direito, não faz muito sentido a distinção entre regra e princípio, na medida em que, por ser sempre porosa, a regra não é perfeita: depende da interferência de um princípio para a respectiva interpretação.<sup>312</sup>

Nessa ordem de ideias, mesmo que a norma do artigo 1º da Constituição Federal – segundo a qual “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito) – não contivesse no respectivo âmago um princípio propriamente dito expressamente aludido, a norma, produto da interpretação da regra jurídica, é interpretada a partir da respectiva materialidade principiológica. “A aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra”<sup>313</sup>.

Assim, o princípio constitucional do estado de direito, a que se refere expressamente o artigo 1º da Constituição Federal, somente se realiza a partir de uma

---

<sup>311</sup> “O princípio da soberania parlamentar foi reconhecido como fundamental neste país não porque os juízes o inventaram, mas porque foi durante séculos aceito como tal por juízes e outros oficialmente envolvidos no funcionamento de nosso sistema constitucional. Os juízes não estabeleceram por si próprios o princípio e não podem, por si próprios, alterá-lo”. BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. p. 275. Livro eletrônico.

<sup>312</sup> Segundo Streck “a percepção do princípio faz com que este seja o elemento que termina desvelando-se e, ao mesmo tempo, ocultando-se na própria regra. Isto é, ele (sempre) *está* na regra. O princípio é elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Insisto: hermeneuticamente, pela impossibilidade de cindir interpretação e aplicação e em face da antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível ‘isolar’ a regra do princípio, isto é, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 604.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 593.

regra que estiver sendo aplicada em algum caso. É nessa exata ocasião que o princípio adquire a tão esperada força normativa.<sup>314</sup>

O preceito em questão é compreendido como princípio justamente porque se encontra inserido na história institucional do Direito. Não é construído *ad hoc*, instantaneamente, independentemente da historicidade do Direito, a partir do nada.<sup>315</sup> O princípio do estado de direito é reflexo, por conseguinte, da junção entre Direito e Estado, a ponto de ambos constituírem um corpo só. O princípio sintetiza plasticamente o processo da estatização do Direito e de juridificação do Estado. O Estado é descrito teoricamente como um ordenamento jurídico, e, ideologicamente, como um Estado limitado pelo Direito.<sup>316</sup>

A historicidade do Direito confirma que a legalidade, a igualdade, a moralidade, a impessoalidade, a segurança jurídica, o devido processo legal, a rigor e a bem da verdade, nada mais são do que atributos do princípio do estado de direito, sem os quais haveria “uma desvirtualização do Estado para uma forma pré-moderna de organização burocrática”<sup>317</sup>, uma absoluta desconexão com toda a historicidade do (Estado de) Direito.<sup>318</sup>

Atribuir a qualidade de princípio ao Estado de Direito não significa, naturalmente, que ele não atuará como regra – pois princípio não tem a mínima pretensão de regradar/corrigir –, tampouco como metarregra para resolver a insuficiência

---

<sup>314</sup> “De fato, há uma grafia dos princípios. Eles aparecem, eventualmente, numa escrita na Constituição e na própria legislação, mas não é esta escrituração que garante aos princípios a condição de princípio. Por exemplo, o princípio da igualdade não é porque o art. 5º, *caput* e inciso I firmaram no texto da Constituição, mas ele mesmo transcende o texto constitucional para tomar forma no mundo prático. Também o princípio da legalidade, cuja grafia é encontrada no art. 5º, II da CF, não é porque o texto constitucional assim instituiu. Aliás, quando se opta por fundar uma sociedade sob a égide de um Estado de Direito Democrático, a legalidade já está pressuposta. E isso é exatamente um princípio: aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim instituída”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 618.

<sup>315</sup> Streck exalta a existência de três elementos que “*se fundem num movimento que podemos caracterizar como historicidade jurídica*”. São eles: “*a*) no tocante às fontes (daí a importância da Constituição e da Lei e de outras disposições institucionais construídas a partir do processo democrático); *b*) por se manifestar como um fenômeno *cultural* (veja-se o significado das Constituições e dos instrumentos de limitação do poder desenvolvidos no ocidente); e *c*) por se articular a partir de instituições que se legitimam para o exercício da autoridade através dos tempos (*v.g.* o próprio poder judiciário, o legislativo e o executivo)”. *Id.* **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 679-680.

<sup>316</sup> BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998. v. 1, p. 355.

<sup>317</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 619.

<sup>318</sup> No cenário jurisprudencialista de que se ocupa Dworkin, “A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo dessas decisões anteriores”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 274.

ou a porosidade das regras, mas sim que instituirá as bases necessárias para a normatividade do Direito, que replicará a história institucional do Direito via atributos que o acompanham.<sup>319</sup> Estado de Direito é princípio porque é tradição, porque é um paradigma que, a um só tempo, forja e traduz a historicidade do Direito.

No Brasil, ao contrário do Reino Unido – onde, ainda de acordo com Bingham, a soberania não é exercida por uma constituição codificada, mas sim pelo parlamento – a Constituição é o parâmetro máximo de todo e qualquer agir estatal. É a Constituição Federal a referência legitimadora do exercício do poder pelos três poderes constituídos<sup>320</sup>. E dela consta, destarte, no *caput* do primeiro artigo, o princípio de que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito.

A concepção de Direito como sendo o estatal e de Estado como sendo o de Direito continua dando as cartas nos países que incorporaram o sistema jurídico romano-germânico. As relações de direito público, notadamente, não encontram outro parâmetro teórico, ideológico e político senão em um Estado forjado sobre a batuta do Direito que lhe decorre. A história do Direito que o princípio do estado de direito reflete provém do Direito legislado, em que a sociedade, pelos respectivos representantes, deposita nos atos legislativos a tarefa de criação do Direito. Qualquer outra forma de criação do Direito, portanto, contraria a historicidade do sistema jurídico europeu-continental tradicionalmente aderido em terras brasileiras.

Conforme se pode observar, o estado de direito legislativo é o princípio que rege a criação do Direito no Brasil porque evoca, fielmente, todo o passado do Direito brasileiro, das respectivas origens até os dias de hoje. E o protagonismo judicial em termos de criação do Direito, definitivamente, não faz parte dessa tradição.

Em Dworkin<sup>321</sup>, com efeito, o juiz respeita o Direito legislado – e não um conjunto de precedentes do *common law* – quando respeita a integridade do texto legal, não pensa que aprimora uma lei só por projetar nela suas próprias convicções; o juiz respeita a lei quando respeita a equidade política, quando, por conseguinte, não ignora totalmente a opinião pública tal como esta se revela e exprime nas declarações

---

<sup>319</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 615-616.

<sup>320</sup> “De fato, quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição, o que significa que o povo controla a si mesmo”. WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco; FERRI, Giovanni (org.). **Estado de direito contemporâneo e seus desafios**. Blumenau: Dom Modesto, 2021. p. 18.

<sup>321</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 409 e 405.

ligadas ao processo legislativo. Nas exatas palavras do jusfilósofo norte-americano:

Ele [o juiz] tenta apresentar um exemplo de história social - o relato de uma legislatura democraticamente eleita que elabora um texto particular em circunstâncias particulares - sob a melhor luz geral possível, o que significa que sua descrição deve explicar o relato como um todo, não apenas o seu final. Logo, sua interpretação deve refletir não apenas suas convicções sobre a justiça e sobre o que é uma política de preservação inteligente - embora estas também tenham um papel a desempenhar - mas também, suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.

O antídoto mais eficaz à sede por protagonismo judicial em termos de criação do Direito que inunda o imaginário principalmente dos magistrados brasileiros encontra-se, dessarte, no pensamento jurídico moderno mais remoto, ocasião em que a imposição de limites ao monarca se fez sobremaneira necessária. Se, no desenvolvimento do Estado Liberal, se mostrou imprescindível impor freios também ao governante e, logo em seguida, igualmente ao poder do legislador, tudo parece indicar que atualmente se esteja no ápice, ao menos da tolerância, dos *mandos e desmandos* judiciais. É do milenar princípio do estado de direito, replicado no artigo 1º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que a doutrina jurídica brasileira deve lançar mão de modo a constranger a atividade jurisdicional a respeitar o direito democraticamente concebido pelos representantes do povo brasileiro.

Nem Poder Legislativo nem Doutrina conterão o furor invasivo do Poder Judiciário em termos de criação do Direito se nos respectivos quadros ainda prevalece o entendimento de que certa discricionariedade é e deve ser atribuída ao julgador. Como o próprio poder de estado competente e frontalmente afetado pela sanha criativa judicial do Direito não demonstra efetiva vontade, tampouco condições de arrefecer o ímpeto revolucionário de juízes e tribunais, a teorização do estado de direito (legislativo), sob a égide da teoria da separação dos poderes e, principalmente, do princípio do estado de direito, tende a ser o caminho para que a atividade jurisdicional encontre as devidas fronteiras.

## **5.2 Uma teoria para a decisão judicial**

Esbarra-se, dia após dia, em decisões judiciais que, na melhor das hipóteses,

são fruto da imaginação de juízes, desembargadores e ministros de que estão mais habilitados a determinar o Direito que sobrevoará a sociedade do que os próprios representantes dos cidadãos, devidamente eleitos para tanto. Porém, verifica-se com lastimável frequência um certo abuso da função jurisdicional independentemente da (cons)ciência de que a incursão na seara alheia, em regra, é indevida.

Não só o rei, o administrador e o legislador, em um Estado de Direito de perfil europeu-continental, em que a lei é a viga-mestra, se encontram submetidos à legislação. A judicância, igualmente, é e deve ser pautada pelas normas democraticamente convencionadas. Todo jogo, afinal, necessita de regras pré-concebidas e que, logicamente, se as respeitem. Pena da mais absoluta barbárie cometida justamente pelo (auto)intitulado pacificador social.

Em um Estado (europeu-continental) de Direito, não cabe ao magistrado se afastar do Direito legislado, sob pena de atuar como se legislador e/ou administrador fosse. Tampouco se arvorar melhor conhecedor da realidade do que aquele eleito (e popular e midiaticamente cobrado e exposto) para tanto e que a vive entranha e diariamente.

A propósito, de acordo com a filosofia aristotélica, ninguém que não for orientado pela lei pode se vangloriar de enxergar mais claro que ela. Cabe ao magistrado determinar o Direito somente em hipóteses excepcionais, amparado, se necessário, em outras fontes jurídicas tradicionalmente reconhecidas. Afinal, ainda segundo a sabedoria aristotélica, o silêncio da lei pode ser suprido e a sua eventual imperfeição, realinhada pelo corpo de magistratura.

Vive-se, pois, sob um (princípio de) Estado de Direito que deve se fazer, sempre, respeitado sobretudo pelo Estado-juiz.

Inegavelmente, a indevida importação de fenômenos e modelos teóricos não necessariamente compatíveis com a tradição e realidade jurídicas brasileira contribui sobremaneira para o caos, para a crise, para a insegurança jurídica, enfim, para o devassamento dos poderes constituídos, para o descrédito institucional especialmente do Poder Judiciário, logo, para a subversão do Estado (Democrático) de Direito.

Diante desses desarranjos judiciais, o parlamentar brasileiro faz uso do expediente que lhe está à mão: da lei. Tal instrumento, no entanto, nada pode fazer, conforme visto, se amparado em teorias que apostam na discricionariedade judicial. Para além disso, nenhum instrumento legislativo será garantia de sucesso se os

magistrados brasileiros, a *ultima ratio* de que o cidadão pode se valer à afirmação dos respectivos direitos, continuarem acreditando e agindo como se fossem *Deuses criadores de todo o Direito*. Não há Estado de Direito que resista à desmesurada elucubração. Assim sendo, o estudo do (princípio do) Estado de Direito, especialmente sob a perspectiva da Teoria do Direito, é de fundamental importância, assim como o é a respectiva elevação a critério máximo de toda e qualquer decisão judicial.

Elege-se, portanto, o (princípio do) Estado de Direito de perfil europeu-continental a parâmetro máximo da decisão judicial, de modo a afastar do cenário judiciário brasileiro as deletérias consequências que a elevação do poder de julgar à categoria de personagem principal traz à harmonia entre os poderes e à sociedade em geral, à autonomia do Direito e à democracia.

Muito se tem debatido a respeito dos limites hermenêuticos judiciais, em suma, sobre o alcance da interpretação promovida por juízes e tribunais ao confeccionarem as respectivas decisões.

As mais diversas correntes filosófico-jurídicas são analisadas de modo a estabelecer como deve se portar a decisão judicial. Tem-se, inclusive, a feliz e sábia estipulação de critérios objetivos que orientam a produção decisória judicial.

De tão corriqueiro o entendimento de que o Estado de Direito deve constituir-se no sustentáculo da atuação de todo e qualquer poder constituído que pouco se tem em consideração, a ponto de passar despercebido, que a atuação judicial de feição ocidental, mais especificamente europeia-continental, deve estar, antes e acima de tudo, premida à obediência das normas jurídicas principiadas e regradas, sem *mas* algum, literalmente.

De se notar que a elevação do princípio do estado de direito a parâmetro, por excelência, de toda a atividade estatal sugere o reconhecimento de que, em um sistema jurídico de índole romano-germânica, a lei consiste no principal instrumento de conformação das mais diversas relações jurídicas.

Isso não significa, a toda a evidência, que juízes e tribunais se encontram amordaçados à lei. Não há, em absoluto, pretensão alguma de retomada à postura positivista, seja à de caráter descritiva de cunho adequacionista (clássica ou exegética), seja à neutra e atemporal encabeçada por Kelsen (normativa), a qual se convencionou denominar de neopositivismo ou positivismo pós-exegético. Ambas, na verdade, limitam a verdade a uma racionalidade instrumental e metódica, além do que subjagam o tempo e a historicidade, desmerecendo, conseqüentemente, o caráter



interpretativo de toda compreensão.

Tampouco se pretende reafirmar o inegável sucesso alcançado pela fenomenologia hermenêutica ao desmistificar a relação sujeito-objeto, prescrição-descrição e ao orientar a interpretação do Direito por critérios objetivos. Basicamente porque não há como descrever o objeto (discurso da objetividade) sem que não se esteja nele inserido desde-sempre, sem que se tenha sobre ele uma pré-compreensão (não se partindo, pois, de um grau zero de sentido)<sup>322</sup>, bem como em razão de que se faz extremamente imprescindível que se exerça um controle intersubjetivo sobre a atuação do juiz de modo a evitar particularismos, a famigerada discricionariedade, enfim, as repudiáveis consciências e convicções pessoais do julgador.

O que se ambiciona, aproveitando-se aqui do importante gancho crítico-hermeneuta do Direito encabeçado por Streck, é identificar no princípio do estado de direito o principal critério objetivo para a conformação judicial do Direito, afastando da atividade jurisdicional posturas casuísticas do juiz que remontam à filosofia da consciência e à teoria da argumentação, ao fim e ao cabo, à indesejada interpretação discricionária e à representação mental de que o magistrado pode fazer uso de argumentos de moralidade ao dirimir os litígios.

Por mais que se busque fantasiar a realidade, nada há de arte no exercício da atividade judicante. O que a distingue de outras atividades tecnocratas é a nobre e destacada independência do julgador. Equidistância de sujeitos e objetos que, todavia, não o afasta em momento algum do princípio do estado de direito. Pelo contrário, as garantias do magistrado só fazem sentido se se estiver efetivamente comprometido com os valores pré-concebidos e juridicizados pelo constituinte.

Em Gadamer, a ausência de método não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários aos textos. Já em Dworkin, a integridade e a coerência são o modo de “amarrar” o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos.

Conforme destacado, o juiz, para Dworkin, deve decidir com base em

---

<sup>322</sup> “Uma vez mais: sempre há uma antecipação de sentido, que surge na primeira aceção do texto sob análise, mesmo porque o intérprete, nesse primeiro contato, não se desnuda de seus pré-juízos. Mas ele – o intérprete – deve deixar que o texto lhe diga algo; deve dialogar com ele, em um verdadeiro juízo de alteridade hermenêutica. [...] É que não há um desvelamento da norma, a partir do significado já inserido no texto, e sim, um único ato de produção e atribuição de sentido mediante problematização”. MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. *Hermenêutica e decisão judicial: em busca de respostas adequadas à constituição*. **Derecho y Cambio Social**, [S. l.], v. 12, n. 40, p. 15, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista040/INDICE.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

argumentos de princípio e não de política. E isso não em razão de os princípios serem elaborados previamente, se encontrarem à disposição da comunidade jurídica como enunciados assertóricos. Mas sim porque apontam para os limites que devem existir no ato de aplicação judicial. Tal escudo contra discricionarismos é, sem dúvida, uma forma de defesa da democracia. Afinal, não faz sentido algum, em um Estado Democrático (e de Direito), que os juízes hajam discricionariamente ao decidirem mesmo os indigitados *hard cases*.

A teoria dworkiniana, tal como a hermenêutica, por serem teorias preocupadas fundamentalmente com a aplicação do Direito, não desoneram o aplicador-juiz dos discursos de fundamentação. Conforme leciona Streck, não faz sentido, em pleno século XXI, depender-se da discricionariedade dos juízes na discussão dos denominados “casos difíceis” ou em face das inexoráveis incertezas da linguagem. Do contrário, estar-se-ia a propor a substituição da democracia – da produção democrática do Direito – pela vontade de poder dos juízes.

Aqui está que, ao ser antirrelativista, a hermenêutica filosófica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes. Nem toda fundamentação, por si só, deve ser tida como válida. Reclama respeito aos preceitos normativos.

Tanto a hermenêutica filosófica, como a teoria integrativa dworkiniana tratam adequadamente de uma teoria da decisão. Por não admitirem várias respostas para cada problema jurídico, não são relativistas. A inútil e ignóbil, porém famosa, resposta “depende” não encontra espaço algum no âmbito de aplicação do Direito, de acordo com as aludidas correntes intelectuais.

Uma teoria jurídica democrática deve preocupar-se com a validade normativo-jurídica do concreto juízo decisório. Pena de se endossar o autoritarismo, de inequívoco solipsismo interpretativo. Até porque, segundo Streck, discricionariedade judicial corresponde à arbitrariedade. Autoridade, e o respectivo reconhecimento, por outro lado, está ligada à ideia de racionalidade, cientificidade, do educador, do superior, do especialista, do doutrinador.

É com espreque nas teorias liberais que, independentemente da tradição sistêmico-jurídica desenvolvida na idade moderna em toda a Europa, consolidaram o princípio do Estado de Direito como núcleo de regência das lides estatais, especialmente, e nos critérios decisórios desenvolvidos pela Crítica Hermenêutica do Direito que se pretende discorrer a respeito de uma teoria da decisão judicial, isto é,

sobre parâmetros jurídicos objetivos que possam fortalecer o entendimento de que toda decisão judicial não deve, em hipótese alguma, menoscar o Direito legislado.

### 5.2.1 A decisão judicial e os princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição

Streck<sup>323</sup> propõe uma teoria da decisão judicial construída a partir de um conjunto de cinco princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição.

O primeiro deles diz com o da *preservação da autonomia do Direito*. A Constituição, segundo o constitucionalista gaúcho, protege o Direito dos predadores endógenos, que apostam no protagonismo judicial, e dos predadores exógenos, como a política, a economia e a moral, os quais colocam o Direito a reboque de decisões pragmatistas político-jurídicas.

A partir da premissa da autonomia do Direito, que impõe tanto à legislação quanto à decisão judicial estejam alinhadas aos compromissos fundamentais estabelecidos pela comunidade política<sup>324</sup>, Streck<sup>325</sup> desenvolve seis hipóteses em que o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei:

(i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face do critério de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão.

O segundo princípio diz respeito ao *controle hermenêutico da interpretação constitucional*. Tem como objetivo, a partir de uma reflexão de cunho hermenêutico, à luz da Constituição, enfrentar a discricionariedade judicial, ou seja, as teses e teorias

<sup>323</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 630.

<sup>324</sup> “O Direito é o produto de regras e princípios. Portanto, antes de “lançar mão” da razão prática, deve-se buscar a reconstrução da história institucional da regra e de sua inserção no conjunto principiológico [...] evitando-se que o sentido a ser atribuído ao seu texto e ao conjunto normativo infraconstitucional vá além ou fique aquém desse fundamento normativo. [...] Assim, apenas a reconstrução da cadeia principiológica que estabelece os marcos definidores da moralidade de uma comunidade política é que pode servir de parâmetro sólido para a definição da referida autonomia”. *Ibid.*, p. 632-633.

<sup>325</sup> *Id.* **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 258-259.

que apostam na subjetividade do intérprete, bem como os pragmatismos, logo, proteger a autonomia do Direito.

Na sequência, vem o princípio do *efetivo respeito à integridade* e à coerência do direito.

Nada mais providencial do que a doutrina de Dworkin<sup>326</sup> para definir o significado de de integridade e coerência para o Direito, diferenciando-as:

Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.

De acordo com tal princípio, a decisão judicial deve afastar-se do livre convencimento do julgador. Uma decisão íntegra e coerente é uma decisão que não cria surpresas ao jurisdicionado, provenientes, com efeito, do entendimento pessoal do juiz.<sup>327</sup> Esse terceiro princípio conformador do agir concretizador da Constituição expressa a aplicação, pela decisão judicial, dos mesmos preceitos e princípios utilizados em casos idênticos (concretização da igualdade), além do que a constrange a algo que lhe é superior: o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente (concretização *democrática de direito*).

Outro princípio identificado é o do *dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação*.

As razões de decidir não podem ser vistas com indiferença pela sociedade. Em um Estado Democrático de Direito, em que a fundamentação das decisões judiciais é

<sup>326</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 263-264.

<sup>327</sup> “Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer ‘jogo limpo’. [...] A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas *comunidades de princípios*, às atitudes solipsistas-voluntaristas”. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-devercoerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 15 mar. 2021.

um direito fundamental do jurisdicionado, o juiz não só tem o dever fundamental como também a responsabilidade política de explicitar por que decidiu de um certo modo e não de outro. Isso implica transparência do/no processo democrático de aplicação das leis. Para que se alcance tal desiderato, a historicidade institucional do Direito aplicável ao caso, nas exatas palavras de Streck<sup>328</sup>, “se apresenta como elemento fundamental do dever de fundamentação das decisões e, ao mesmo tempo, como pressuposto do princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada”.

Importante observar que motivação não se confunde com justificação. Motivo não é sinônimo de justificativa. Pode-se ter vários motivos que, ao fim e ao cabo, não encontrem justificativa alguma. É preciso, portanto, hermeneuticamente, *fundamentar a fundamentação*, justificar o que foi fundamentado, explicitar o que foi compreendido. Não se decide antes de fundamentar. Primeiro reconstrói-se, com apoio da doutrina e da jurisprudência, a historicidade do Direito para, depois, se decidir. E não o inverso, decidir (como reflexo de um movimento teleológico), para, na sequência, se sair atrás de um motivo que o “fundamente”, a exemplo do ocorrido no retratado julgamento do *Agravo de Instrumento n. 70084415231*.<sup>329</sup>

Por fim, tem-se o princípio do *direito fundamental a uma resposta constitucionalmente correta*. Aqui, Streck<sup>330</sup> propõe uma simbiose entre as teorias da *interpretação correta*, de Gadamer, e da *resposta correta*, de Dworkin, “com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’”. Gadamer, com efeito, refere que “a vinculação a uma situação não significa, de modo algum, que a pretensão de correção, que é inerente a qualquer interpretação, se dissolva no subjetivo ou ocasional”, pois

---

<sup>328</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 644.

<sup>329</sup> “Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então”. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>330</sup> STRECK, *op. cit.*, p. 648.

“Toda interpretação está obrigada a entrar nos eixos da situação hermenêutica a que pertence”, a acompanhar, com efeito, a tradição, “a cuja essência pertence continuar transmitindo naturalmente aquilo que é transmitido”<sup>331</sup>. Dworkin<sup>332</sup>, por sua vez, assevera que uma questão de Direito pode ter uma resposta correta, porque, em cada caso, as proposições válido/inválido, responsável/irresponsável, lícito/ilícito etc. “não esgotam o espaço lógico que ocupam”<sup>333</sup>, além do que, “em cada caso, há uma terceira possibilidade independente que ocupa o espaço entre as outras duas”<sup>334</sup>.

Partindo, portanto, da hermenêutica filosófica gadameriana e da teoria integrativa dworkiniana, a Crítica Hermenêutica do Direito verbera que toda resposta deve estar comprometida com a Constituição e com a legislação democraticamente construída. Não há espaço para a discricionariedade, para o ato de vontade do julgador, para o livre convencimento do juiz, para o ativismo judicial, para subjetivismos inerentes ao positivismo fático.

De acordo com o olhar crítico-hermeneuta do Direito, as razões de decidir devem, sempre, encontrar respaldo na ordem legal/constitucional; os argumentos utilizados na decisão devem encontrar-se embasados, permanentemente, na legítima tradição do Direito. Defender-se o contrário significa inviabilizar sobremodo o controle da atividade jurisdicional, pois não há como aferir algo que mora única e exclusivamente na intimidade do intérprete. A decisão, segundo a Crítica Hermenêutica do Direito, não é e não pode ser um ato judicial individual, mas sim “produto de um debate público, elaborado com razões públicas, e que vincula as pessoas em nome da comunidade democrática”<sup>335</sup>.

---

<sup>331</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 21 e 578.

<sup>332</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>333</sup> “Se um jurista diz que seu cliente tem direito a ganhar a causa porque o contrato pelo qual promove a ação judicial é válido, ou porque o contrato pelo qual está sendo processado é inválido, ele indica sua prontidão para propor certos tipos de argumentos e não outros, para apontar fatos relacionados com oferta, aceitação, capacidade, ilegalidade ou erro, em vez de outros tipos de fatos, na sustentação do pleito de seu cliente. A teoria semântica, que meramente traduz enunciados sobre contratos em enunciados sobre deveres públicos, obscurece, portanto, o papel importantes e distintivo dos conceitos dispositivos na argumentação jurídica. Esses conceitos propiciam um tipo especial de ponte entre certos tipos de eventos e as afirmações conclusivas sobre direitos e deveres válidos, quando provado que esses eventos ocorreram”. *Ibid.*, p. 183-184.

<sup>334</sup> “Não há nenhuma razão para supor que não se pode encontrar nenhuma teoria geral da legislação que ofereça uma resposta para a questão do que acontece à lei quando alguma instituição usa linguagem imprecisa”. *Ibid.*, p. 192.

<sup>335</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 268.

### 5.2.2 O princípio do estado de direito como vetor máximo da decisão judicial

Interessante que os cinco princípios/padrões fundantes da decisão jurídica, brilhantemente desenvolvidos por Streck, têm como propulsor máximo justamente o Estado de direito legislativo. Explica-se.

Não faz sentido buscar-se *preservar a autonomia do Direito* (primeiro princípio da teoria da decisão judicial) senão a partir “do paradigma do Estado Democrático de Direito”<sup>336</sup>, em que a política encontra no Direito (na Constituição) efetivo controle/limitação. Segundo Streck, o indispensável grau de autonomia que o Direito deve assumir é, indistintamente, “sustentáculo do Estado Democrático do Direito”. É a partir da história institucional que conforma a comunidade política que a autonomia do Direito é construída e o Estado de Direito, preservado.

Mais à frente, o princípio do controle hermenêutico da interpretação constitucional (segundo princípio da teoria da decisão judicial) encontra (justo) no Estado de Direito a deferência necessária à imposição de limites às decisões judiciais. O controle hermenêutico-constitucional da interpretação do Direito afigura-se crucial ao enfrentamento das teses ou teorias que apostam na discricionariedade do intérprete, as quais, enfim, “na contramão do Estado Democrático de Direito”<sup>337</sup>, enfraquecem sobretudo a autonomia do Direito.

Em seguida, o princípio do efetivo respeito à integridade e à coerência do Direito (terceiro princípio da teoria da decisão judicial) busca “estabelecer efetivas barreiras contra a fragmentação própria das teorias pragmatí(c)istas em geral”. Sob qual pretexto (ou quais pretextos)? Ora, a preservação da democracia e do conjunto do Direito. Segundo, pois, Streck, “A integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito”. A coerência, inclusive, pode ser sacrificada se, mesmo para casos idênticos, o “sistema único e coerente de justiça e Direito” se mantiver íntegro.<sup>338</sup>

O quarto princípio, o do dever fundamental de justificar as decisões ou de como

<sup>336</sup> “O Direito exurgido do paradigma do Estado Democrático de Direito (forjado a partir do segundo pós-guerra) deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante do fracasso da falta de controle da e sobre a política”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 630.

<sup>337</sup> Segundo Streck, “diante das conquistas democráticas, a autonomia do Direito (princípio basilar, como já exposto) não pode ceder ao pragmatismo político-jurídico (nos seus mais diversos aspectos), que, ao longo dos anos, vem colocando historicamente o Direito em permanente ‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do Direito’”. *Ibid.*, p. 636.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 638-639.

a motivação não é igual à justificação, é, por sua vez, corolário lógico do entendimento segundo o qual a “hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente”<sup>339</sup>. De fato, conhecer das razões pelas quais os juízes e tribunais decidem em um ou em outro sentido, de um modo e não de outro, é a única maneira de exercer o efetivo controle *democrático de direito* da decisão judicial.

De que outra forma a decisão judicial haveria de ser controlada? Definitivamente, não basta, em um Estado Democrático de Direito, trazer a lume motivos diversos se tais não encontram fundamento na historicidade do (Estado de) Direito.

Por fim, o (quinto) princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, bastante próximo do princípio do dever fundamental de justificar as decisões, também é concebido a partir de uma perspectiva *democrática de direito*. A decisão (resposta) mostra-se adequada, notadamente, “na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente)”<sup>340</sup>.

Conforme se pode perceber, todos os cinco princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição que dão sustentáculo à teoria da decisão judicial têm como ponto de partida o princípio do estado de direito.

De fato, não há como conceber uma teoria da decisão jurídica senão a partir do preceito que conforma toda a ordem jurídica.

No Brasil, é o Estado de Direito legislativo, erigido, com efeito, democraticamente, que deve conformar todos os atos de poder, mormente – senão o mais importante – o mais solene e coativo deles, que é o ato jurisdicional.

Encontra-se, pois, perfeitamente alinhado ao princípio do estado de direito legislativo o princípio da preservação da autonomia do Direito. No Estado brasileiro, cuja tradição jurídica é herdada da Europa-continental, não haverá o juiz ou o tribunal de se socorrer de outras fontes que não a legislação e/ou de outras questões que não

---

<sup>339</sup> Em Streck, “o dever fundamental de justificar as decisões assume especial relevância no plano da transparência do processo democrático de aplicação das leis. Destarte, as possibilidades de controlar democraticamente as decisões dos juízes (que transitam no terreno do contramajoritarismo) residem precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. E esse dever de fundamentar as decisões não é meramente teleológico; é, também, e fundamentalmente, um dever de esclarecimento acerca do estado da arte do processo sob apreciação; é um *accountability* permanente”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 645.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 647.



as inerentes ao mundo do Direito, sob pena de o Direito caminhar a reboque seja da personalidade do intérprete, seja de posturas convencionalistas e pragmatistas.

O princípio do controle hermenêutico da interpretação constitucional segue, igualmente, o preceito do Estado do Direito porquanto busca sacramentar que toda decisão judicial alicerçada na Constituição, cujo primeiro artigo – recorde-se – prevê que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, incompatibiliza a discricionariedade judicial. O texto constitucional exsurge, destarte, como remédio para a vontade de poder dos juízes, para o surto discricionário que os acomete decorrente do deslocamento do polo de tensão do legislativo para o judiciário, sobretudo em função da judicialização da política<sup>341</sup>. Na linha da Crítica Hermenêutica do Direito,

o fato de não existir um método que garanta a ‘correção’ do processo interpretativo - denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito - não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier [...]. Pois se o intérprete escolhe os sentidos, então a democracia depende do intérprete.<sup>342</sup>

A atenção ao Estado de Direito também precede o princípio do efetivo respeito à integridade e à coerência do Direito, um preceito hermenêutico-filosófico por excelência. Segundo Dworkin, “as leis precisam ser lidas de algum modo que decorra da melhor interpretação do processo legislativo como um todo”. O juiz, para o jusfilósofo, detém a tarefa hercúlea de “encontrar a melhor explicação possível para um evento legislativo do passado”,

tenta apresentar um exemplo de história social - o relato de uma legislatura democraticamente eleita que elabora um texto particular em circunstâncias particulares - sob a melhor luz geral possível, o que significa que sua descrição deve explicar o relato como um todo, não apenas o seu final. Logo, sua interpretação deve refletir não apenas suas convicções sobre a justiça e sobre o que é uma política de

---

<sup>341</sup> Tassinari leciona, a propósito, “que a judicialização não tem seu nascedouro propriamente no interior do sistema jurídico. Em outras palavras, isso significa dizer que, embora seja um fenômeno que se manifeste no âmbito jurídico (especialmente porque abarca a atuação do Judiciário), ele não é próprio do Direito, no sentido de que envolve toda a construção de um imaginário social e político que transcende as fronteiras daquilo que se pode considerar sob seu domínio. Indo além, este é um problema que se apresenta como inexorável na exata medida de que sua superação não depende exclusivamente de uma estratégia jurídica que lhe ofereça controle, isto é, que seja capaz de, por si só, conter a crescente judicialização”. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. não paginado. Livro eletrônico.

<sup>342</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 637.

preservação inteligente - embora estas também tenham um papel a desempenhar mas também, suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.<sup>343</sup>

O princípio do efetivo respeito à integridade e à coerência do Direito tem como mote, portanto, parametrizar a interpretação a partir do Estado de Direito legislativo construído democraticamente, evitando-se, assim, que a atividade do intérprete desborde do conjunto do Direito estatuído. A integridade e a coerência que devem resultar da decisão judicial é, antes e acima de tudo, um princípio hermenêutico independente e superior que busca elaborar respostas coerentes para com o Direito positivo, originário do Estado Democrático de Direito.

Seguir a historicidade do Direito democraticamente edificado não quer dizer, entretanto, que o intérprete sempre deverá guardar-lhe submissa deferência, seja em que circunstância for. Significa, isto sim, que, “Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo”, o magistrado “o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer<sup>344</sup>.”

Ainda, o princípio do dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação é outro preceito trazido por Streck que inegavelmente segue o Estado de Direito brasileiro.

Não há, absolutamente, ninguém mais interessado em fiscalizar se a interpretação efetivada por juízes e tribunais (dever fundamental) está plenamente de acordo com o texto constitucional produzido democraticamente do que a sociedade (direito fundamental). Isso notadamente porque, de acordo com a historicidade do Direito (constitucional) brasileiro, não são os juízes e tribunais que detêm o poder de dizer o que a Constituição quer dizer, mas sim o povo, pelos respectivos representantes democraticamente escolhidos para tanto. No esclarecedor posicionamento externado por Dworkin<sup>345</sup>, “a história política aparece em sua melhor luz quando as leis e (podemos agora acrescentar) as constituições são interpretadas de modo a se ajustarem às declarações formais de propósito e convicção”.

---

<sup>343</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 404-405.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 476.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 437.

Por mais que se avenge, de um lado, que o texto legal não tem o condão de atribuir respostas a todas as perguntas, e, por outro lado, que “Numa democracia, as pessoas têm, pelo menos, um forte direito moral *prima facie* a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou”, “a legislação continua a exercer influência sobre a questão de quais direitos as partes têm”. Isso porque o princípio a ser utilizado deve ser “compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras”<sup>346</sup>. E para que se saiba se tal princípio é compatível, ou não, com o conjunto das normas jurídicas é preciso, logicamente, que o julgador justifique adequadamente as respectivas decisões.<sup>347</sup>

O princípio que traduz o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada também se encontra umbilicalmente ligado ao princípio do estado de direito. O princípio em questão configura, na prática, o preceito mais proeminente em termos de alusão ao Estado de Direito, especialmente porque, sem delongas, busca vincular a interpretação ao ícone máximo de um Estado envolvido pelo Direito democraticamente concebido, que é a Constituição. Não há como se conceber um Estado de Direito sem um prévio acordo social, escrito ou não, assim como não faz sentido algum estatuir-se democraticamente uma carta de direitos que não lhe siga uma ordem jurídica apta a fortalecê-la independentemente das circunstâncias políticas, econômicas, sociais, morais etc. Dessa feita, a resposta mais adequada a ser fornecida pelo intérprete é encontrada no Direito, mais precisamente na Constituição, a qual fornece o parâmetro normativo de que necessita o Estado de Direito.

Os cinco princípios que devem reger toda decisão judicial bem dão o tom da importância que a teoria do estado de direito legislativo exerce sobre a teoria da decisão judicial e que essa, da mesma forma, exerce sobre aquela. Há uma relação

---

<sup>346</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 14-15.

<sup>347</sup> “Ou seja, o juiz não deve ‘explicar’ aquilo que o ‘convenceu’... Deve, sim, *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política. Quem não consegue suspender seus pré-juízos, acaba produzindo um prejuízo ao direito. Como bem diz Dworkin: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas, sim, o ajuste (*fit*) e a justificação (*justification*) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao Direito da comunidade política”. *Ibid.*, p. 859-860.

de circularidade entre as duas teorias, de mútua independência. Ambas, afinal, convergem para propósitos comuns, entre eles, principalmente, para a controlabilidade da decisão judicial. No Brasil, não há de vingar a tradição inerente a (um) estado de direito legislativo sem a edificação de uma teoria da decisão judicial que o acompanhe, assim como não há de existir uma teoria que se ocupe da decisão proferida por juízes e tribunais brasileiros que não esteja perfeitamente alinhada à ordem jurídica encabeçada pela legislação democraticamente convencionada.

Os princípios que regem a decisão judicial, notavelmente identificados e trabalhados por Streck, engrandecem sobremodo o estado de direito legislativo, a ponto de elevá-lo a parâmetro máximo de todo e qualquer ato de poder que seja perpetrado em terras brasileiras, sobretudo em sede jurisdicional. O que significa dizer, antes de mais nada, que a decisão judicial não haverá de preservar a autonomia (a integridade e a coerência) do Direito e de atribuir a resposta constitucionalmente correta senão a partir de um Estado envolvido pelo Direito fruto da legislação.

### 5.2.3 A teoria da decisão judicial, alicerçada no princípio do estado de direito, como fator endógeno de constrangimento do ato jurisdicional

Encontra-se no próprio Direito a solução para todo e qualquer ato decisório que desborde do Direito democraticamente legislado. Nenhum fator exógeno haverá de constranger com eficácia os atos de poder tal como o faz o princípio do estado de direito. A rigor, apresenta-se inútil, desnecessário e desinteressante criar mecanismos/instrumentos externos à teoria jurídica para propagar uma cultura de obediência à lei (em sentido amplo) que já se encontra (ou, ao menos, deveria se encontrar) introjetada no ideário jurídico brasileiro.

Se, no Reino Unido, de acordo com a doutrina de Bingham, o *Rule of Law* caminha ao lado do princípio da soberania do parlamento, no Brasil, notadamente, o princípio do estado de direito encontra a supremacia constitucional como efetiva aliada.<sup>348</sup> É a Constituição, que, a um só tempo, irradia luz sobre os poderes constituídos – inclusive, sobre o Poder Legislativo – e para onde os poderes – inclusive,

---

<sup>348</sup> “Não se tolera a produção de norma contrária à Constituição, porque isso seria usurpar a competência do poder constituinte. Este, sim, passa a ser a voz primeira do povo, condicionante das ações dos poderes por ele constituídos. A Constituição assume o seu valor mais alto por sua origem - por ser o fruto do poder constituinte originário”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. não paginado. Livro eletrônico.

o Poder Legislativo – devem voltar as respectivas atenções, o documento máximo da ordem jurídica. A “Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal”<sup>349</sup>. E na Constituição brasileira há, com efeito, a referência expressa de que todos os poderes devem respeitar o estado de direito legislativo.

Revela notar que a Constituição brasileira de 1988<sup>350</sup> dedica atenção especial ao ato tipicamente legislativo, qual seja, a elaboração das leis. O processo legislativo é tratado no artigo 59 e nos dez que o seguem com acentuado grau de detalhamento. Isso já não ocorre, por exemplo, em relação ao Poder Judiciário, cujo ato típico não encontra substanciais incursões constitucionais. Basta ver que nenhum processo de elaboração da decisão judicial é estabelecido constitucionalmente. A única atenção que a decisão judicial recebe da Constituição Federal é a da norma do artigo 93, IX, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Nada mais.

Não há exagero algum na afirmação de que o ato por excelência que compete ao Poder Judiciário não encontra teorização alguma da Constituição, enquanto os atos legislativos, sim. Se, por um lado, não se deve cometer o desatino de afirmar que a Constituição vem a apregoar uma verdadeira supremacia parlamentar, já que submete, indistintamente, todos os poderes à ordem jurídica que inaugura e estabelece, o detalhamento do processo legislativo, por outro lado, é um claro sinal de que a criação do Direito encontra no parlamento, na legislação propriamente dita, segundo a Constituição, o ambiente mais apropriado<sup>351</sup>. Basicamente, portanto, dois aspectos fomentam tal conclusão: a tradição jurídica romano-germânica a ser, logicamente, respeitada pela Constituição brasileira, sob pena de ruptura institucional, e o Estado de Direito de formação democrática que encontra no cenário legislativo o palco mais apropriado à convenção social traduzida na forma de leis.

O princípio do estado de direito legislativo e a Constituição como norma jurídica

---

<sup>349</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. 3. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002. p. 27.

<sup>350</sup> “A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito”. BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. *In*: MARTINS, Ives Granda; MENDES, Gilmar Ferreira; Nascimento, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. não paginado. Livro eletrônico.

<sup>351</sup> O terreno mais apropriado não significa necessariamente o mais fértil, mas sim aquele que a sociedade brasileira - como todas, refém de uma tradição (jurídica) - elege como arena adequada para discutir os rumos da nação.

suprema caminham, então, *pari passu*, lado a lado, em direção à controlabilidade das decisões judiciais. Ao mesmo tempo em que o princípio do estado de direito legislativo estabelece que a criação do Direito é tarefa afeta ao Poder Legislativo, a Constituição age em proteção da tradição sistemático-jurídica romano-germânica. Ainda que o legislador eventualmente desborde dos poderes que lhe são constitucionalmente outorgados, isso não sugere estejam juízes e tribunais a proceder da mesma forma, devendo procederem, mesmo em situações de anormalidade jurídica, de acordo com os parâmetros constitucionais. Há limites para a atuação de cada poder mesmo quando um exerce controle sobre o outro; e quem os dá é a Constituição, sobretudo ao prescrever direitos e garantias a homens e mulheres.<sup>352</sup>

Porém, não há como teorizar a decisão de juízes, desembargadores e ministros sem estabelecer as devidas condições hermenêutico-filosóficas para o respectivo controle.

A hermenêutica filosófica (fenomenologia hermenêutica), ao conciliar teoria e prática, relacionando, a partir de uma circularidade (círculo hermenêutico), conhecimento teórico (o direito analisado segundo critérios decorrentes de uma lógica formal rígida) e conhecimento prático, coloca “em discussão – no campo d(e um)a teoria do direito – questões relativas à *legitimidade* da decisão tomada nos diversos níveis do poder estatal”. Em outros termos,

É preciso ter claro, pois, que o direito, no paradigma do Estado Democrático de Direito, passa – em razão das contingências históricas – a se preocupar com a democracia e, portanto, com a legitimidade do direito (o problema da validade, pois), problemática que até então era ‘cindida’ pela ‘ciência do direito’: de um lado, o direito sem preocupações com a ‘razão prática’; de outro, o território no qual a

---

<sup>352</sup> “Se tudo isso é importante para o Direito na atualidade, é preciso reconhecer que, depois de 1988, temos, no Brasil, um sistema de garantias [...]. Por isso, no que tange ao contexto atual, a novidade é que não discutimos mais o problema da discricionariedade política, portanto, não apostamos mais em positivismos fáticos (lembramos do realismo jurídico, o direito alternativo em suas variadas formas), porque temos uma Constituição que resolveu o problema dos limites do político. A Constituição aparece como freio da vontade da maioria. Na verdade, a Constituição – do paradigma do Estado Democrático de Direito – vai além de ser um freio à vontade das maiorias, uma vez que passa a estabelecer um modo de a sociedade ser transformada a partir do direito, com a incorporação daquilo que venho denominando de ‘promessas incumpridas da modernidade’. Trata-se de fazer, destarte, com que este sistema de garantias incorporado pela Constituição seja devidamente concretizado. Para isso, é fundamental – por tudo que foi dito acima – combater o arbítrio presente na discricionariedade dos juízes, até para honrar a própria história institucional do direito e seu enfrentamento constante do arbitrário, vale dizer, do discricionário”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 552.

penetração do direito não tinha ‘conotação valorativa’.<sup>353</sup>

É exatamente a segunda etapa, a qual incorpora o mundo prático à filosofia, que encontra dificuldade de penetrar no mundo jurídico. A “hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do direito no Brasil (*perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais*) continua”, segundo Streck, “sendo entendida como um (mero) saber ‘operacional’”:

A questão central continua sendo ‘o que fazer com a moral’. Como preservar o nível necessário de autonomia do Direito? Admitir discricionarismos com o nome que se dê a esse tipo de ‘lançar mão’ a argumentos metajurídicos não é, exatamente, um modo de fragilizar o Direito e não de preservá-lo ou o reforçar? Tais pretensões parecem sofrer, pois, daquilo que Dworkin denomina ‘agulhão semântico’. Ocorre que, paradoxalmente, esse ‘sentido da norma’ exsurge de um *sub-jectum*, que, sustentado em uma ‘adequada metodologia’, alcança essa ‘certeza’, que, estranhamente, pode ser ‘uma entre várias’. O que não se pode esquecer – e isso é de uma relevância ímpar – é que o método para alcançar/controlar esse sentido decorre do próprio *sub-jectum*, como se fosse possível ‘isolar’ o conteúdo a ser buscado do método controlador desse mesmo resultado! Volta-se, uma vez mais, à cisão entre razão teórica e razão prática.<sup>354</sup>

Ao abandonar o método (assentado sobre o esquema sujeito-objeto), a hermenêutica passa, de acordo com Gadamer, a ser filosófica. Sem etapas, compreensão e aplicação apresentam-se inseparáveis. Isso não significa que não se venha a pregar racionalidade, que a epistemologia seja, outrossim, desconsiderada. A hermenêutica enxerga o Direito, antes de mais nada, como um processo inacabado que, ao ser aplicado, almeja respostas corretas, sem abrir mão da autoridade da tradição e da importância do texto.

A hermenêutica filosófica, assim como a teoria integrativa de Dworkin – baseada na integridade e na coerência –, volta o olhar para a decisão de juízes e tribunais justamente porque é antirrelativista e manifestamente contrária à discricionariedade judicial. Tanto uma como outra combatem a discricionariedade, a ponto de a última delas perseguir a resposta correta. Assim, não há como negar que a hermenêutica filosófica e a teoria integrativa dworkiniana, de fato, propõem uma teoria para a decisão judicial. Ambas (pre)ocupam-se (com a) decisão proferida por

<sup>353</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 497-498.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 499.

juízes, desembargadores e ministros.

A teoria integrativa dworkiniana escapa às teorias hermenêuticas tradicionais porque não distingue interpretação de aplicação. Segue, portanto, a teoria interpretativa do Direito de acordo com a qual interpretar nada mais consiste do que explicar o compreendido. Compreender, aplicar e interpretar não diferem entre si temporalmente. Ao (pre)ocupar-se (com a)da aplicação do Direito, o jurista alcança êxito no propósito de afastar do ambiente judicial e do Direito posturas solipsistas do juiz. E o faz, com efeito, apregoando a “responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty*) a obedecer à integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* (teleológicos, morais ou de política)”<sup>355</sup>.

A decisão judicial encontra limites porque assim estabelecem a hermenêutica filosófica e a teoria integrativa de Dworkin. Nenhuma outra teoria hermenêutica (tradicional) assim o faz porque, diferentemente daquelas, ao não superar o esquema sujeito-objeto, não leva em consideração a questão da *applicatio*.

De se destacar que a ausência de uma teoria da decisão, antes disso, de adoção de uma teoria hermenêutico-filosófica que se (pre)ocupe, portanto, (com a)da práxis, da aplicação do Direito via supressão do esquema sujeito-objeto, reflete no próprio consenso/dissenso nos julgados colegiados. Se o voto do relator não encontra limites estabelecidos por uma teoria hermenêutica adequada, o que dirá os esquecidos (e, por que não, marginalizados) “votos” dos demais integrantes dos órgãos colegiados.

O malfadado “acompanho no caso concreto” é o maior exemplo do quanto se encontra disseminado o entendimento de que o magistrado está autorizado a decidir de acordo com a própria consciência, sem amarra teórica alguma. É o que se pode denominar de *Decisão-Catavento*, a decisão ao sabor do vento que sopra a imaginação do julgador.

Exemplos bastante significativos de como os votos proferidos nos colegiados jurisdicionais não encontram uma teoria hermenêutico-filosófica que os conforme e os esclareça de que o Direito não sobrevive sem a práxis, sem aplicação, tampouco sem uma teoria (integrativa do Direito) que os distinga em termos de integridade e de coerência, podem ser extraídos de dois acórdãos da lavra da Segunda Câmara Cível

---

<sup>355</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 521.



do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nas Apelações Cíveis números 70069406080, julgada em 24 de junho de 2016, e 70079324075, julgada em 30 de janeiro de 2019. No primeiro deles, o entendimento sufragado pela relatora, Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira, no sentido de que a isenção do imposto de renda por conta de cardiopatia grave está condicionada à existência de “sintomas atuais a exigirem tratamento médico contínuo e especializado, ou que a aquisição de medicamentos esteja comprometendo sobremaneira a renda do demandante”, não foi acompanhado pelos Desembargadores Laura Louzada Jaccottet e João Barcelos de Souza Júnior, os quais, no entanto, acompanharam aquela no julgamento do segundo deles, sem discorrerem uma linha sequer de modo a justificar por que não adotaram no segundo acórdão o entendimento esposado no julgamento do recurso mais antigo.

Destaque que no segundo julgamento os desembargadores não lançaram mão sequer do “famoso” álibi performativo “acompanho no caso concreto”. O descomprometimento das teorias hermenêuticas tradicionais com a aplicação do Direito é tão saliente, tal como o é, também, de juízes e tribunais para com a integridade e a coerência decisória, que não há o menor constrangimento em se decidir em um determinado sentido em um dia, e, no dia seguinte, em outro sentido. Não mais se ousa tampouco valer-se do não menos repudiável jargão jurisdicional “revendo meu posicionamento, julgo [...]” (de determinada forma).

Uma teoria da decisão judicial, apoiada na hermenêutica filosófica e na integridade e coerência do Direito tradicionalmente incorporado nos textos constitucional e legal, é o caminho sem o qual o ato jurisdicional jamais encontrará limites e efetiva controlabilidade jurídico-democrática. Em um Estado Democrático de Direito, o magistrado detém a responsabilidade política de justificar as respectivas decisões, isto é, de dar satisfação do que faz e como decide à sociedade. A ausência de efetivo constrangimento acaba abrindo espaço para posturas relativistas, subjetivas, solipsistas, discricionárias, de juízes e tribunais. E os jargões “decisórios”, longe de serem criativos e esconderem tais atos, escancaram a falta de comprometimento com o ato interpretativo-aplicativo e a integridade e a coerência do Direito.

Sem dúvida, o descomprometimento com a razão prática é, senão herdada, abastecida pela teoria da pureza da ciência do Direito, de Kelsen, em que a ciência é construída a partir de uma pura razão teórica. Por não se (pre)ocupar (com a) da prática, o positivismo kelseniano outorga ao juiz um poder discricionário de segundo

nível. A "discrecionariiedade deferida para o juiz pelo legislador acaba por se consubstanciar em uma *política judiciária*, que, no limite, dá poderes para que o juiz determine a 'lei do caso', a pretexto do dever de julgamento que a própria ordem requer"<sup>356</sup>.

Todavia, o diferencial do Estado Democrático de Direito é justamente elevar o grau de autonomia do Direito, e não a discrecionariiedade de políticos e juizes. O palco apropriado para discussões políticas e morais é o Congresso Nacional. Ao Estado-juiz compete, em nome do Direito, afastar as – e se afastar das – decisões políticas que não sigam os ditames constitucionais. Como se vê, o poder constituinte brasileiro pôs, *ab ovo*, freios à discrecionariiedade política e à discrecionariiedade judicial. O fato de as teorias hermenêuticas tradicionais não se (pre)ocuparem (com a)da discrecionariiedade judicial, tampouco o fato de a hermenêutica filosófica ainda engatinhar em um território ainda marcadamente (neo)positivista, em que a aplicação do Direito ainda é tema de política judiciária, não tem o condão de arrefecer o constrangimento que a Constituição deve impor sobretudo à decisão judicial.

Destarte, além da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa do Direito, a Constituição também não é conivente com posturas discrecionárias dos poderes instituídos. O Estado Democrático de Direito em que se *constitui* a República Federativa do Brasil é a representação máxima da aversão a *mandos e desmandos* de índole notadamente judicial.

Assim como a teoria hermenêutica-filosófica, com os aportes da teoria integrativa de Dworkin, volta as respectivas atenções para o processo de aplicação do Direito, o Estado Democrático de Direito abraçado constitucionalmente abomina a tomada de decisões baseada em argumentos de política, os quais, por não fazerem a reconstrução institucional do Direito democraticamente convencionado, ferem de morte a respectiva autonomia. "Em outras palavras,"

a política e a moral, no plano de raciocínios/argumentos finalísticos, não podem implicar um terceiro turno da votação da assembleia constituinte. Se o constituinte não colocou no texto determinado direito, a democracia recomenda que não seja o judiciário a fazer essa 'colmatação da lacuna'.<sup>357</sup>

<sup>356</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 551.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 615.

A constitucionalização do Estado Democrático de Direito (sociedade democrática com instituições jurídicas consolidadas) apregoa a autonomia do Direito *constituído* e legislado. Isso quer dizer que juízes e tribunais, salvo (in)constitucionais exceções, não devem se mostrar avessos à legislação democraticamente produzida. No plano de uma teoria da decisão, os magistrados não podem julgar conforme bem entendem e ambicionam. A Constituição Federal estabelece, inclusive, cláusulas pétreas em favor do Estado Democrático de Direito, entre elas a inviabilidade de abolição da separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais, institutos que exaltam todo um sistema de garantias fornecidos constitucionalmente.

O estabelecimento de uma teoria da decisão é um ato de imposição de limites e de controlabilidade dos atos jurisdicionais. E é papel da Doutrina e da Academia teorizar a respeito. Julga-se, com efeito, que a obediência à integridade, à coerência e à igualdade no trato das questões hermenêutico-aplicativas é a melhor forma de se prestar deferência ao Estado Democrático de Direito. Segundo Streck<sup>358</sup>,

Há um espaço que o Judiciário não alcança. Por isso, uma teoria da decisão é importante para nos assegurar dos limites desse espaço não alcançado pelo Judiciário; um espaço democraticamente garantido, para que nossa democracia não se transforme em uma juristocracia.

Uma teoria da decisão que se proponha a, caso a caso, descortinar a resposta constitucionalmente correta deve, em primeiro plano, enaltecer argumentos de princípio (constitucional), e não de política *lato sensu*. Argumentos de princípio, com efeito, preservam a tradição constitucional, infraconstitucional e jurisprudencial do Direito, logo, a autonomia do Direito. Não se propor a buscar a resposta constitucionalmente adequada implica tornar-se refém de posturas casuísticas, arbitrárias, cuja subjetividade abre um leque de respostas que ferem as garantias constitucionais principiológicas, de inviável controlabilidade. O Estado Democrático de Direito espera do magistrado a resposta constitucionalmente correta, pois, consentisse com *mil e uma* respostas judiciais, o exercício do poder pelo povo restaria subjugado.

Em segundo plano, não há como se obter a resposta constitucionalmente correta independentemente da integridade e da coerência da decisão judicial

---

<sup>358</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 121.

sobretudo para com o Direito democraticamente legislado. *Raciocínios de caso concreto*, ao obnubilarem os demais casos cujos julgamentos ajudaram a construir o que se entende por Direito tradicionalmente concebido pela sociedade, nada mais fazem do que varrer a historicidade do Direito para baixo do tapete, em homenagem, pois, tão somente ao individualismo do intérprete. Não é possível se extrair de uma decisão judicial que não mire a uma resposta constitucionalmente correta, de acordo com a integridade e coerência do Direito, um princípio que possa ser aplicado em casos posteriores. Uma decisão judicial sem norte, que não busca a resposta que a Constituição efetivamente atribui para o caso concreto, coloca-se como um *estranho no ninho*, não repercute positivamente para a Ciência, tampouco para a prática judiciária; acaba fenecendo – *morrendo na casca* – por absoluta desnutrição, já que não encontra algo ou alguém que possa alimentá-la.

Em terceiro lugar, uma teoria da decisão judicial que se preze, constitucionalmente adequada, há de se afastar de juízos de ponderação. Lançar mão da teoria argumentativa alexyana nada mais representa do que escancarar as portas para a discricionariedade judicial. Afinal, o jurista alemão defende<sup>359</sup> que o fato de as questões valorativas poderem “ser decididas com base em uma argumentação prática racional” autoriza a adoção de “mais de uma decisão”, todas iguais e racionalmente corretas. Logo, se, sob tal ótica, há a possibilidade de mais de uma decisão correta, cumprirá ao juiz escolher a que julga ser a mais adequada. Não se está atrás, portanto, da decisão constitucionalmente correta, mas sim a escolher uma dentre tantas quantas forem “possíveis” de se reputar racionalmente adequadas. Ocorre que o sistema de garantias constitucionais, mesmo diante de temas polêmicos, difíceis de serem solucionados, estabelece, sempre, a resposta correta, e tal deve ser perseguida e reproduzida pela decisão judicial. Não há mais de uma resposta para a mesma pergunta. Pena de o recurso ao relativismo ponderativo eliminar a tradição do Direito como fio condutor de toda e qualquer interpretação jurídica.

A teoria da decisão pressupõe, ademais, compreender que a norma jurídica não carrega consigo todas as hipóteses de aplicação, tal como se coubesse ao juiz-intérprete adotar a que mais lhe pareça apropriada. A norma jurídica deve ser interpretada “levando em conta toda a história institucional das decisões anteriores

---

<sup>359</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 551.

que tratam dessa temática, respeitando a coerência e a integridade”<sup>360</sup>. Apostar na discricionariedade do magistrado é submeter o Direito à pena do juiz.

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 70043176205 ocorrido em 25 de abril de 2012, a Segunda Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, relator o Desembargador Marco Antonio Angelo, manteve decisão que deferiu requerimento de produção de prova pericial ao fundamento de que o “juiz é o destinatário da prova, incumbindo a ele, mediante a análise do quadro probatório existente nos autos, avaliar quais as provas são necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Disse-se mais: que “Havendo cálculos complexos ou quando o magistrado não se sentir apto para decidir a demanda, possível a realização de perícia”. Bem se vê que, para o referido Colegiado, independentemente do que o juiz de piso vier a decidir a respeito, estará irreversivelmente correto. Pouco importa para o indigitado órgão judiciário gaúcho se a prova pericial é prescindível ou imprescindível. Sob tal ótica, a produção da prova pericial está condicionada única e exclusivamente a que o juízo *a quo* decidir. O que implica concluir que eventual indeferimento do requerimento de produção de prova pericial também seria mantido em sede de segundo grau de jurisdição. Tem-se aqui, portanto, o exemplo de um julgamento não comprometido sequer minimamente com a resposta constitucionalmente correta; pelo contrário, comprometido tão somente com a escolha realizada pelo órgão judiciário hierarquicamente inferior. É uma decisão que prestigia o juízo de primeiro grau de jurisdição, ao invés de prestigiar a resposta correta fornecida pela Constituição.

A ausência de uma teoria da decisão judicial que venha a constranger, efetivamente, juízes e tribunais a buscar com todas as forças possíveis a resposta constitucionalmente adequada, enfim, a aplicar o Direito democraticamente legislado sem pestanejar, tem servido de verdadeiro salvo conduto para interpretações judiciais deslegitimadoras do Direito posto. Do contrário, decisões que admitem ora uma, ora outra interpretação não seriam tão comuns de serem encontradas. No caso ilustrado, ou a perícia é prescindível, ou é imprescindível. A resposta não está na pessoa(lidade) do julgador monocrático, ao soprar dos ventos, mas na norma jurídica, que, por sinal, não fornece mais de uma resposta constitucionalmente correta. E a resposta constitucionalmente correta é aquela inserida na historicidade do Direito, nela incluída,

---

<sup>360</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 665.

evidentemente, as decisões anteriores respeitantes ao tema. Nem mesmo o fato de a norma jurídica conter conceitos vagos ou indeterminados tem o condão de inviabilizar a revelação da resposta adequada – assim, *no singular* – incondicionalmente impregnada àquela. A esse respeito, novamente a doutrina de Streck<sup>361</sup>, segundo a qual

quando se diz que o juiz ‘poderá fazer algo’ é o mesmo que dizer que o juiz ‘deverá, em determinadas situações concretas, fazer algo’. A tese da discricionariedade é um reflexo da constatada impossibilidade de a lei prever todas as possibilidades de sua aplicação e, ao mesmo tempo, da não constatação de que as situações concretas são determinantes para a adequação da resposta. Neste caso, é importante que se diga que a situação concreta não é um álibi para que uma norma não seja aplicada, sendo imprescindível, sob pena de também violar o princípio da fundamentação das decisões, aquela justificação que se limita a dizer que a decisão foi tomada de uma forma e não de outra ‘em face das peculiaridades do caso concreto’. Quais peculiaridades? Quais princípios tais peculiaridades evocam? Quais os casos em que essa peculiaridade é observada em um sistema complexo que envolve normas e precedentes? Desse modo, assim como os princípios foram alçados à condição de norma para ‘salvar’ a racionalidade moral prática, fechando as possibilidades interpretativas, o caso concreto também é convocado para reduzir a discricionariedade, e não o contrário.

De se notar que considerar sempre correto o que o juiz processante estipular a título de produção probatória porque a norma do artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973<sup>362</sup> disciplina que “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” implica partir, incessantemente, de um *grau zero* de interpretação, tal como se não houvesse um Direito (uma resposta constitucionalmente adequada) previamente inserido no âmbito da norma jurídica.

O Direito não pode conviver, a todo instante, com a incerteza do que o julgador decidirá no caso concreto. Há uma acentuada autonomia alcançada pelo Direito ao longo da história a não sujeitá-lo à discricionariedade do condutor da causa.

A solução a ser atribuída pelo presidente do processo, inclusive pelo tribunal que tem a distinta oportunidade de reavaliar a decisão proferida em um ou em outro

---

<sup>361</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 666.

<sup>362</sup> Artigo 370, *caput* (“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”) e parágrafo único (“O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”), do Código de Processo Civil de 2015.

sentido, deve encontrar supedâneo *no Direito e a partir do Direito*, e não na oportunidade e conveniência de se deferir, ou não, a realização de determinada prova e de se manter, ou não, a decisão que deferiu ou indeferiu a respectiva produção. O “prestígio” ao primeiro grau de jurisdição não pode, jamais, se sobrepor à resposta constitucionalmente correta inequivocadamente fornecida pelo Direito através do texto normativo alinhavado democraticamente.

Não deve passar esquecido, ademais, que, na linha do que prescreve a teoria integrativa dworkiniana, se deve julgar por princípios, e não por políticas. E nada mais politicamente (in)conveniente e (in)oportuno do que endossar decisão a favor ou não de produção probatória ao argumento de que competiria ao juiz da causa, “destinatário da prova”<sup>363</sup>, decidir se a produção probatória se faz necessária, ou não. A utilização de argumentos de princípios (constitucionais), ao contrário dos inconvenientes e inoportunos argumentos de política, contribui, de um lado, para o afastamento de motivações predadoras do Direito, entre elas, as convencionalistas e as pragmatistas, e, de outro, fortalece sobremaneira os direitos fundamentais, como, a exemplo do caso retratado, os correspondentes ao da ampla defesa, ao do devido processo legal, ao da igualdade e ao da impessoalidade.

Em quinto lugar, a teoria da decisão (deve) encontra(r) no princípio do estado de direito legislativo a recomposição máxima da história institucional exaltada em 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Porém, para tanto, é preciso compreender de forma adequada o sentido da produção democrática do Direito em território brasileiro.

A decisão judicial deve, antes de mais nada, seguir à risca o dispositivo legal. Isso não implica (lastimável) retomada do positivismo exegético, em que vigora um conceito estrito de lei, e a moral não penetra o Direito. Tampouco sugere a adoção do conceito positivista normativista abstrato-universalizante de norma, em que a aplicação do Direito é objeto de influências externas, inclusive da moral. Com a superação das diversas formas de positivismo via, notadamente, superação do paradigma lógico-analítico (filosofia da consciência) pelo de caráter prático-

---

<sup>363</sup> “Acerca do destinatário da prova, boa parcela dos teóricos ainda não conseguiu superar o modelo solipsista-cartesiano pelo qual ainda se acredita ser o juiz o principal destinatário da prova. Acredita-se na necessidade de a instrução processual gerar ‘certeza’ na sua ‘convicção pessoal’ – e apenas nela – para que o juiz lavrar sua sentença”. STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 634, jul./dez. 2011.

pragmático (virada hermenêutica), em que o mundo não é mais “produto de uma razão solipsista ou uma vontade que respeita à autoridade de si mesma”, “que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem pública”<sup>364</sup>, seguir à risca o contido na lei significa estar de acordo com a *legalidade qualificada pela constitucionalidade*. Aqui, a lei não fala por si só, nem o intérprete está autorizado a lhe embutir sentido. A legalidade é concebida sob a égide da constitucionalidade. Não se deve seguir a lei tão somente quando ela estiver maculada de inconstitucionalidade (aqui reside a importância da jurisdição constitucional concentrada ou difusa). Critérios de moralidade, ao depois, não têm o condão de afastar o texto legal democraticamente edificado porque no Estado Democrático de Direito a moral é concomitante ao Direito, é inerente à *linguagem pública* estabelecida.

Nada há de mais respeitoso ao Estado de Direito de perfil romano-germânico do que a deferência à fonte jurídica que o distingue: a lei (em sentido amplo, aqui inserida, a toda a evidência, a Constituição). Valer-se de princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais, a despeito da jurisdição constitucional é, segundo Streck<sup>365</sup>, uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade kelseniana envolvendo a aplicação do Direito, quanto homenagear o positivismo discricionista de Hart.

A sanha judicial de se colocar na condição de legislador *ad hoc* toda vez que se depara com algo democraticamente legislado de que se discorda, frequentemente vista juízos e tribunais afora, é o que há de mais afrontoso para o Estado Democrático de Direito e maior reflexo da ausência de uma teoria da decisão judicial passível de constrangê-la. Avançar em favor de uma teoria da decisão judicial implica estabelecer a retirada das mãos de juízes e tribunais da principal arma (e escudo) de que se valem para inundar o Direito de decisões casuísticas, fruto de subjetivismo e da discricionariedade. Retirar-se deles, portanto, o cabedal principiológico em nome do qual se julgam autorizados a destilar decisões contrárias ao Direito posto pelo povo sem o menor constrangimento. Porém, para tanto, é preciso reforçar que a lei é a principal fonte do Direito estatal romano-germânico, que no respectivo bojo vicejam,

---

<sup>364</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 87.

<sup>365</sup> *Id.* **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 679.



de fato, fatores políticos, sociais, morais, distintivos da tradição jurídica brasileira, os quais devem ser reconstruídos interpretativamente de acordo com a historicidade do Direito. O controle democrático das decisões judiciais passa, portanto, pela adoção de um conceito interpretativo do Direito a partir do qual a lei é interpretada de acordo com a historicidade do Direito, sem margem para decisões que, partindo da cisão epistemológica entre direito e moral, se utilizam de “princípios” para (tentar) corrigir o Direito posto.

Julgamentos recentemente ocorridos no Supremo Tribunal Federal envolvendo a norma do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, segundo a qual, “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”, trazem interessante exemplo para a teoria do direito e para a hermenêutica jurídica, mais propriamente para uma teoria da decisão judicial ainda pouco explorada no Brasil.

Em 02 de outubro de 2020, o Ministro Marco Aurélio Mello, ao julgar Medida Cautelar no *Habeas Corpus* n. 191.836/SP, determinou a imediata expedição de mandado de soltura do paciente sob o fundamento de que “preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação”. Para o ministro relator, “não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo”.

No entanto, em 10 de outubro de 2020, na Suspensão de Liminar n. 1.395/SP requerida pela Procuradoria-Geral da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luiz Fux, suspendeu os efeitos da medida liminar proferida nos autos do *Habeas Corpus* n. 191.836/SP até o julgamento do *writ* pelo órgão colegiado competente, determinada, com efeito, “a imediata prisão de André Oliveira Macedo (‘André do Rap’)”. Na decisão, o Presidente da Suprema Corte brasileira sentenciou que

a *ratio* do artigo 316 do Código de Processo Penal não pode ser desconsiderada. A definição da categoria *excesso de prazo* demanda juízo de razoabilidade à luz das circunstâncias concretas do caso em análise. Nesse sentido, na esteira do que sustentado pela Procuradoria-Geral da República, a revisão da prisão a cada 90 dias pressupõe marcha processual em condições de alterar a realidade sobre a qual decretada a prisão. No entanto, no período compreendido entre a confirmação da prisão preventiva pelo Tribunal Regional

Federal e o deferimento da liminar pelo Eminentíssimo Ministro relator do HC 191836, nenhum fato novo alterou, relativizou ou afastou os motivos concretos que fundamentaram o decreto de custódia cautelar. Pelo contrário, mantiveram-se firmes os fundamentos de garantia da ordem pública.

Na sequência, o Tribunal, por maioria, referendou a decisão do Presidente da Corte, fixada a tese "A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos".

No julgamento do *writ*, no único voto divergente da tese de julgamento fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio Mello ponderou:

O conjunto de normas revela que a regra é o acusado – até então simples acusado, ante o princípio constitucional da não culpabilidade – responder solto, sendo exceção a prisão preventiva, também apontada como processual. Todo e qualquer preceito que encerre exceção deve ser interpretado de forma estrita. É o que nele se contém, não havendo campo para a criatividade. Antes da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – denominado ‘pacote anticrime’ –, não se tinha previsão explícita sobre a duração da custódia provisória, da mitigação do princípio da não culpabilidade. Então, ficou pacificado que se deveria aferir a limitação dos dias de prisão provisória observando-se os prazos relativos à instrução processual, para chegar-se a decisão no processo-crime. Extravassados esses prazos, ter-se-ia o excesso referente à custódia preventiva. Mais do que isso, a revelar a excepcionalidade da medida, tem-se o artigo 283 do Código de Processo Penal, declarado harmônico com a Constituição Federal na apreciação das ações declaratórias nº 43, 44 e 54.

[...]. Observando o princípio da não culpabilidade, inseriu-se no artigo 316 do Código de Processo Penal preceito cogente. A cabeça do dispositivo prevê que o juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para a subsistência, e novamente determiná-la, se vierem razões que a justifiquem. O parágrafo único é de clareza solar, valendo ter presente a norma de hermenêutica e aplicação do Direito segundo a qual, onde o texto da lei é explícito, não cabe interpretação. O que se dirá reescrever a própria norma, substituindo-se o julgador ao Legislativo?

Bem se vê que venceu, no Supremo Tribunal Federal, a tese de que a norma do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal deve ser interpretada com “razoabilidade à luz das circunstâncias concretas do caso em análise”, de que “a revisão da prisão a cada 90 dias pressupõe marcha processual em condições de alterar a realidade sobre a qual decretada a prisão” e de que há de existir “fato novo”

que altere, relativize ou afaste “os motivos concretos que fundamentaram o decreto de custódia cautelar”. Por outro lado, fracassou a tese única e exclusivamente defendida pelo Ministro Marco Aurélio de que “Todo e qualquer preceito que encerre exceção deve ser interpretado de forma estrita”, de que a norma jurídica debatida não encontra espaço “para a criatividade”, e de que o “preceito é cogente”, “de clareza solar”, “é explícito, não cabe interpretação”, sob pena de se “reescrever a própria norma, substituindo-se o julgador ao Legislativo”.

Diante de tudo que pode ser visto até aqui, não é preciso muito esforço para identificar qual das teses está efetivamente alinhada ao Estado de Direito tradicionalmente contemplado na ordem jurídica brasileira (teoria do estado de direito europeu-continental) e compatível com uma teoria da decisão judicial que lhe deve seguir e qual, infelizmente, não está.

De se perceber que a tese “vencedora” se vale (do princípio) da “razoabilidade à luz das circunstâncias concretas do caso” para se afastar da norma “cogente”, clara e lhana no sentido de que, se o juiz não revisar a necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada noventa dias, a segregação se torna ilegal. Em momento algum o legislador abre brecha para que “à luz das circunstâncias concretas do caso” o juiz exceda tal prazo; em momento algum o legislador condiciona a obediência ao prazo estabelecido à alteração da “realidade sobre a qual decretada a prisão”; em momento algum o legislador exige, para tanto, “fato novo”.

A arma de que se utiliza, no adjetivo utilizado no voto do Ministro Marco Aurélio, a “acachapante” maioria formada no julgamento (9 a 1) para se desprender do Direito democraticamente legislado é, mais uma vez, a principiológica, característica de uma postura flagrantemente neopositivista<sup>366</sup>. Acaba-se buscando nos princípios uma forma de burlar a Constituição e os dispositivos legais.

Detalhe que, no caso concreto, não há sequer colisão entre princípios para que se possa lançar mão de uma “metarregra” (conforme o tema é frequentemente abordado na jurisprudência da Suprema Corte) como a da razoabilidade. Não há problemas mal resolvidos por outros princípios que venham a sugerir a eleição de outros “princípios” para que o Direito reste conformado no caso concreto. Conforme

---

<sup>366</sup> “De certo modo, repete-se a ‘troca’ (e, lamentavelmente, a não superação) de paradigmas. Se antes o jurista era um escravo da(s) estrutura(s) (lembremos do positivismo ‘primitivo’ – de cariz exegético), portanto, era ‘assujeitado à lei’ (que era “igual” ao direito), agora o sujeito se transforma no “senhor dos sentidos” da estrutura”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 185.

se pode colher do voto do relator, todos os princípios incorporados à regra do artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Civil, entre eles o da dignidade da pessoa humana, o da presunção de não-culpabilidade (de que decorre a excepcionalidade da prisão cautelar) e o da individualização da pena, caminham em uma direção só. Nada há de desarrazoado na escolha feita pelo legislador, tampouco na decisão liminar proferida em sede de *habeas corpus* para que se venha a lançar mão da razoabilidade em prol da acomodação da norma e da decisão ao Direito. A razoabilidade encontra-se, pois, dentre os princípios ocultos, porém operantes, na regra. Em um Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que juízes e tribunais, entre eles, claro, o Supremo Tribunal Federal, se valham de enunciados performativos (ponderação, razoabilidade, proporcionalidade) para colar o sentido que querem ao texto legal, por sinal, bastante claro e preciso no que se propõe a disciplinar de forma incondicional.<sup>367</sup>

O voto do redator para o *Habeas Corpus* n. 191.836/SP, Ministro Alexandre de Moraes, ao contrário da decisão do Presidente na Suspensão de Liminar n. 1.395/SP, não chega tampouco a se valer, dentre outros mecanismos mal incorporados à cena judiciária brasileira, da não menos mal importada teoria da argumentação jurídica, de Alexy<sup>368</sup>. Os acentuados subjetivismo e finalismo presentes no voto condutor da maioria acabam conduzindo o Supremo Tribunal Federal a apregoar o que a regra não

---

<sup>367</sup> “Por isso, merecem especial cuidado as decisões que lançam mão especialmente da ‘razoabilidade’ (com ou sem ‘ponderação de valores’), argumentação que se transformou em autêntica ‘pedra filosofal da hermenêutica’ a partir desse caráter performativo. Excetuando os casos em que, teleologicamente, decisões calcadas na ponderação de valores podem ser consideradas corretas ou adequadas à Constituição (o que por si só já em um problema, porque a interpretação não pode depender dessa ‘loteria’ de caráter finalístico), a maior parte das sentenças e acórdãos acaba utilizando tais argumentos como um instrumento para o exercício da mais ampla discricionariedade (para dizer o menos) e o livre cometimento de ativismos”. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 72-73.

<sup>368</sup> Streck esclarece que, “Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’ (sic), algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’ (sic). [...] Na verdade, a ponderação é um procedimento que serve para resolver uma colisão em abstrato de princípios constitucionais. Dessa operação resulta uma regra – regra de direito fundamental adscripta – essa sim, segundo Alexy, apta a resolução da demanda da qual se originou o conflito de princípios. E um registro: essa aplicação da regra de ponderação se fará por subsunção (por mais paradoxal que isso possa ser). [...] Ao fim e ao cabo, na teoria da argumentação tudo acaba em subsunção. Aliás, quando no Brasil se usa a ponderação, na realidade, se faz a partir da aplicação direta da proporcionalidade. Quando isso acontece – e não é difícil perceber isso – a proporcionalidade, que deveria ser um princípio, acaba sendo aplicada como se fosse uma regra. Ou seja, aplica-se a proporcionalidade diretamente. E por subsunção. Trata-se, assim, de um eterno retorno ao que se quer combater...!”. *Ibid.*, p. 74.

expressa nem anui sequer tacitamente. Com efeito, embora a norma do parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Civil não exija a “revisão dos requisitos” conforme as “peculiaridades do caso”, conforme “a importância de cada caso concreto”, o voto assevera que o artigo de lei estabelece “uma obrigatoriedade de reanálise dos requisitos exatamente para se evitar [...] os excessos, mas – e aqui a importância de cada caso concreto – estabeleceu a necessidade de reanálise, de revisão dos requisitos, das peculiaridades do caso”. A norma, entretanto, não chega a tamanho casuísmo. Que sempre haverá a necessidade de análise da situação do segregado para manter ou não a prisão preventiva, isso é absolutamente inquestionável. O que também não deve ser relativizado, muito menos pelo órgão judiciário guardião da Constituição, é a consequência expressamente prevista no artigo de lei caso a prisão não seja reavaliada em noventa dias, que é, pois, intransigivelmente, a ilegalidade da prisão. Pouco importa para o decreto da ilegalidade da prisão as “peculiaridades do caso”, se o acusado pertence ou não à organização criminosa, se há perigo de fuga do distrito da culpa etc. Para a regra jurídica, o processo *não tem capa*. Toda comunidade, na lição de Dworkin<sup>369</sup>, “tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância”. A propósito, adverte Streck<sup>370</sup>:

Na verdade, está-se diante de um sincretismo *ad hoc*: quando interessa ao establishment dogmático (aos detentores da fala), lança-se mão da filosofia da consciência; quando já não há como ‘segurar’ esse ‘estado de natureza hermenêutico’ decorrente dessa ‘livre convicção’, ‘livre convencimento’, ‘íntima convicção’ (e suas decorrências, como o panprincipiologismo, o axiologismo, o pragmatismo, etc.), apela-se ao mito do dado... [...] O segredo deste ‘vai e vem’ está no poder de atribuição de sentido, no interior do qual objetivismo e subjetivismo são apenas os instrumentos da interpretação enquanto ‘ato de vontade’.

O Direito historicamente produzido no País não encontra colaboração alguma do Judiciário se tal poder continuar arvorando-se na condição de legislador, seja bradando o que o Poder Legislativo quis realmente dizer ao elaborar determinada norma jurídica, seja criando ou se valendo de princípios que os considera administrar e prevalecer sobre os demais supostamente colidentes.

<sup>369</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 110.

<sup>370</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 186-187.

A teoria da decisão judicial vem justamente em defesa do Direito tradicionalmente concebido em terras brasileiras na medida em que busca estabelecer critérios/parâmetros que permitem juízes e tribunais trabalharem no interior dos marcos constitucionais e infraconstitucionais.

O raio de atuação dos magistrados é (por eles) percebido à medida que o princípio do estado de direito legislativo e daqueles que lhe decorrem são inseridos no processo de aplicação do Direito, enfim, no processo de elaboração de toda e qualquer decisão judicial prolatada em território brasileiro. Afinal, é impossível interpretar a regra sem levar em consideração o respectivo princípio instituidor.

O ponto de partida da decisão judicial, de acordo com a teoria jurídica que dela se ocupa, é o Direito democraticamente legislado; já o ponto de chegada deve corresponder, sempre, àquilo que é preconizado *na e pela* Constituição. A Constituição estabelece a resposta correta, e a resposta correta está na Constituição.

A resposta constitucionalmente adequada permite que anormalidades legislativas encontrem no Poder Judiciário a devida conformação. O Direito criado pelo legislador a partir das mais diversas fontes extrajurídicas que o abastecem não está imune, pois, a descompassos formais e materiais. Daí que o Poder Judiciário detém a mais solene e importante oportunidade de, em casos tais, proceder à conformação legislativa à Constituição Federal, seja de maneira concentrada, seja de maneira difusa. Como se vê, a teoria da decisão judicial, inserida na teoria do estado de direito, tem como supedâneo teórico, outrossim, a principiada teoria da separação dos poderes. Atentos aos respectivos limites – os do Judiciário atribuídos sobretudo a partir da teorização do ato que lhe é tipicamente afeto –, todos os poderes constituídos encontram-se autorizados e habilitados a controlar uns aos outros, sobressaindo-se deveras preservado, antes e acima de tudo, o Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, apontado no primeiro e mais importante dispositivo da Constituição Federal.

É promissor o desenvolvimento de uma teoria da decisão a partir do estreitamento entre a hermenêutica filosófica e a visão do direito como integridade, afinal,

ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as 'contingências' do direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. Mais ainda, Gadamer e Dworkin não cindem

‘interpretação’ de ‘aplicação’. Para eles, não há grau zero na interpretação. As ‘contingências’ são limitadas pela tradição/integridade/coerência.<sup>371</sup>

Por mais que os magistrados não concordem com a escolha (política) promovida pelo Poder Legislativo, poder responsável pela criação do Direito em um Estado (de Direito) de tradição (romano-germânica) legislativa como o Brasil, é papel da teoria da decisão judicial, mais especificamente, reforçar que, de fato, a atividade jurisdicional está sujeita à historicidade do Direito, isto é, a uma restrição que lhe é inevitavelmente superior.

O melhor instrumento que Dworkin coloca à disposição da teoria da decisão judicial em prol da obtenção da resposta correta é a principiologia, melhor dizendo, a necessidade de que todo e qualquer julgamento realizado por juízes e tribunais o seja *por princípios*, e não *por políticas*. Isso, de acordo com a teoria integrativa dworkiniana, tende, por um lado, a colaborar com a produção de respostas coerentes com o Direito posto, por outro, a afastar da aplicação do Direito a insegurança jurídica gerada pela tomada de decisão com base na discricionariedade.

De acordo com o jusfilósofo norte-americano<sup>372</sup>, o Direito como integridade aceita sem reservas o Direito e as pretensões juridicamente asseguradas. Entende que a vinculação ao Direito é benéfica à sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, mas por assegurar aos cidadãos “um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce”. Para além de tudo isso, o direito como integridade proposto por Dworkin sustenta que direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não só quando estão explícitos nas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa.

A teoria da decisão judicial ocupa-se do viés *jurisdicional* (ou *judiciário*) do princípio da integridade política, segundo o qual o ordenamento jurídico deve ser visto pelos juízes, tanto quanto possível, como resultado de um processo legislativo moralmente coerente (viés *legislativo* do princípio da integridade política). O perfil

---

<sup>371</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 686.

<sup>372</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 119-120.

jurisdicional do princípio, ao contrário do convencionalismo<sup>373</sup>, não busca retratar o passado, assim como não se volta para o futuro, tal como o faz o pragmatismo jurídico<sup>374</sup>. Partindo do pressuposto de que afirmações jurídicas são opiniões interpretativas e compreendendo a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento, o direito como integridade proposto por Dworkin volta-se tanto para o passado quanto para o futuro. “Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”<sup>375</sup>.

A teoria da decisão judicial fornece, portanto, com base no princípio da integridade política jurisdicional ou judiciária, a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. Para Dworkin, as proposições jurídicas são verdadeiras se correspondentes ou decorrentes dos princípios de justiça, da equidade e do devido processo legal. Juízes e tribunais, nos casos difíceis, procedem a novos exames, essencialmente interpretativos, da doutrina jurídica, isto é, continuam interpretando o mesmo material que eles próprios afirmam ter interpretado com sucesso. Assim o fazendo, o intérprete adimple a obrigação de respeitar a integridade do Direito e de aplicá-lo coerentemente. O que o magistrado não deve fazer, em hipótese alguma, é tentar descobrir quais decisões o legislador tomou (convencionalismo) ou pensar de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro (pragmatismo jurídico).

O fato de a teoria integrativa de Dworkin ter sido difundida em um ambiente jurídico acolhedor do sistema do *common law* não impede a respectiva ambientação a um território marcadamente abrangido pelo sistema do *civil law*, como o brasileiro. O caráter principiológico da Constituição Federal, a partir do qual a moral encontra espaço no Direito produzido democraticamente, é o maior exemplo de tal compatibilidade. A positivação dos princípios acaba, de um modo ou de outro, institucionalizando a moral no Direito brasileiro. Se o próprio cenário

---

<sup>373</sup> “Segundo o convencionalismo, a moral política não exige respeito pelo passado, de tal modo que, quando a força da convenção se esgota, os juízes devem encontrar, para tomar suas decisões, um fundamento resultante de uma visão prospectiva”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 119.

<sup>374</sup> O pragmatismo jurídico “Oferece uma interpretação muito diferente de nossa prática jurídica: que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo”. *Ibid.*

<sup>375</sup> *Ibid.*, p. 271.



jurisprudencialista cuida, segundo Dworkin, de se livrar das teses convencionalistas e pragmatistas, inclusive da pretensão de substituição do legislador pelo julgador, a partir da historicidade, da tradição, sobretudo da integridade e da coerência do Direito, o que dirá o cenário legislativo, em que a criação do Direito repousa na legalidade qualificada pela constitucionalidade. Portanto, a teoria integrativa do Direito dworkiniana é (e deve ser) da mais alta conta, também, para o sistema jurídico romano-germânico.

Se, na linha de Dworkin, o Direito é um conceito interpretativo, o Direito só é apreendido de forma constitucionalmente correta, segundo tal concepção, se integrado coerentemente na prática jurídica. Avança-se em tal desiderato a partir de uma detalhada fundamentação da decisão judicial que reconstrua o Direito, que descongele os sentidos da norma jurídica, sem em momento algum, no entanto, deixar de levá-la a sério<sup>376</sup>. A resposta inevitavelmente deve corresponder àquela prevista *na* e *pela* Constituição. Nem a melhor, nem a pior: simplesmente a constitucional, conforme persegue a matriz teórica da Crítica Hermenêutica do Direito.

---

<sup>376</sup> “Dizer que as decisões judiciais devem ser controladas (fundamentação da fundamentação, como venho afirmando) não implica uma volta ao exegetismo ou “proibição de interpretar). Interpretar é aplicar. É atribuir sentido. O que quero dizer é que tal circunstância não eleva o intérprete a ‘senhor dos sentidos’ ou a ‘proprietário dos meios de produção das significações’”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 858.

## 6 CONCLUSÃO

O estudo do que hoje se conhece como Estado de Direito remonta à filosofia aristotélica. Não que antes, em Sócrates e Platão, as *leis* não tivessem recebido atenção. É que a submissão inclusive do Estado-monarca às *leis*, sem dúvida, ganha maior encadeamento no pensamento do filósofo estagirita.

Aristóteles deixa nas mãos dos juízes o que não pode constar das *leis*: os casos particulares; segundo o filósofo, o *mínimo possível*. Nem sempre os princípios gerais e as regras são suficientes. Por vezes, é preciso que o homem as supra. De todo modo, o ideal político, em Aristóteles, é a lei, e não uma autoridade. O Estado de Direito deve preferir ao de qualquer outro indivíduo.

O absolutismo monárquico, repudiado por Aristóteles, encontra na Magna Carta de 1215 um estatuto-limitador importante. A coroa continua sobre a cabeça do rei. A relevância repousa no advento do direito público no liberalismo da velha Inglaterra e do parlamento – e do parlamentarismo que o segue. Digno de nota, também, é a pretensão de afastamento da jurisdição da Coroa.

O *Bill of Rights of 1689* passa a garantir não só a autonomia e a independência do parlamento, mas sobretudo a soberania parlamentar no que diz respeito à condução dos negócios públicos. Representa, em verdade, um autêntico e impiedoso contra-ataque legislativo. A filosofia lockeana, afinal, acredita não fazer sentido algum o indivíduo renunciar a um estado de natureza de perfeita liberdade e igualdade para, ao invés de *leis excelentes*, vir a se submeter, na sequência, a uma só pessoa. Por isso, cabe ao legislador estabelecer normas que sirvam de norte à resolução dos pleitos e controvérsias.

Montesquieu, semelhantemente, defende que a realidade social é e deve ser regida por leis. O legislador é o que melhor representa o espírito da nação. As leis, para o barão, trazem liberdade e segurança. Mas, para tanto, é preciso que o poder limite o poder. E isso só é alcançável quando o poder não se concentra na mesma pessoa. Do contrário, é questão de tempo para que o poder político não se curve à lei, para que não se consolide o Estado de Direito.

A história revela que a consagração do Estado de Direito em terras inglesas repercute mais em termos de governança do que propriamente para o Direito em si. Faz-se imprescindível, à certa altura, materializarem-se em atos legislativos princípios gerais e regras para que o monarca se submeta ao império da lei.

Sem dúvida, com a consolidação do Estado de Direito, a lei sobressai-se mais legislativa. Porém, na Inglaterra, a lei é apenas mais uma fonte jurídica da qual se lança mão para, em um primeiro momento, limitar o poder do rei em nome da liberdade dos cidadãos frente ao Estado e, em um segundo momento, retirar o governo das mãos do monarca e transferi-lo ao legislativo. Tão relevante missão não representa o afastamento da então já milenar tradição jurídica anglo-saxã. Não há, em absoluto, rompimento com o passado jurídico materialmente costumeiro e contínuo e legitimamente judicial, que tem na liberdade, principalmente, algo que lhe é natural. A lei que governa as decisões dos tribunais é a lei comum, a da terra; uma lei existente independentemente da vontade de qualquer pessoa, vinculante e desenvolvida no seio do tribunal.

Para Dicey, a Constituição, em território britânico, é objeto de contínua construção pretoriana. O Direito inglês é aquilo que o juiz diz que é, e não o que o legislador diz ser. Os ingleses concentram-se em fornecer soluções para a aplicação de direitos específicos ao invés de legislar direitos. A superioridade é a da *law of the land* aplicada pelos tribunais, e não a da lei legislada.

Em Bingham, o estado de direito é um princípio segundo o qual todas as pessoas e autoridades do Estado, públicas ou privadas, estão submetidas à lei devidamente publicada e em vigor; e mais, que expressa que questões de direito e de responsabilidade legal devem ser resolvidas pela aplicação da lei e não pelo exercício da discricção. Nenhuma discricção deve ser irrestrita a ponto de se tornar arbitrária. Nenhuma discricção é legalmente irrestrita. De acordo com o magistrado inglês, as sociedades geralmente definem padrões que devem ser seguidos.

A *Sovereignty of Parliament* permanece prestigiada em Rousseau. É no parlamento que o poder de ditar os rumos da nação é efetivamente exercido. As autoridades, principalmente as judiciais, devem, em qualquer situação, seguir, sem excessos, as diretrizes legislativas. Segundo Rousseau, o *contrato social* elege o Poder Legislativo como efetivo protagonista estatal. Criado está o órgão autor do Direito (*ius quia iussum*). A lei, conseqüentemente, é a fonte, por excelência, do Direito.

Na sequência, o *État de Droit* entra em cena para impor limites ao poder do Estado e, em particular, conter o ímpeto parlamentar. Sujeita a legislação a regras constitucionais. Consolidada está (um)a estrutura hierárquica de normas.

É em um cenário estatal do Direito que se desenvolve o conceito de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) em terras alemãs. Kant, a influência filosófica, não se ocupa das

relações que as pessoas estabelecem sob o olhar da lei, mas da estrutura social constituída pelas leis e que formam o Estado.

Kelsen, em seguida, estabelece que o *Rechtsstaat* deve ser concebido como uma ordem constitucional superior, que, dentre os respectivos atributos, o maior está na imposição de limites ao poder legislativo. *Rechtsstaat*, para o jurista austríaco, deve refletir a soberania do sistema jurídico. O Estado, em todas as respectivas formas de expressão, deve, com efeito, sujeitar-se ao princípio político do poder exclusivo da lei. Aqui o Parlamento é central, mas não soberano. O caminho para eventual necessidade de restabelecimento do sistema jurídico é a revisão judicial.

Dworkin, por sua vez, atribui ao Estado de Direito duas concepções, uma centrada no texto legal, a outra centrada nos direitos. A diferença entre uma e outra está em que a primeira compreende Estado de Direito afastado da questão de justiça substantiva. Apesar das diferenças, ambas colaboram para uma comunidade política melhor, segundo o jusfilósofo, se os tribunais respeitarem as regras publicadas previamente e as instituições jurídicas cumprirem os direitos dos cidadãos. A concepção *centrada nos direitos*, evidentemente, revela maior complexidade porque compreende pelo menos um tipo de questão política a existir/incidir nos casos difíceis.

A teoria da separação dos poderes, acomodada sob a batuta do legislador prudente, ganha de Aristóteles as primeiras pinceladas. Locke segue no mesmo trilho, reconhecendo a supremacia do poder legislativo sobre todos os outros. Em Montesquieu, o legislativo ganha *status* de poder moderador dos demais; por espelhar o espírito do povo, é o guardião das próprias leis. Já o poder de julgar deve resumir-se a reproduzir as palavras da lei. Semelhantemente, Kant defende a supremacia do Poder Legislativo sobre os outros dois poderes, por representar, aquele, a vontade coletiva do povo e dele provir, conseqüentemente, o Direito.

As antíteses ao positivismo clássico não deixam de representar, em verdade, propostas de releitura da teoria da separação dos poderes ao pregarem, com efeito, a abertura metodológica do Direito além texto da lei. Retiram da lei, logo, do legislador, o monopólio da produção do Direito. O juiz passa a ser o protagonista. É a vontade do juízo que acaba, de todo modo, afirmando o sentido da lei. A política passa a ser um atributo do Poder Judiciário.

O ordenamento jurídico brasileiro absorve o teleologismo de Ihering na norma do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ocorre que, tal como

o positivismo clássico, a jurisprudência dos tribunais não inibe a adoção de juízos de valor; logo, a diferença é que o judiciário assume o lugar do legislativo.

Bülow, um entusiasta da abertura do sistema jurídico à realidade *fora do texto* e teórico da independência do direito processual frente ao direito material, contribui para a releitura da teoria da separação dos poderes ao creditar à sentença eficácia constitutiva do Direito, inclusive a respectiva insubmissão ao direito posto, se necessário, no caso concreto, em nome da plena realização dos valores humanos.

A teoria monista do ordenamento jurídico prega, igualmente, a participação do processo judicial na criação de direitos subjetivos e obrigações. O Direito, aqui também, é fruto da criação judicial. Para os unitaristas, o direito material não resolve as situações conflitivas. Necessita do processo para complementar o comando abstrato previsto na norma jurídica.

A releitura da teoria da separação dos poderes ressurgiu fortemente em Kelsen. Para o jurista austríaco, não são três, mas duas as funções estatais básicas: a criação e a aplicação do Direito. Logo, todos os poderes criam normas jurídicas gerais. E se assim o é, a norma jurídica só é *individualizada* na sentença. O juiz é elevado à categoria de criador do Direito à medida que lhe é atribuída a tarefa de afirmar o sentido da lei por vontade própria.

O caráter instrumental atribuído ao processo judicial tem como pano de fundo a proposta de pormenorizar, sobretudo no Brasil, o Direito democraticamente legislado a título de escopos sociais, políticos e jurídicos (metajurídicos).

O neoconstitucionalismo, da mesma forma, fortalece o protagonismo judicial. Replica mais especificamente a Jurisprudência dos Valores (desenvolvida em resposta a evento vivenciado em terras alemãs), que, para combater o positivismo legalista, aposta no Direito como fruto da subjetividade do intérprete.

A *Lógica do Razoável*, de Recaséns Siches, também confere ao juiz a tarefa de definição do Direito. Trata-se de um método de interpretação – pretensamente único – que busca superar outros de acabamento lógico-dedutivo, de sorte a prevalecerem os valores que inspiraram a elaboração da lei. A releitura da teoria da separação dos poderes reside na proposta de decisão judicial orientada por valores discricionariamente apurados pelo julgador.

Por *forças extraparlamentares de criação do Direito* se tem o que há de mais contundente em termos de proposta de releitura da teoria da separação dos poderes. Para Neumann, as mudanças sociais não podem permanecer reféns da classe média

(burguesa) que participa em número significativo do processo de criação das leis gerais. A jurisdição é vista como a força extraparlamentar, por excelência, no processo de criação do Direito, sem a qual o Judiciário se entrega à sorte do que legislar a classe dominante. Barroso é *outro jurista que aposta no caráter político da função jurisdicional, que, segundo ele, deve proceder a uma leitura moral da Constituição*. Defende, inclusive, a existência de uma terceira modalidade de poder constituinte, qual seja, a mutação constitucional.

O legislador brasileiro elege a normatização como instrumento capaz de controlar a decisão afeta às mais diversas autoridades. Para além da norma dos parágrafos do artigo 489 do Código de Processo Civil, a mais recente incursão legislativa, no particular, inclui uma dezena de artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no mesmo sentido.

As inclusões promovidas pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, têm como escopo atribuir segurança jurídica e estabilidade às relações jurídicas de direito público, mais propriamente, dedicar-se ao tema da gestão pública, e práticas administrativas correlatas. A hermenêutica e um desprezioso esboço de uma teoria ou método aplicável à decisão estatal são temas que acabam incorporando, de vez, a norma de *supradireito* brasileira.

Ocorre que, ao referir que o mote normativo é dispor “sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, logo se vê que o legislador brasileiro não só acredita que o julgador, íntegro, no caso, o poder de Estado que for, cria Direito, mas também adere ao conceito abstrato-universalizante de norma difundido pelo positivismo normativo em que o julgador a aplica ao caso concreto como um ato de vontade.

Todavia, na esteira da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, com apoio, por sua vez, na filosofia hermenêutica de Heidegger, na hermenêutica filosófica de Gadamer e na teoria integrativa de Dworkin, o fato de não se excluir a subjetividade inerente a qualquer atividade compreensiva e o fato de que é impossível que um texto abarque todas as possibilidades aplicativas não impedem o intérprete de buscar a resposta correta, adequada, pois, à Constituição.

A combinação *valores jurídicos abstratos-consequências práticas* acaba deixando nas mãos dos tribunais a realização de valores materiais e promove a instrumentalização do Direito.

Não há um compromisso previamente estabelecido capaz de amparar o

processo de criação democrática do Direito. Não há uma teoria da interpretação propriamente dita, explorada fenomenologicamente. Os congressistas brasileiros têm atacado tão somente as consequências deletérias à autonomia do Direito provocada pela colocação do problema hermenêutico na subjetividade do intérprete e na objetividade de sentido que se trata de compreender.

A Lei n. 13.655 traz, outrossim, uma nova tentativa (*alexiana*) de racionalizar o subjetivismo que ela mesma difunde. Diz-se tentativa porque não chega nem ao menos a estabelecer vinculações (à lei, ao precedente e à dogmática) para as questões valorativas. Nenhuma associação com a teoria do direito é estabelecida. Insiste-se na vã tentativa de “racionalizar” o discurso jurídico com base em valorações-de-valorações.

A inexistência de balizas jurídicas reforça o consequencialismo, logo, enfraquece ainda mais a autonomia do Direito. Não age como um jurista propriamente dito o julgador que coloca questões econômicas acima do Direito. Segundo Dworkin, o Estado-juiz preserva a democracia, a segurança jurídica e a coerência quando argumenta por princípio, e não por política. Decisões pessoais e originais e que refletem a moralidade política do julgador não sofrem a influência das tradições jurídicas. Ao depois, o julgador não tem necessariamente consciência do valor econômico das regras, ou que o reconhece como um argumento favorável; o julgador avalia apenas o bem-estar daqueles cujos direitos abstratos estão em jogo, e não os custos ou benefícios para a comunidade.

A Lei n. 13.655 também incorpora a regra de ponderação ou lei do sopesamento alexiana. Ocorre que, consoante advertência de Streck, a ponderação, por se tratar de uma teoria da argumentação de cunho procedimental, não substancial, não prescreve a posição que seria mais adequada. De maneira alguma uma lei que se proponha incluir em um *norma-sobre-normas* disposições em prol da segurança jurídica contribui para tanto lançando mão de princípios que conferem liberdade aplicativa.

Inglaterra, berço do “Direito Comum”, e Estados Unidos têm cada vez mais lançado mão de leis escritas sobretudo em matéria de políticas públicas e países como o Brasil, de tradição jurídica eminentemente romano-germânica, têm cada vez mais se valido da aplicação de precedentes. Sucede que a importação da cultura de precedentes, no caso do Brasil, tem conduzido os tribunais a se tornarem legisladores *ad hoc*. Ao fixarem teses a partir de determinados julgamentos, nada mais promovem

do que enunciados gerais e abstratos prospectivos com valor de lei. Não é levado em consideração, na esteira da autêntica tradição da *common law*, a questão de fato pretérita reconhecida como vinculante, tampouco que, hermeneuticamente, só se pode compreender o texto a partir da situação concreta em que produzido. Resultado disso é a disseminação da compreensão, no Brasil, de que o Direito é aquilo que os magistrados dizem que é. O que leva juízes e tribunais a decidirem conflitos como bem entendem, arbitrariamente, sem demonstrarem *comprometimento algum com as leis, casos e doutrinadores citados, mas estreita e nefasta relação com posturas personalistas, irracionais, meramente opinativas.*

O Estado de Direito recebe teorização da doutrina especializada. Dele também decorre o princípio de que o controle da atividade jurisdicional é exercido pelo Estado de acordo com o Direito. Em um Estado de Direito de índole romano-germânica, a proposta de uma teoria para a decisão judicial para a respectiva controlabilidade deve encontrar-se estruturada a partir dos atos legislativos democraticamente convencionados.

O Estado de Direito, no Brasil, é eminentemente legislativo porque é reflexo de uma longa tradição. O Estado de Direito é o ponto de referência de todo e qualquer ato de autoridade, é o instrumento de que devem se valer juízes e tribunais, mais especificamente, como afirmação do Direito afirmado coletivamente.

Há atributos que auxiliam o Estado de Direito na tarefa de constranger o poder. O principal deles é o da *segurança jurídica*. Desse atributo, com efeito, decorrem a *legalidade* e a *irretroatividade das leis*. Em um Estado que se julga como sendo de Direito, cujas origens deitam raízes no liberalismo inglês e no movimento iluminista como um todo, o cidadão, o carente, o investidor, o administrado, o jurisdicionado, deve estar plenamente seguro de que, ao se socorrer ou se encontrar submetido ao contencioso judicial obterá uma resposta de acordo com o Direito democrático e previamente construído; na ausência de prescrição a respeito, deve estar certo o indivíduo de que a resposta retratará fielmente o perfil decisório delineado no ordenamento jurídico, sem voluntarismos judiciais.

Perde força toda sensação de segurança (jurídica) identitária do Estado de Direito à medida que o poder jurisdicional, e não o Direito posto, procura se colocar na condição de melhor corresponder às expectativas de uma sociedade complexa, plural, flexível.

A ideia de Direito sem Estado tende a ignorar por completo o papel do Estado-



juiz, porta-voz do caráter contramajoritário do Direito, dos direitos fundamentais dos cidadãos. É no âmbito judicial, essencialmente, que o Estado de Direito ganha o palco mais destacado de atuação.

Não são instrumentos político-jurídicos que buscam restabelecer o equilíbrio entre os três poderes que auxiliarão na construção de uma teoria da decisão judicial. É com a Teoria do Direito que se deve trabalhar soluções e ajustes para o correto exercício da atividade judicial. Ocupar-se da teoria do estado de direito e da teoria da separação do poderes é o caminho para que não se avenge usurpar das prerrogativas constitucionais de um poder sobre outro, para que não se instale um verdadeiro estado de absurdidade protagonizado pelo Poder Judiciário.

Conclui-se, assim, que o Estado de Direito é um princípio jurídico que deve nortear toda interpretação hermenêuticamente correta da regra pelo órgão judicial. No contexto da matriz teórica da Crítica Hermenêutica do Direito, toda regra depende da interferência de um princípio para a respectiva interpretação; toda norma, produto da interpretação da regra jurídica, é interpretada a partir da respectiva materialidade principiológica. Não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra. Nessas condições, o princípio constitucional do estado de direito, a que se refere expressamente o artigo 1º da Constituição Federal, somente se realiza a partir de uma regra que estiver sendo aplicada em algum caso.

No Brasil, a história do Direito que o princípio do estado de direito reflete provém do Direito legislativo, em que a sociedade, pelos respectivos representantes, deposita nos atos legislativos a tarefa de criação do Direito. Qualquer outra forma de criação do Direito, portanto, contraria a historicidade do sistema jurídico europeu-continental tradicionalmente aderido em terras brasileiras.

Elege-se, portanto, o (princípio do) Estado de Direito de perfil europeu-continental a parâmetro máximo da decisão judicial, de modo a afastar do cenário judiciário brasileiro as deletérias consequências que a elevação do poder de julgar à categoria de personagem principal traz à harmonia entre os poderes e à sociedade em geral, à autonomia do Direito e à democracia.

A elevação do princípio do estado de direito a parâmetro, por excelência, de toda a atividade estatal sugere o reconhecimento de que, em um sistema jurídico de caráter romano-germânico, a lei consiste no principal instrumento de conformação das mais diversas relações jurídicas.

Ambiciona-se, aproveitando-se da Crítica Hermenêutica do Direito, identificar

no princípio do estado de direito o principal critério objetivo para a conformação judicial do Direito, afastando da atividade jurisdicional posturas casuísticas do juiz que remontam à filosofia da consciência e a teoria da argumentação, ao fim e ao cabo, a indesejada interpretação discricionária e a representação mental de que o magistrado pode fazer uso de argumentos de moralidade ao dirimir os litígios.

Tanto a hermenêutica filosófica, como a teoria integrativa dworkiniana tratam adequadamente de uma teoria da decisão. Ocupam-se, pois, da validade normativo-jurídica do concreto juízo decisório e não admitem várias respostas para cada problema jurídico.

Streck propõe uma teoria da decisão judicial construída a partir de um conjunto de cinco princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição. *Identifica-se* um denominador comum entre eles: o Estado de direito legislativo.

Não faz sentido buscar-se *preservar a autonomia do Direito* senão a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, em que a política encontra no Direito (na Constituição) efetivo controle/limitação.

O princípio do controle hermenêutico da interpretação constitucional encontra no Estado de Direito a deferência necessária à imposição de limites às decisões judiciais.

O princípio do efetivo respeito à integridade e à coerência do direito estabelece barreiras contra a fragmentação inerente às teorias pragmatistas em nome da preservação da democracia e do conjunto do Direito.

O princípio do dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação decorre do entendimento segundo o qual a hermenêutica em um Estado Democrático de Direito não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente.

O princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada pressupõe o respeito à autonomia do Direito produzido democraticamente.

De fato, não há como conceber uma teoria da decisão jurídica senão a partir do preceito que conforma toda a ordem jurídica. E no Brasil, tal preceito identifica-se como Estado de Direito legislativo.

Ao mesmo tempo em que o princípio do estado de direito legislativo estabelece que a criação do Direito é tarefa afeta ao Poder Legislativo, a Constituição Federal age em proteção da tradição sistemático-jurídica romano-germânica.

Não há como teorizar a decisão judicial sem estabelecer as devidas condições hermenêutico-filosóficas para o respectivo controle. A hermenêutica filosófica, ao conciliar teoria e prática, relacionando, a partir de uma circularidade (círculo hermenêutico), conhecimento teórico e conhecimento prático, discute, em teoria do direito, questões relativas à *legitimidade* da decisão judicial.

A hermenêutica enxerga o Direito como um processo inacabado que, ao ser aplicado, almeja respostas corretas, sem, no entanto, abrir mão da autoridade da tradição e da importância do texto.

A decisão judicial encontra limites porque assim os estabelecem a hermenêutica filosófica e a teoria integrativa de Dworkin. Nenhuma outra teoria hermenêutica (tradicional) assim o faz porque, diferentemente daquelas, ao não superar o esquema sujeito-objeto, não leva em consideração a questão da *applicatio*.

Uma teoria da decisão que se proponha a, caso a caso, descortinar a resposta constitucionalmente correta deve lançar mão de argumentos de princípio (constitucional), e não de política *lato sensu*. Não há como se obter a resposta constitucionalmente correta independentemente da integridade e da coerência da decisão judicial sobretudo para com o Direito democraticamente legislado. Uma teoria da decisão judicial que se preze, constitucionalmente adequada, há de se afastar de juízos de ponderação. A teoria da decisão pressupõe, ademais, compreender que a norma jurídica não carrega consigo todas as hipóteses de aplicação, tal como se coubesse ao juiz-intérprete adotar a que mais lhe pareça apropriada.

Seguir à risca o dispositivo legal significa agir de acordo com a *legalidade qualificada pela constitucionalidade*. Não se deve seguir a lei tão somente quando ela estiver maculada de inconstitucionalidade.

Critérios de moralidade não têm o condão de afastar o texto legal democraticamente edificado porque no Estado Democrático de Direito a moral é concomitante ao Direito, é inerente à *linguagem pública* estabelecida. O controle democrático das decisões judiciais passa pela adoção de um conceito interpretativo do Direito a partir do qual a lei é interpretada de acordo com a historicidade do Direito, sem margem para decisões que, partindo da cisão epistemológica entre direito e moral, se utilizam de “princípios” para corrigir o Direito posto.

A teoria da decisão judicial vem justamente em defesa do Direito tradicionalmente concebido em terras brasileiras na medida em que busca estabelecer

critérios/parâmetros que permitam juízes e tribunais trabalharem no interior dos marcos constitucionais e infraconstitucionais.

O ponto de partida da decisão judicial, de acordo com a teoria jurídica que dela se ocupa, é o Direito democraticamente legislado; já o ponto de chegada corresponde àquilo que é preconizado *na e pela* Constituição. A Constituição estabelece a resposta correta. A resposta correta está na Constituição.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: António de Castro Caeiro. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. Livro eletrônico.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011. Livro eletrônico.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. *In*: MARTINS, Ives Granda; MENDES, Gilmar Ferreira; Nascimento, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Livro eletrônico não paginado.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro eletrônico.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 25-26, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 15 fev. 2021.
- BINGHAM, Tom. **The rule of law**. London: Penguin Books, 2011. Livro eletrônico.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 43. Livro eletrônico.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998. v. 1.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.
- BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. *In*: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998. v. 1.
- BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. Nacionalismo. *In*: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília,

DF: UNB, 1998. v. 1.

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. Contratualismo. *In*: BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: UNB, 1998. v. 1.

BONGIOVANNI, Giorgio. Rechtsstaat and constitutional justice in Austria: Hans Kelsen's contribution. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The rule of law**. History, theory and criticism. Dordrecht: Springer, 2007. (Law and Philosophy Library, v. 80). Livro eletrônico.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Câmaras de Coordenação e Revisão. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Nota técnica conjunta n. 1/2018**. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7750630&ts=1594381637846&disposition=inline>. Acesso em: 15 fev. 2021. p. 4.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais**. Tradução e notas: Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: LZN, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, Antonio Manuel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 23, n. 91, p. 135-140, jul./set. 1986. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496823>. Acesso em: 20 maio 2020.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Tradução: Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. v. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 3.

CÍCERO, Marcus Tullius. **Das leis**. Tradução: Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

CÍCERO, Marcus Tullius. Murder trials. Tradução: Michael Grant. London: Penguin Books, 1975. não paginado. Livro eletrônico.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo. Malheiros, 2011.

COHEN, David, **Law, violence, and community in classical Athens**. New York: Cambridge University Press, 1995.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. Indianápolis: Liberty, 1982. Livro eletrônico.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Reflexões sobre direito e processo**. São Paulo: Justitia, 1970.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FRANÇA. Assembleia Nacional Constituinte. **A declaração dos direitos do homem e do cidadão**. Brasília, DF, 13 jan. 2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 5 jul. 2020.

FRÄNDBERG, Åke. **From rechtsstaat to universal law-state**. An essay in philosophical jurisprudence. Springer, 2014. Livro eletrônico.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOZZI, Gustavo. Rechtsstaat and individual rights in german constitutional history. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The rule of law**. History, theory and criticism. Dordrecht: Springer, 2007. p. 248. (Law and Philosophy Library). Livro eletrônico.

GROSSI, Paolo. **L'Europa del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2011.

GROSSI, Paolo. **A history of european law**. Tradução: Laurence Hooper. London: Wiley-Blackwell, 2010. Livro eletrônico.

GROSSI, Paolo. **L'Europa del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2011. Livro eletrônico.

GROSSI, Paolo. **Prima lezione di diritto**. 16. ed. Roma: Laterza, 2010. Livro eletrônico.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HART, Herbert Lionel Adolphus. American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. Essays in jurisprudence and philosophy. **Georgia Law Review**, [S. l.], v. 11, n. 5, 1 set. 1977. Disponível em: [https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures\\_pre\\_arch\\_lectures\\_sibley](https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley). Acesso em: 10 fev. 2021.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão,

1985, v. 1.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Livro eletrônico.

HAYEK, Friedrich August von. **The constitution of liberty**: the definitive edition. Chicago: The University Of Chicago Press, 2013. Livro eletrônico.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução: José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bragança Paulista: Vozes, 2013. Livro eletrônico.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do estado**. Tradução: Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAQUIÈZE, Alain. État de droit and national sovereignty in France. *In*: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The rule of law**. History, theory and criticism. Dordrecht: Springer, 2007. (Law and Philosophy Library, v. 80). Livro eletrônico.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 3. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEWIS, Thomas T. **The Bill of Rights**. Pasadena: Salem Press, 2002. não paginado. Livro eletrônico.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. v. 1. Livro eletrônico.

MARQUES NETO, Floriano *et al.* **Resposta aos comentários tecidos pela consultoria jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. [S. l.], 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2021.

MARQUES NETO, Floriano; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/18**. Lei da Segurança para a Inovação Pública. Belo Horizonte: Forum, 2020.



MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. não paginado. Livro eletrônico.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Bosch, 1979.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. Hermenêutica e decisão judicial: em busca de respostas adequadas à constituição. **Derecho y Cambio Social**, [S. l.], v. 12, n. 40, abr./jun. 2015. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista040/INDICE.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008.

NEDZEL, Nadia E. Rule of law v. legal state: where have we come from, where are we going to? In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARENBOIM, Peter D. (ed). **The legal doctrines of the rule of law and the legal state (rechtsstaat)**. Dordrecht: Springer, 2014. (Ius gentium: comparative perspectives on law and justice, v. 38). Livro eletrônico.

NEUMANN, Franz. **O Império do direito**. Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. Tradução: Rúrion Soares Melo. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013.

NEUMANN, Franz. **The democratic and the authoritarian state**. Essays in political and legal theory. New York: Free Press, 1964.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Ed. Almedina, 2006.

NUNES; Dierle José Coelho; DELFINO Lúcio. Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 Set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada>. Acesso em: 10 jan. 2021.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2001..

PEDRON, Flavio Quinaud; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Crença da

mutação constitucional, aplicada pelo STF, é equivocada. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 dez. 2017. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada#_ftn1). Acesso em: 26 jan. 2021.

PINTO, Gerson Neves; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Os precedentes vinculantes e o problema da contingência ontológica do direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 1, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v24i1>. Acesso em: 20 jan. 2021.

PLATÃO. **As leis** 1. ed. Brasília, DF: IDP, 2004. Livro eletrônico.

PLATÃO. **Diálogos**. Apologia de Sócrates, Critão, Menão, Hípias Maior e outros. Tradução: Carlos Alberto Nunes. Universidade Federal do Pará: 1980.

RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality**. New York: Oxford University Press, 1979.

RECASÉNS SICHES, Luís. **Introducción al estudio del derecho**. 12. ed. México: Porrúa, 1997.

RILEY, Patrick. **The philosopher's philosophy of law from the seventeenth century to our days**. Dordrecht: Springer, 2009. (A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, v. 10). Livro eletrônico.

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

RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Patrícia Spagnolo Parise. O papel das forças extraparlamentares no processo de criação do direito: o juiz, o ativismo e a democracia. **Cadernos de Dereito Actual**, [S. l.], n. 13, 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. Tradução: Maria Lacerda de Moura. [S. l., 2020?], Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Princípios do direito político. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. não paginado. Livro eletrônico).

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

STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 634, jul./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Estamos condenados a interpretar. **Estadão**, São Paulo, 27 maio 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica->

juridica-streck/. Acesso em: 31 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 858.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-devercoerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 15 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 set. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista>. Acesso em: 13 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 206, p. 33-51, abr. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdfsequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 jan. 2021.

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

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes? Uma proposta aos ministros Schietti, Mussi e Sebastião. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schietti-mussi-sebastiao>. Acesso em: 27 fev. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Se o Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-vozs-ruas-qual-valor-constituicao>. Acesso em: 26 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Um sintoma do atraso de nosso Direito: acreditar que basta estar na lei. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 jul. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-17/senso-incomum-sintoma-nosso-atraso-nao-basta-estar-lei>. Acesso em: 12 fev. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, O pamprincipiologismo e a flambagem do direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 out. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 13 jan. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha lei de introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**: desafios de uma sociedade democrática. Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

SUNSTEIN, Cass Robert. **A Constitution of many minds**: why the founding document doesn't mean what it meant before? Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 123.

TAMANAH, Brian Z. **On the rule of law**. History, politics, theory. New York: Cambridge University Press, 2004. Livro eletrônico

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: [https://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari\\_.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa%20Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 8 abr. 2021.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**. Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. não paginado. Livro eletrônico.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 39, abr. 2014.

TESHEINER, José Maria Rosa. Direito material e processo – monismo e dualismo. Porto Alegre: **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, 19 ago. 2008. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/62-artigos-ago-2008/5931-direitoma-terial-e-processo-monismo-e-dualismo>. Acesso em: 15 jan. 2021.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo**: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; Streck, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

UNITED KINGDOM. **English Bill of Rights 1689**. New Haven: Yale Law School, 2008. Disponível em: [https://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/england.asp](https://avalon.law.yale.edu/17th_century/england.asp). Acesso em: 19 maio 2020.

UNITED KINGDOM. **English translation of Magna Carta**. London, 28 jul. 2014. Disponível em: <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>. Acesso em: 15 maio 2020.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000. p. 135-136.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **Desenvolvimento sustentável na era das**

**mudanças climáticas: um direito fundamental.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **Estado de direito contemporâneo: reflexões críticas.** 1. ed. Blumenau: Dom Modesto, 2020.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco; SARAIVA, Isaac Ronaltti Sarah da Costa (org.). **Estado de direito contemporâneo: reflexões críticas.** 1. ed. Blumenau: Dom Modesto, 2020.