

## NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E OS LIMITES INTERPRETATIVOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO

## NEOCONSTITUTIONALISM IN BRAZIL AND THE INTERPRETATIVE LIMITS IN THE APPLICATION OF THE LAW

Vinícius Carvalhal dos Reis Novais \*

### Resumo

O advento do neoconstitucionalismo deu azo a uma nova práxis jurídica no Brasil, no seio da qual os agentes operadores do Direito anunciaram que já não estavam inexoravelmente adstritos ao texto da lei *stricto sensu*. O referido fenômeno, por conseguinte, empoderou o Poder Judiciário, o que descambou em certo protagonismo judicial: este, por sua vez, mostrou-se terreno fértil para práticas como o ativismo judicial e para fenômenos como a judicialização da política, nos quais o Judiciário nem sempre “diz o Direito” de forma imparcial e independente das pressões exógenas. O objetivo deste artigo é, a uma, avaliar se o neoconstitucionalismo inovou para além do significado de seu prefixo, e, a duas, se ele institucionalizou uma forma de se operar o Direito de modo a consolidar a autonomia científica deste, sem descurar dos postulados de uma democracia. Para tanto, pretende-se revisar a literatura doutrinária, perscrutando a historicidade do fenômeno jurídico no contexto da ascensão e da queda do positivismo jurídico até o advento do neoconstitucionalismo. Utilizar-se-á como farol as obras de Lênio Luiz Streck, para quem, no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, para cada caso concreto há tão somente uma resposta (decisão) e esta deve ser adequada à Constituição. Por fim, pretende-se analisar, por meio de um *leading case* do Supremo Tribunal Federal, se esse alardeado desprendimento das amarras legais produz melhores decisões (mais concretizadoras de direitos fundamentais) do que aquelas proferidas num contexto de maior vinculação do julgador ao texto das norma, em especial à Constituição.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo. Protagonismo judicial. Positivismo jurídico. Ativismo judicial. Interpretação do Direito. Estado Democrático de Direito.

### Abstract

The advent of neoconstitutionalism has given rise to a new legal practice in Brazil, within which the law professionals agents announced they were no longer inexorably

---

Artigo submetido em 21 de Maio de 2018 e aprovado em 10 de Julho de 2018.

\* Pós-Graduando do Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Público da PUC Minas e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (2013). Ocupante do cargo efetivo de Analista-técnico/Especialidade Jurídica no Ministério Público do Estado da Bahia. E-mail: vicareno@gmail.com.

attached to the text of the law in its strict sense. Said phenomenon therefore empowered the Judiciary, which descended in certain judicial protagonism: this, in turn, proved to be a fertile ground for practices such as judicial activism and phenomena such as the judicialization of politics, in which the judiciary does not always "says the Law" impartially and independently of outside pressures. The purpose of this article is, the one, to assess whether the neoconstitutionalism innovated beyond the meaning of its prefix, and two, if it institutionalized a way to operate the law in order to consolidate the scientific autonomy of this, without neglecting the postulates of a democracy. To do so, we intend to review the doctrinal literature, looking at the historicity of the legal phenomenon in the context of the rise and fall of legal positivism until the advent of neoconstitutionalism. The work of Lênio Luiz Streck will be used as a beacon, for whom, in the context of Contemporary Constitutionalism, for each concrete case there is only one answer (decision) and it must be adequate to the Constitution. Finally, we intend to analyze, through a leading case of the Brazilian Supreme Court, if that vaunted detachment from legal restraints produces better decisions (in order to materialize the fundamental rights) than those given in the context of closer ties of the judge to the text of the Constitution.

**Keywords:** Neoconstitutionalism. Judicial protagonism. Legal positivism. Judicial activism. Law's hermeneutics. Legal Democratic State.

## 1 INTRODUÇÃO

No dia-a-dia da prática judiciária sói ser dito, em tom academicista, que o jurista contemporâneo não deve se ater à "letra fria da lei" no seu atuar. Causa espécie a conotação pejorativa que se atribui à lei: é como se ela fosse um problema em si mesma, e não constituísse um instrumento genuinamente democrático e imprescindível à própria concretização de direitos. Todavia, rechaçar a adstrição do jurista-intérprete ao texto normativo se tornou um verdadeiro lugar-comum, justamente porque repetido de modo geralmente irrefletido.

Essa aparente repulsa apriorística à "letra da lei" que ainda vigora, parece ter advindo de um movimento reativo aos horrores do nazi-fascismo sucedidos no século XX, onde os agentes desses regimes totalitários perpetraram atrocidades humanitárias sob o pálio de leis em sentido estrito. Basta recordar a figura de Adolf Eichmann, que por se reconhecer como um mero cumpridor de ordens "legais" no contexto da Alemanha de Hitler, participava da engrenagem mortífera daquele Estado de modo impessoal, autômato, o que refletiu, inclusive, na ausência de remorso por ocasião de seu julgamento, onde foi confrontado com provas que davam conta de sua participação ativa em crimes bárbaros<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ADOLF EICHMANN. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Adolf\\_Eichmann&oldid=50569051](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Adolf_Eichmann&oldid=50569051)>. Acesso em 05/02/2018.

Sucedeu, entretanto, que no pós-Segunda Guerra se operou uma mudança paradigmática no Direito, a partir da concepção de Constituição normativa. O valor normativo supremo da Constituição não surge, de pronto, como uma verdade autoevidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política (BRANCO; MENDES, 2016, p. 53). O neoconstitucionalismo, caracterizar-se-ia, por conseguinte, pela superação da supremacia do Parlamento, instante que marca a superioridade da Constituição, à qual se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade.

Complementarmente, nos dizeres de Lênio Luiz Streck (2017, p. 145), pode-se dizer que o neoconstitucionalismo foi concebido como reação ao legado de angústia deixado pela Segunda Guerra Mundial, onde houve severas restrições de direitos amparadas pela legalidade, visando, portanto, à construção de um modelo de Direito não mais pensado sob a perspectiva positivista.

Por outro lado, o advento desse constitucionalismo contemporâneo, no qual a normatividade da Constituição parece ter o seu resplendor, trouxe consigo certa limitação ao âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas, seja pela vinculação do legislador aos preceitos constitucionais (STRECK; MORAIS, 2013, p. 107), seja pelo **protagonismo judicial** decorrente da assunção pelo juiz constitucional de parcela mais considerável de poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo (BRANCO; MENDES, 2016, p. 53), haja vista caber à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição. Os próprios corifeus do neoconstitucionalismo parecem reconhecer o ovo da serpente que isso representou: os postulados ético-morais, incorporados ao ordenamento por meio dos princípios jurídicos, são definidos pelos juízes constitucionais, os quais nem sempre dispõem de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no sistema jurídico. A questão que se impõe é saber se, de fato, o mister de desvelar a juridicidade dos princípios jurídicos caberia ao órgão julgador, ou, noutras palavras, se não há limites à atuação (criativa) dos operadores do direito na aplicação da norma jurídica (entendida como regras e princípios).

Eis o busílis da questão e o que justifica o mergulho nos problemas decorrentes desse aparente paradoxo na prática jurídica que se tem visto no Brasil, razão pela qual se pretende, por meio do método dedutivo, avaliar algumas consequências e eventuais distorções decorrentes do ativismo judicial no seio de um Estado Democrático de Direito, bem como fazer

uma análise pontual de um importante julgado do Supremo Tribunal Federal onde o órgão de cúpula do nosso ordenamento jurídico decidiu *contra legem* e de modo consequencialista, ao invés de fazê-lo de conformidade com o texto da norma.

## **2 (PÓS)POSITIVISMO JURÍDICO E (NEO)CONSTITUCIONALISMO: O DIREITO NO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL**

### **2.1 Positivismo jurídico “a.K. e d.K.”<sup>2</sup>**

Para que se compreenda a emersão disso que se chama pós-positivismo na doutrina jurídica, bem como suas inter-relações com o fenômeno do neoconstitucionalismo, faz-se mister analisar os porquês dessa necessidade de ruptura com o paradigma anterior, do positivismo, inclusive para que se possa avaliar se de fato houve alguma ruptura, e em que medida.

À guisa de conceituação, valioso é o tirocínio de Lênio Streck (2011, p. 31) de que o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX, sendo que o ‘positivo’ a que se refere o termo é entendido como sendo os fatos. E fatos, aqui, correspondem a determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar, ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.

O positivismo jurídico, portanto, tem em seus alicerces o positivismo científico, para o qual “só há fatos”. Ao jurista, então, só cabe a incumbência de descrever esse fato. Com isto fica claro uma busca por certeza, por uma objetividade na aplicação do Direito, mas além disso, evidenciam-se os reflexos do paradigma filosófico da filosofia da consciência<sup>3</sup>, em que a razão humana “põe” o sentido das coisas. Noutras palavras, a razão “põe o Direito”, razão pela qual na raiz do positivismo jurídico o Direito é um fato social posto pela razão humana (STRECK, 2017).

Em termos históricos, conforme Streck (2011, 2017) assevera, observa-se que, a partir do final do séc. XVIII, o juspositivismo começa a se projetar como paradigma jurídico dominante. Nesse momento, a que se pode chamar de paleojuspositivismo ou positivismo

---

<sup>2</sup> Para Lênio Streck (2017) o positivismo jurídico é “antes de Kelsen e depois de Kelsen”.

<sup>3</sup> “(..) a filosofia da consciência, como paradigma moderno, é caracterizada como aquisição e posse do conhecimento pelo sujeito” (STRECK, 2017, p. 74).

primevo, apesar de possuir traços comuns, apresentou versões diferentes em virtude do recorte epistemológico daquilo que se poderia compreender como “positivo”, ou seja, aquilo que garantia objetividade ao conhecimento jurídico: na tradição francesa, no produto do parlamento, isto é, nas leis, mais especificamente nos Códigos (positivismo exegético ou legalista); na tradição germânica, nos conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência dos conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica).

No ambiente anglicano, o positivismo jurídico recebeu as primeiras teorizações por parte de Jeremy Bentham e John Austin. Bentham propugnava que o Direito deveria ser analisado assim como ele é, em distinção às apreciações de como deveria ser. O caráter científico do Direito estaria em considera-lo como um “fato”, e não como um “valor”. Conseqüentemente, estaria a teoria jurídica apartada da moral, já que esta era entendida como um campo de valorações. Por não ter valor intrínseco, deve o fato ser descrito, tão somente. Assim, a positividade do Direito não estaria numa complexa realidade social, pelo contrário, esta era compreendida nas relações lógico-sistemáticas das premissas jurídicas. Austin, assim como Bentham, acreditava que a existência do Direito seria independente de seus (de)méritos morais/valorativos: ele seria constituído de comandos proferidos pelo soberano para uma comunidade específica (*auctoritas, non veritas facit legem*<sup>4</sup>). Nada obstante Austin defendesse a codificação, também considerava que os juízes criavam direito (*judge-made law*), haja vista estar imerso num contexto de *common law*, ou seja: juiz põe fato, positiva. Há para ele, entretanto, uma diferença entre o direito feito pelos juízes (*judge-made law*) e arbitrariedade: naquele, há a aplicação dos estatutos, o juiz “põe fato”, positiva (STRECK, 2017).

Percebe-se já na Jurisprudência Analítica o embrião da questão da discricionariedade judicial, então chamada de arbitrariedade para distingui-la do *judge-made law*.

No que concerne às experiências francesa e alemã é notória a influência que o direito romano exerceu na formação do direito privado francês (e alemão também, como se verá), mas não em virtude de terem sido os romanos os “inventores” das leis escritas, e sim pelo modo como o direito romano era estudado e ensinado: havia um texto específico, que no período pré-codificação era o *Corpus Juris Civilis*, em torno do qual giravam os estudos sobre o direito. Nessa época pré-codificação havia uma função complementar atribuída ao direito romano, isto é, o que não fosse resolvido pelo direito comum seria resolvido segundo critérios oriundos da

---

<sup>4</sup> “É a autoridade, não a verdade, que faz a lei.”

autoridade dos estudos sobre o direito romano (feito pelos comentadores ou glosadores). O movimento codificador, por sua vez, incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: os Códigos Civis - França, 1804, e Alemanha, 1900 (STRECK, 2011).

A partir do movimento codificador, portanto, a função de complementaridade existente no direito romano esvaece, passando a argumentação jurídica a ser tributária dos Códigos de leis escritas, os quais se consubstanciariam no *dado* positivo com o qual deverá lidar a ciência do direito. E já a partir desse período remontam os problemas relativos à interpretação do texto adstrita aos que está escrito nos códigos.

Ao se perceber que aquilo que está escrito nos códigos não cobre a realidade, e diante do imperativo de se preservar a “obra” do movimento codificador, satisfazendo as premissas do positivismo – o que implicava na exclusão de elementos metafísicos na interpretação jurídica – exsurtem a Escola da Exegese, na França, e a Jurisprudência dos conceitos, na Alemanha.

Com o fim da Revolução Francesa, marcado pelo 18 de Brumário, a nova ordem constituída, liderada por Napoleão Bonaparte, viu-se premida a introduzir uma legislação efetiva na França com o propósito de pôr fim ao fosso criado entre o antigo e o novo regime. Assim, promulgou-se o *Code Civil des Français*, também chamado de Código Napoleônico, cuja principal premissa do movimento metodológico que manipulou as regras contidas na codificação se apresenta no comando de respeitabilidade que existe entre texto e intérprete (juízes, no caso): estes deveriam ater-se rigorosamente aos dizeres contidos no Código. Noutras palavras, não se admitia nenhum tipo de complementação judicial, havendo, por conseguinte, plena equivalência entre código (texto legal) e direito (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015).

No contexto dessa metodologia jurídica (exegética), a aplicação do direito dava-se a partir de uma simples operação silogística: o juiz aplicava o texto do Código (premissa maior) ao caso que lhes fosse narrado (premissa menor), cuja síntese dar-se-ia numa sentença enunciativa do direito posto (positivo).

Caenegem (2002 *apud* ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015) anota uma importante referência: esse tipo de abordagem metodológica deveu-se ao clima de total subordinação e desconfiança a que estavam submetidas a jurisprudência (juízes) e a erudição (doutrinadores). Assim, era natural que a Escola Exegética praticasse uma interpretação literal dos códigos, e que por isto tenha ficado conhecida.

Diferentemente da França, em que a codificação teve lugar e foi legitimada pelo poder legislativo, na Alemanha a codificação é fruto de um decantado processo acadêmico de depuração conceitual, sendo que a figura do erudito (doutrinador) é a protagonista para a criação e aplicação do direito. É a Escola Histórica a responsável por marcar a cristalização do prestígio dos eruditos no ambiente jurídico alemão, operando metodologicamente o trânsito do jusnaturalismo para o juspositivismo, não se confundindo nem com um nem com outro: de um lado opera uma reação aos postulados de supratemporalidade dos ideais de justiça existentes no ambiente jusnaturalista, afirmando ser o direito um produto histórico e, por conseguinte, temporal; de outro, desloca a atenção do jurista para a positividade do direito e sua realidade temporalmente condicionada, distinguindo-se, contudo, do exegetismo francês, ao remeter a formação das instituições jurídicas não a um código aprovado por um corpo legislativo, mas à história de um ente chamado *povo*. O direito, assim, não seria produto de um corpo legislativo, senão das forças históricas que transcendem a consciência dos indivíduos, no próprio povo. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015).

Também no ambiente germânico, exsurgiu a Jurisprudência dos Conceitos, também conhecida como *pandectismo*, cujos principais expoentes foram formados no ambiente da Escola Histórica, não se confundindo, contudo, o formalismo conceitual de uma com o da outra.

Nesse diapasão, Abboud, Carnio e Oliveira (2015 p. 393 e 394) aduzem que: “O método formalista-conceitual da Jurisprudência dos Conceitos representa o apogeu daquilo que Franz Wieacker chama de ‘ciência das pandectas’, sendo a face mais evidente do movimento nomeado *pandectismo*.” (Grifo do autor).

Para Lamego (1990 *apud* ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015) a Jurisprudência dos Conceitos, *mutatis mutandis*, seria o equivalente alemão da Escola da Exegese francesa, haja vista haver naquela uma equiparação do direito com o conteúdo posto no texto estatutário; a concepção de que a atividade do juiz é uma mera atividade de conhecimento, não comportando interpretação que altere o significado dos conceitos que compõem a legislação etc.

Há, todavia, uma diferença nuclear entre ambas as metodologias: a ênfase política na Jurisprudência dos Conceitos recai sobre os eruditos (doutrinadores) enquanto que na Escola da Exegese ela recai sobre o legislador.

O desenvolvimento do positivismo na história tem sua cronologia delimitada por Hans Kelsen da mesma forma que a contagem dos anos no mundo ocidental utiliza o nascimento de Jesus Cristo como marco temporal. Certamente a pretensão das teorias positivistas pré-Kelsen

era oferecer um objeto e um método seguros para a produção do conhecimento científico no Direito, o que levou a uma aposta na racionalidade teórica asfixiante que isolava todo o contexto prático de onde as questões jurídicas efetivamente emergiam.

Sucedeu, entretanto, que o racionalismo cartesiano que inspirou o positivismo jurídico em seu primeiro momento passou a sofrer resistência, ainda no séc. XIX, de um movimento de contracorrente o qual, segundo António Manuel Hespanha (2005 *apud* STRECK, 2017), vindicava-se o caráter “pessoal” e “não racional da decisão”, o que não pode ser dissociado de uma crise no conceitualismo da pandectística (Jurisprudência dos Conceitos), mas também de correntes filosóficas de crítica ao racionalismo, que afirmavam o primado da sensibilidade (intuição), da vontade ou da ação (élan vital) como forma de realização do homem, ou o caráter político (*i.e.* radicado na vontade de poder) de todos os valores. A razão passa a ser questionada na mesma medida em que conceitos como sensibilidade, vontade e subjetividade assumem relevância.

Consequentemente, na tentativa de construir uma Ciência do Direito sob outros pressupostos e que resistisse a este contexto, Kelsen inaugura um segundo momento do positivismo: reconhecendo a inexorabilidade do elemento subjetivo no *jus dicere*, seja em virtude de influências externas (como da moral e da ideologia) ou da plurivocidade dos signos linguísticos. Para tanto, o insigne jusfilósofo austríaco cindiu, em sua obra, o Direito (*práxis* jurídica) da Ciência do Direito: se de um lado a interpretação científica seria um ato de conhecimento no qual ao intérprete caberia apenas apresentar, aprioristicamente, com neutralidade e imparcialidade as significações normativas possíveis, na aplicação do Direito feita pelos juízes, a interpretação seria um ato de vontade, no qual o Direito seria transformado em política jurídica.

A obra paradigmática de Kelsen e que marca a emersão desse novo paradigma jurídico é a Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*). Nela, ele se propõe a desenvolver uma teoria jurídica “pura”, de tal modo que se estabelecesse algum grau de autonomia científica ao Direito. Pretendeu, em suas próprias palavras, elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito (KELSEN, 1998).

Buscando desvelar os sentidos da teoria inaugurada por Kelsen, Adrian Sgarbi (2009, p. 33) nos ensina que a compreensão do significado de Teoria Pura do Direito cobra a percepção de dois pontos básicos: o significado de “pura”; e o entendimento “a quê” essa “pureza” se refere. Para ele, “pura”, bem como “pureza”, expressam uma leitura específica da

“juridicidade”, sem interferências de outros campos do conhecimento que não agem na precisa delimitação do direito: a norma jurídica. É certo, por outro lado, que a qualificadora “pura” refere-se à “doutrina”, e não ao “direito”. Porque o “direito”, bem sabe Kelsen, é campo da disputa política e da afirmação de valores.

A escolha do juiz seria, portanto, influenciada por fatores externos ao Direito e outros de caráter subjetivo. Conforme se vê em Streck (2017, p. 177): “O juiz, ao fazer política jurídica, não descreveria, não reproduziria acriticamente as normas, ao revés, criaria Direito que, somente *a posteriori*, seria sistematizado cientificamente.”

Nota-se, nesse sentido, que tanto no positivismo jurídico dito primitivo, v.g. na Jurisprudência Analítica de John Austin e seu *judge-made law*, quanto no positivismo normativista de Kelsen (no qual o juiz “faz norma”), a discricionariedade é apresentada como um elemento identitário do sistema jurídico. Por isso, para Lênio Streck (2011, 2014, 2017) o pecado do positivismo jurídico, mesmo em Kelsen, foi não enfrentar a interpretação do Direito no nível da aplicação, *locus* onde justamente faz morada o ovo da serpente da discricionariedade judicial.

Nesse sentido, parece-nos cristalino que houve uma recepção inadequada da teoria kelseniana por parte relevante da doutrina jurídica brasileira, a qual se refere a Kelsen, de modo pejorativo, como demasiadamente positivista, como quando se diz, por exemplo, que para ele o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”. É patente, portanto, o equívoco que se faz como o positivismo apregoado por Kelsen (normativista) e aquele primitivo, exegético, pois para o jusfilósofo austríaco, o órgão que aplica o Direito “dá conteúdo” à norma (relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito).

## **2.2 Neoconstitucionalismo e pós-positivismo: o novo já nasce velho?**

A expressão neoconstitucionalismo surgiu no interior de um contexto histórico específico no qual a Europa passava por uma transição: era necessário romper com um cenário político marcado pela eclosão de regimes totalitários e fazer emergir uma nova fundamentação para o Direito (consagrando a ideia de Estado Constitucional). Isso porque a Segunda Guerra Mundial deixou como herança a angústia de se ter convivido com severas restrições de direitos amparadas pela legalidade. Basta lembrar do aparato burocrático que a Alemanha nazista produziu para legitimar a violência. Com isso o movimento neoconstitucionalista surge, visando à construção de um modelo de Direito não mais pensado sob a perspectiva positivista.

Miguel Carbonell (2007 *apud* STRECK, 2017) sugere que o neoconstitucionalismo pode ser caracterizado pelo surgimento de três elementos: a) novos textos constitucionais; b) nova teoria da constituição; c) nova postura jurisprudencial.

É preciso salientar, não a destempo, que o termo neoconstitucionalismo não tem um único significado, mas sim que incorpora uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinados num mesmo sentido. Há, por exemplo, o *new constitutionalism* da Ciência Política estado-unidense (STRECK, 2017), o neoconstitucionalismo objetivista e ainda os neoconstitucionalistas que buscam diminuir o subjetivismo por meio de estratégias outras, como uma analítica da linguagem (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015).

Nada obstante, no âmbito da doutrina jurídica brasileira, diante do ingresso tardio do Brasil nesse “novo mundo constitucional”, assim como se deu na Europa, falar em neoconstitucionalismo implicava superar um constitucionalismo de feições liberais em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes e que possibilitasse a efetivação de um regime democrático.

Se se considerar, com Kildare Gonçalves Carvalho (2010), o constitucionalismo como sendo movimento marcado pela limitação do poder, opondo-se ao governo arbitrário, cujo conteúdo mostrou-se variável desde as origens, uma nova era histórico-constitucional surge no alvorecer do séc. XXI, com a perspectiva de que ao constitucionalismo social seja incorporado o constitucionalismo fraterno e de solidariedade.

Eduardo Cappelari (2004 *apud* CARVALHO, 2010) além de identificar o neoconstitucionalismo com o constitucionalismo pós-moderno e com o pós-positivismo, elenca como elementos para a sua compreensão, dentre outros: a) a compreensão do papel de supremacia atribuído à Constituição como elemento integrador da comunidade política; b) a superação da dicotomia entre soberania popular (vontade geral) e direitos humanos, como fatores legitimadores da ordem jurídica; e c) a superação da dicotomia direito natural e direito positivo, através da percepção de que a Constituição positiva preceitos morais e, portanto, traz em seu bojo elementos valorativos capazes de servir de parâmetros materiais para a aferição da legitimidade do direito infraconstitucional.

Pode-se dizer que o pós-positivismo é um movimento surgido no séc. XX que buscou demonstrar as limitações Positivismo Científico, sobretudo em sua visão mecanicista e em sua propugnada neutralidade, a qual seria decorrente da crença de que as ciências exatas seriam o modelo teórico básico para as demais. Não é necessariamente um movimento de contraposição,

senão que pretendeu trazer a lume o que ficava sob o véu da neutralidade, tal como a sujeição do conhecimento científico às contingências históricas (STRECK, 2017).

No Direito, pode ser compreendido como um movimento que tentou superar o positivismo jurídico evidenciando as limitações desse paradigma frente à complexidade do mundo hodierno. Suas várias correntes exurgiram na segunda metade do séc. XX, especialmente no pós-Segunda Guerra Mundial, também como uma resposta aos lindes teóricos do modelos juspositivista para compreender o papel do Direito antes às barbáries das duas guerras mundiais.

Para Lênio Streck (em posfácio à obra de ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015), o neoconstitucionalismo, assim como o positivismo, não é um só, senão vários, mas o mais tradicional é aquele caracterizado a partir de cinco elementos: mais princípio que regras, predomínio do Poder Judiciário, mais ponderação do que subsunção, primazia da Constituição sobre a lei e preocupação com a concretização dos direitos. De todo modo, para o jurista gaúcho não se pode dizer que neoconstitucionalismo e pós-positivismo sejam coisas que necessariamente decorrem uma da outra ou que sejam intercambiáveis: noutras palavras, Streck defende que o pós-positivismo teria lugar no ambiente teórico do *Constitucionalismo Contemporâneo*, o qual, diferentemente do neoconstitucionalismo, seria ruptural, e não uma mera continuidade do(s) constitucionalismo(s) anteriores.

Streck (2011) assevera que, embora o epíteto “neoconstitucionalismo” tenha representado um passo relevante na afirmação da força normativa da Constituição, no Brasil a sua recepção acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano.

Noutras palavras, a importação do termo teve uma importância no princípio já que, em razão do ingresso tardio do Brasil nesse “novo mundo constitucional” (que exurgiu no pós-Segunda Guerra Mundial), buscou-se consolidar o conceito de Constituição normativa já decantado no ambiente constitucional estado-unidense. Assim, quando de sua recepção, falar em neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais - o que no Brasil sempre foi um simulacro em anos intercalados por ditaduras militares – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes e que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático.

Sucedeu, entretanto, que no contexto do direito brasileiro, com suas especificidades, a importação do neoconstitucionalismo acabou por provocar condições patológicas de se fazer Direito, tendo as características daquele movimento contribuído para a corrupção dos textos normativos (inclusive da própria Constituição) em nome de um desapego à literalidade da lei: uma espécie de cisão *démodé* entre texto e norma, na qual aquele seria disponível, a depender do caso concreto e da “inspiração” do aplicador do direito.

Por isso Lênio Streck (2011, p. 36) conclui, criticamente, que ora sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; um concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como: *neoprocessualismo* e *neopositivismo*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação do “verdadeiros valores” que definem o direito justo.

### **3 REFLEXOS DO NOVO: ATIVISMO E PROTAGONISMO JUDICIAIS – VALE “TUDO” NA HORA DE INTERPRETAR?**

Pode-se dizer que o neoconstitucionalismo, do modo como foi recepcionado no Brasil, é “vinho novo em odres velhos”, já que repristinou a Jurisprudência dos Valores pondo-a num balaio com a teoria argumentativa de Robert Alexy (tendo o método da ponderação em seu cerne) e o ativismo judicial praticado nos Estados Unidos.

Do ponto de vista metodológico, para Streck (2011), o neoconstitucionalismo representa, quando muito, a superação tão somente do positivismo exegético, na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, na Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, isto é, da Jurisprudência dos Valores<sup>5</sup>. Ademais, o neoconstitucionalismo aposta numa “ponderação de valores à brasileira” e, reflexamente, na

---

<sup>5</sup> “A chamada jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*) representa mais uma continuidade do que uma verdadeira ruptura com o método da jurisprudência dos interesses. [...] a principal diferença entre essas duas correntes metodológicas reside no fato de que, a Jurisprudência dos Interesses possui um acentuado corte sociológico (da identificação dos interesses em conflito que levam o legislador a editar a norma), ao passo que a Jurisprudência dos Valores é revestida de um colorido filosófico: auxiliar o julgador a identificar os valores que subjazem ao direito naquele dado conflito levado à sua apreciação.” (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 400).

discricionariiedade judicial, e tais posturas axiologistas e voluntaristas proporcionariam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariiedade judicial.

É que para Lênio Streck (2015), a “ponderação” em que aposta o neoconstitucionalismo apregoado no Brasil seria uma das faces da moeda, cuja outra seria a discricionariiedade. Isto porque, do modo como vem sendo aplicada e defendida por aqui, tudo indica que não passa da *Abwägung* da Jurisprudência dos Interesses, que quer dizer sopesamento, balanceamento ou ponderação. Só que há, em Alexy, uma “regra da ponderação”, que no Brasil não foi incorporada por ocasião da recepção da teoria argumentativa alexyana. Então, na medida em que os tribunais se valem da (vulgata) da ponderação alexyana para solucionar as “colisões de princípios” (já que para o professor alemão, as regras se aplicam por subsunção ou “tudo ou nada”), aplicando-a de modo “direto”, ou seja, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, estar-se-ia, na verdade, muito mais próximo da velha Jurisprudência dos Interesses, no bojo da qual “Era preciso suprir as insuficiências do pensamento lógico dedutivo puro, com elementos intuitivos que o jurista perceberia na realidade social concreta.”(ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 399).

E assim o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, o qual, à diferença do fenômeno da judicialização da política (que deveria ocorrer de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente.

Noutras palavras, do jeito como tomou forma no Brasil, o neoconstitucionalismo só tem de “novo” o prefixo, já que repristina práticas vetustas no seio da teoria jurídica, as quais atribuem ao Juiz a liberdade para dizer o direito conforme suas convicções, inclusive de modo descolado da lei, usualmente sob o alibi retórico de que o “juiz boca da lei está superado”.

Isto seria, para dizer o mínimo, anacrônico, já que: a) sim, o “juiz boca da lei” está superado desde a queda do positivismo primitivo (exegético); b) a ponderação não consegue ser o mecanismo que livre o direito dos braços do positivismo, superando-o, mas sim que o atira nos braços de outro: o positivismo axiologistas ou normativista.

O problema da discricionariiedade, cujas raízes remontam ao positivismo normativista de Hans Kelsen, é que num contexto de Constituição normativa, constructo jurídico-político herdado do pós-Segunda Guerra, esta norma fundamental invade a legalidade e funda o espaço público democrático, acarretando, por conseguinte, consequências drásticas para a concepção de Direito.

Na esteira desse raciocínio, Lênio Streck (2010, p. 88-89) assevera que obedecer “à risca o texto da lei democraticamente construída” (já superada a questão entre direito e moral) não tem nada a ver com a exegese à moda antiga (positivismo primitivo), pois, neste caso, a moral ficava de fora, e agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária.

Portanto, a legalidade que se vindica e que vincula os operadores do Direito, notadamente os juízes, é diferente daquela oitocentista que surgiu no bojo da Escola da Exegese e sua “proibição de interpretar”. Não. A legalidade hodiernamente reclamada é aquela construída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido no texto constitucional.

Desse modo, a partir da perspectiva do Constitucionalismo Contemporâneo, tem-se por superada a discricionariedade judicial a partir do dever de resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do Estado Democrático de Direito.

Noutra perspectiva, a expansão e o protagonismo do Poder Judiciário pode ser considerado um fenômeno transatlântico. Esse papel de destaque nas democracias constitucionais não deve ser considerado um mal em si: o problema reside mais no “como” os juízes tem lidado (proferido suas decisões) nesse contexto de agigantamento do Judiciário, e não na inflação propriamente dita.

Ocorre que a discricionariedade, no Brasil, está escamoteada tanto em “espaços de sentido” (conceitos jurídicos indeterminados, vagezas, ambiguidades, cláusulas “abertas”) como na própria autorização legal a que o juiz decida por meio do critério da “livre convicção motivada”<sup>6</sup>. Lênio Streck complementa dizendo que aqui em *terrae brasilis* discricionariedade quer dizer duas coisas: a) um modo de superar o modelos de direito formal-exegético (e não passa disso!); b) uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade (da mesma forma que Kelsen o fizera em sua Teoria Pura do Direito).

Com Hans-Georg Gadamer (apud STRECK, 2011), aprendeu-se que texto e norma não estão separados (e portanto não têm existência autônoma), razão pela qual dizer que o intérprete atribui sentido não significa salvo-conduto para que se atribua sentido ao texto de forma

---

<sup>6</sup> Exemplo dessa “autorização” legal, em que pese a sua incompatibilidade com a historicidade do Direito, é o art. 155 do CPP, onde se lê: “**O juiz formará sua convicção pela livre apreciação** da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” (Grifo nosso).

arbitrária, tal qual a personagem Humpty Dumpty de Alice Através do Espelho<sup>7</sup>. Noutras palavras, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática, só que isso não quer dizer, de modo algum, que a interpretação da lei seja uma tradução arbitrária, fruto de um sujeito solipsista.

A força normativa da Constituição – que se manifesta pelo elevado grau de autonomia conquistado pelo direito a partir do segundo pós-guerra – pode, a depender do *modus* compreensivo-interpretativo utilizado pelos juristas, vir a ser fragilizado pelo crescente número de posturas pragmatistas que, a pretexto de superar o vetusto silogismo dedutivista liberal-formal-burguês, vêm deslocando o *locus* do sentido do texto (o qual é fruto da produção democrática do direito) na direção do protagonismo do intérprete, minando a autonomia do próprio direito. Afinal, se se trata de uma “escolha” da solução mais adequada, deve-se indagar: adequada para quem? Se não houver critérios a partir dos quais a decisão jurídica respeite o direito fundamental do cidadão a uma resposta adequada à Constituição, estar-se-á falando de Direito?

Por isso que quando se fala em “resposta correta” (ou “adequada”) do Judiciário, volta-se o foco do debate para a criteriologia por detrás da decisão judicial, algo que parece ter sido relegado pelas teorias neoconstitucionalista, uma vez que apostam na liberdade do julgador. Ora pois, o juiz possui responsabilidade interpretativa e política, mas não deve decidir por argumentos “de política”, “de moral” ou pragmatistas (de olho, tão somente, nas consequências imediatas de “sua” decisão). Por isso, de acordo com Lênio Streck (2017), a teoria da resposta correta-adequada situa o juiz num contexto intersubjetivo de fundamentação, no qual se aposta no caminho promissor desenhado a partir da imbricação entre a hermenêutica filosófica e o “Direito como integridade”, no bojo das quais não há espaços para relativismos ou discricionariedades, já que ambas apostam na tradição (autêntica), coerência e integridade (do Direito) para conter as contingências que seduzem os juízes a julgarem conforme suas consciências, quais sejam: a moral, a política, o “clamor público” etc.

O Poder Judiciário é contramajoritário por excelência, e em que pese a judicialização da política – fenômeno “natural” quando contingencial - o Direito deve manter sua autonomia

---

<sup>7</sup> No romance de Lewis Carroll, a personagem Humpty Dumpty, num diálogo com Alice, diz: “Quando eu uso uma palavra, ela significa exatamente o que eu quero que signifique, nem mais, nem menos.” Cf. CARROLL, Lewis. **Aventuras de Alice no País das maravilhas & Através do espelho e o que Alice encontrou por lá**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

apostando em sua integridade, pois caso contrário, fenecerá a sua legitimidade democrática. A semelhante conclusão, também chegou Jessé Souza, quando denunciou que:

Nos tempos recentes não tivemos apenas a judicialização da política, mas, muito pior, a **politização da justiça**. A linha é fluida, mas o princípio é claro: sempre que houver predominância da política sobre o direito, este perde sua autonomia. Temos então um simulacro de direito e uma caricatura de justiça. (SOUZA, 2016, p. 118, grifo nosso).

### **3.1 Quando “na prática a teoria é outra”: um julgado eloquente sobre os limites semânticos do texto**

Conforme se buscou delinear até aqui, o neoconstitucionalismo, da forma como foi recepcionado Brasil, serviu para conferir certa “liberdade” aos juízes no momento de dizer o direito (*jurisdictio*): através do álbi retórico de que “o juiz boca da lei está morto” e do anacronismo inerente à aludida superação do positivismo (exegético), escamoteou-se a aposta na discricionariedade judicial, degenerando no ativismo judicial, fenômeno incompatível com um estado que se diz democrático de direito.

Num ambiente judicial sem criteriologia no momento de proferir as decisões, argumentos consequencialistas, moralistas e políticos ganham espaço, o que acaba por minar a autonomia do Direito. Exemplo eloquente dessa distorção é o esvaziamento do princípio constitucional da presunção de inocência a partir de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a partir do HC nº 126.292-SP. Nele se consignou, em suma, que:

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. (BRASIL, 2016).

No julgamento do remédio heroico pelo plenário do STF, estabeleceu-se essa mitigação ao supracitado princípio (que além de tudo é cláusula pétrea conforme o art. 60, §4º, IV da CRFB/88) a partir de uma aludida necessidade de se “busca[r] [...] um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal”.

Percebe-se, somente neste trecho, que o Pretório Excelso, por meio de seus membros, “escolheu” fazer política criminal no seio de um caso penal. É como se já não houvesse a separação dos Poderes estatuída no art. 2º da Carta Magna, e coubesse ao órgão jurisdicional o

mister de legislar, além daquele que lhe é próprio. Sim, porque ao decidir pela execução provisória de acórdão penal condenatório, o Judiciário está, de certa forma, revogando os arts. 5º, LVII e LXI da CRFB/88 e 283 do Código de processo penal, onde se lê:

Art. 5º [...]

LVII — Ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI — Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988).

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

O texto é de clareza solar. Como se costuma dizer em hermenêutica filosófica “se quiseres dizer algo sobre um texto, deixe que este te diga algo antes”. A questão que remanesce diante de uma nítida afronta a dois textos democraticamente produzidos pelo Legislativo é: se os textos podem ser predados pelo intérprete e se sua plenipotência não encontra limites, trata-se de Direito o que é dito pelo Judiciário?

Como se disse alhures, a contramajoritariedade é apanágio do constitucionalismo e tem morada no Poder Judiciário – “anteparo” previsto no texto constitucional para a regra da majoritariedade, que tem morada nos Poderes Executivo e Legislativo. Nada obstante, e aqui, concordamos com Lênio Streck (2011, p. 605-606), em defesa do estado democrático de direito o Poder Judiciário somente pode deixar de aplicar uma norma votada pelo parlamento democraticamente eleito em seis hipóteses estritas:

a) quando a lei (ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplica-la (controle difuso ou concreto de constitucionalidade) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado ou abstrato;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias;

c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição, ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo da lei para que haja plena conformidade da norma com a Constituição;

d) quando se aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, isto é, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação do programa normativo, sem que se produza alteração expressa do texto legal;

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;

f) por fim, quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio. É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”) (STRECK, 2018).

Por conseguinte, fora dessas hipóteses o Poder Judiciário estaria cometendo um atentado ao núcleo democrático (representativo) de nosso Estado, sobrepondo-se à legislação produzida pelo Legislativo que representa a soberania popular.

Nesse sentido, ao dizer, em suma, que é despiciendo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para que se lha execute provisoriamente, o Pretório Excelso contrariou o texto de uma norma constitucional, já que fora das hipóteses de prisão cautelar e em flagrante – que têm critérios legalmente bem definidos – o ordenamento jurídico pátrio, que recepcionou a presunção de inocência, só admite a prisão (e o consequente tratamento como “culpado”) após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

Evidencia-se que o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro decidiu por argumentos extrajurídicos (quicá de política criminal), denotando uma preocupação instalada no seio da sociedade quanto à sensação de impunidade, notadamente dos crimes de colarinho branco. Todavia, não é ofício do Poder Judiciário corresponder aos anseios da sociedade. Em absoluto. Para isso existem o Executivo e o Legislativo, cuja composição nuclear é fruto direto da soberania popular exercida através do voto.

#### **4 CONCLUSÃO**

O objetivo do presente artigo foi, acima de tudo, avaliar se a cantilena amiúde repetida - e como se novidade fosse - de que hodiernamente o jurista não deve se ater com severidade à letra da lei, representa, de fato, algum avanço para o Direito enquanto fenômeno social.

Viu-se que tal postura foi consequência de uma recepção pouco crítica do neoconstitucionalismo, o que implicou não em ruptura com o paradigma anterior mas, pelo

contrário, numa continuidade sincrética de posturas decorrentes de algumas Escolas jurídicas que tiveram lugar no século XX. Basta dizer que na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (positivismo normativista), o Direito é uma coisa e a Ciência do Direito outra: nesta, produz-se proposições jurídicas, naquele, o juiz cria Direito (campo das disputas políticas).

O fenômeno do ativismo judicial foi catapultado, como já se disse, pela incorporação pouco crítica dos postulados do neoconstitucionalismo, já que se continuou a apostar no protagonismo judicial por ocasião da tomada de decisões. A falta de uma criteriologia para o momento de dizer o direito somado à aposta no juiz “que já não está mais atado à lei” produz consequências que predam o próprio Direito, por fragilizar a força normativa da Constituição e a coerência e integridade do ordenamento, assim como a própria democracia, regime e fundamento de nosso Estado.

Ao escolher pelo Direito como um dos fundamentos de nosso Estado (Democrático), aposta-se em decisões fundamentadas num ordenamento jurídico íntegro e coerente, e não em escolhas morais, pragmáticas ou (economicamente) eficientistas. Noutra perspectiva, por ser um Poder da República genuinamente contramajoritário, o Judiciário deve respaldar suas decisões no Direito, preservando a sua autonomia conquistada com o advento de uma Constituição normativa, e não visando atender determinadas expectativas sociais. Como norma fundamental do ordenamento, é a Constituição que deve servir de farol a iluminar as decisões judiciais, notadamente diante de perspectivas sociais de fragilização de direitos incorporados ao ordenamento.

Como se depreende da análise do HC nº 126.292-SP, famigerado por ter fragilizado, para dizer o mínimo, o princípio da presunção de inocência, embora não se possa dizer ao certo o que motivou o STF a ignorar o texto da Constituição e do Código de Processo Penal, é nítido que in casu o Direito parece ter servido de mero alibi retórico para justificar a decisão, que não foi feita com a responsabilidade política que se espera de um poder da República.

Ao fim e ao cabo, pode-se dizer que até mesmo um exegeta ferrenho teria decidido de modo mais conforme o Direito, e portanto mais responsável, do que nossos juristas iluminados e supostamente “livres das amarras da lei”, o que mostra que o “novo” já pode nascer o “velho”.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 17 Mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em 17 Mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Rel.: Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 18 Mar. 2018.

CARROL, Lewis. **Aventuras de Alice no País das Maravilhas & Através do espelho e o que Alice encontrou por lá**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional positivo**. 16ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SGARBI, Adrian. **Clássicos da teoria do direito**. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**. Rio de Janeiro: Leya, 2016.

STRECK, Lênio. As seis hipóteses de que fala Lênio Streck em sua teoria da decisão. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/seis-hipoteses-lenio-streck.pdf>>. Acesso em: 05 Mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

\_\_\_\_\_. **Lições de crítica hermenêutica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.