

ISSN 1889-8068



redhes

Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales

Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales

Año VIII No. 15 Enero-Junio 2016



Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí
Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla
Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes
Educación para las Ciencias en Chiapas (ECICH)



UM BREVE ENSAIO SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA À LUZ DA OBRA MEDIDA POR MEDIDA, DE WILLIAM SHAKESPEARE¹

Nelson Camatta Moreira²

Paulo Vitor Lopes Saiter Soares³

Resumo: O trabalho se propõe a analisar a relação da aplicação da moral no campo jurídico a partir Positivismo Exegético, passando pelo Movimento da Escola do Direito Livre para chegar na Jurisprudência dos Valores, no sentido de discutir, contemporaneamente, a presença de “valores” e princípios nas Constituições pós-segunda Guerra Mundial, sobretudo no caso brasileiro. O problema da pesquisa refere-se à pergunta sobre qual o espaço da moral no Direito, bem como a relação entre valores e princípios. A pesquisa pretende questionar se o atual Estado Democrático de Direito suporta algum “Ângelo”, personagem da peça de Shakespeare, que ora se arvora como servo da lei, ou seja, dizendo, literalmente o que a lei enuncia, ora se faz proprietário dos sentidos da lei, lançando mão de convicções morais subjetivas para dizer o que é o Direito. Mostra-se relevante no sentido de trazer para o debate temas sensíveis à Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Hermenêutica, bem como por desenvolver pontos de encontro entre o Direito e a Literatura numa construção de um raciocínio crítico.

Palavras-chave: direito e moral; Shakespeare; positivismo; princípios.

Abstract: The paper intends to analyze the application of Exegetical Positivism moral in the legal field, by the movement of the Free Law School to the values precedent. At the same time, the intention is to discuss the

1 Artículo recibido: 11 de diciembre de 2015; aprobado: 10 de febrero de 2016. Este texto repercute parcialmente as pesquisas e discussões desenvolvidas no Grupo de Pesquisa CPNQ “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional” da Faculdade de Direito de Vitória (FDV-ES).

2 Pós-doutorado em Direito (Universidad de Sevilla). Professor da Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (Doutorado e Mestrado) e da Graduação em Direito da FDV-ES. Correo-e: nelsoncmoreira@hotmail.com

3 Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas Espírito-Santenses – FAESA. Correo-e: saiterdireitosoares@yahoo.com.br



presence of values and principles at the post-second World War, especially in the case of Brazil. The problem of this research refers to the question about which is the space of a moral in the laws field. Besides that, the research want to discover the relationship between values and principles. The research intends to question if the actual Democratic State of law supports an “Angelo”, character at the Shakespeare play, which sometimes is servant of the law - looking to the law literally -, and sometimes is owner of the law interpretation, releasing hand of subjective moral convictions to say what is Right. Finally, the study is relevant, because debate sensitive topics of philosophy of law, theory of law and Hermeneutics, as well as develop similarity between law and Literature in building of a critical reasoning.

Keywords: Law, morality, Shakespeare, positivism, principles.

1. Introdução

A partir deste texto, objetiva-se discutir como o Positivismo, a partir do século XIX, vem se relacionando com a Moral e os reflexos desta na decisão judicial, lançando mão de três propostas teóricas, quais sejam o Positivismo Legalista, a Escola do Direito Livre e a Jurisprudência dos Valores. Tal exposição dialética tem a pretensão de situar o leitor na tentativa de explicar a síntese que se vive hodiernamente, sobretudo no caso do direito brasileiro que tem concebido a Constituição como uma ordem de valores.

Tal cenário tem gerado discussões contemporâneas, uma vez que o Estado Democrático de Direito brasileiro determinou um rol extenso sobre direitos e garantias fundamentais, evocando princípios dos mais variados, em um movimento de tentar corrigir as falhas geradas pelo legalismo exacerbado visto no século anterior. Inicia-se com a contextualização da obra de Shakespeare, destacando os personagens principais, bem como suscitando algumas reflexões acerca da relação entre Direito e Moral. No capítulo seguinte, analisa-se como o Positivismo jurídico⁴ do século XIX enfrentou a

4 Vale salientar que o termo “positivismo” pode ser entendido como uma matriz filosófica que ganhou expressão no século XIX. Augusto Comte, foi um dos primeiros a propor uma sistematização dos estudos sociais realizados à época, responsável por categorizar essa ciência que surgia como “Sociologia” diferenciando da Fisiologia Social denominada pelo Conde Saint-Simon. Foi um profundo divulgador do método positivista, como “método de salvação da humanidade”. O autor descreve que “o futuro da humanidade estaria na dependência do futuro das Ciências positivas, ou seja, ciências da natureza”. Quintaneiro, Tania; Barbosa, Maria Ligia De Oliveira; Oliveira, Márcia Gardênia Monteiro, *Um Toque de Clássicos. Marx, Durkheim e Weber*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2010, p. 13. Segundo Norberto Bobbio, “a expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*”. A



questão da aplicação do Direito e sua separação com a Moral, ou seja, em um primeiro momento afastou esta das decisões judiciais, uma vez que tal concepção já teria sido deliberada na arena legislativa. Em contrapartida, o movimento posterior –movimento da Escola do Direito Livre– abriu espaço para argumentos psicológicos, subjetivos e discricionários, em que imperou a moral individual para dizer o que era o direito.

Todavia, após o período nazista, os valores éticos e morais⁵ foram trazidos novamente ao debate, no sentido de se resgatar valores com respeito à dignidade da pessoa humana, em uma verdadeira era dos princípios. Registra-se que tal paradigma tem data de nascimento e lugar de fala, quais sejam, pós 2ª Guerra Mundial no contexto da Europa Central, pontos que serão abordados no capítulo 4 deste ensaio.

Nesta seara, o debate hodierno se concentra na categorização de princípios como norma jurídica e, portanto, utilizados na fundamentação das decisões judiciais. Ocorre que, estes têm sido manejados de forma subjetiva e discricionária, confundindo-se com valores e convicções morais individuais, tema que permeará todas as reflexões aqui propostas.

Lança-se mão da literatura, por trazer o lúdico ao estudo jurídico que por vezes é tão dogmático e preso a metodologias tradicionais. Neste sentido Nelson Moreira e Juliana de Oliveira⁶ destacam que “pelas infinitas possibilidades de interpretação, pela não fragmentação do homem, pela valorização da emoção, pela abertura ao pensar diferente, a Literatura nos mostra a urgência de reintegrarmos o homem”.

Portanto, Shakespeare pode trazer à luz discussões tão atuais no cotidiano jurídico pátrio de uma forma mais sofisticada e profunda, concomitantemente. E por que este autor? Primeiro, pela íntima relação das obras de Shakespeare com o Direito e já

passagem da corrente jusnaturalista para o positivismo jurídico tem origem na concepção ligada à formação do Estado moderno, assumindo o monopólio da produção jurídica Bobbio, Norberto, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, compiladas por Nello Morra; trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 2006, pp. 26-27.

5 Sobre a diferença dos termos “ética” e “moral”, Fernando Augusto da Rocha Rodrigues expõe que esses dois termos advêm da tradição grega e latina. No primeiro caso teria o significado de *caráter* e o segundo, *costume*. Rodrigues destaca que quando os gregos falavam de ciência ética, eles tinham em vista uma investigação sobre o caráter. É nesse sentido que as obras aristotélicas *Ethica Nicomachea* e *Ethica Eudemica* consistem sobretudo em uma investigação sobre o caráter. No mais, o termo “ética” estaria “relativo ao caráter” e a moral, “relativo aos costumes”. No entanto, Rodrigues registra que muitas vezes esses termos são usados intercambiavelmente. E mesmo nos casos em que se distingue entre ambos, nem sempre essa distinção segue os sentidos que tinham nas línguas grega e latina. Rodrigues, Fernando Augusto da Rocha, “Ética do bem e ética do dever” em *Filosofia e direito (livro eletrônico): ética, hermenêutica e jurisdição*; Cunha, Ricarlos Almagro Vitoriano (org). Vitória, Seção Judiciária do Espírito Santo, 2014, pp. 82-83.

6 Moreira, Nelson Camatta; Oliveira, Juliana Ferrari De (Orgs), *Direito & literatura e os Múltiplos Horizontes de Compreensão pela Arte*, Ijuí, Editora Unjuí, 2015, p. 18.



abordadas em obras jurídicas⁷, outrossim porque traduziu, na obra *Medida por Medida*, a discussão que se propõe ao presente estudo.

Neste sentido, a abordagem a ser utilizada fundar-se-á no que se entende por “Direito na Literatura”⁸ que estuda as formas sob as quais o Direito é representado no mundo literário. A obra “*Medida por Medida*” é um exemplo típico deste viés metodológico. Antes de se adentrar nas discussões teóricas, a fim de contextualizar o texto literário que será utilizado como base para as reflexões deste ensaio, passa-se à história dos “Ângelos” em *Medida por Medida*.

2. Direito e literatura

A literatura tem sido cada vez mais utilizada como ferramenta para descortinar o mundo jurídico, trazendo discussões de extrema relevância. No Brasil já se verificam obras que contemplam tal proposta⁹. A utilização da literatura se faz essencial para trazer o lúdico ao estudo jurídico que por vezes é tão dogmático e preso a metodologias tradicionais. Vale a lição de Nelson Camatta Moreira ao expor que:

Considerando-se os vários debates (angústias) que envolvem o modo de ser e de se fazer o direito no Brasil, em pleno século XXI, (re)pensar o direito é o desafio que se impõe, atualmente, ao jurista, principalmente a partir do ambiente acadêmico. E, dentre as inúmeras e mais variadas alternativas que se apresentam, o Direito e Lite-

7 Por exemplo: Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda (coord.), *Direito e Psicanálise: interseções a partir de “O Mercador de Veneza” de William Shakespeare*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010; Ghirardi, José Garcez, *O mundo fora de prumo: transformação social e teoria política em Shakespeare*, Almedina, São Paulo, 2011.

8 O estudo sobre Direito e Literatura se verifica dividida em três correntes: direito na literatura, direito como literatura e direito da literatura. O primeiro, que nos interessa neste trabalho, analisa o direito a partir da literatura com base na premissa de que certos temas jurídicos podem ser mais bem refletidos à luz das narrativas literárias. François Ost explica que “os estudos comumente classificados sob o nome geral de ‘direito e literatura’ (nos Estados unidos, *Law and Literature*) podem, em realidade, assumir formas bastante diversas que é possível agrupar em três correntes distintas. Ao lado do direito *da* literatura, que estuda a maneira como a lei e a jurisprudência tratam os fenômenos de escrita literária, distingue-se o direito *como* literatura, que aborda o discurso jurídico com os métodos da análise literária (é a abordagem dominante nos Estados unidos), e por fim o direito *na* literatura, que é a perspectiva adotada no presente livro e que se debruça sobre a maneira como a literatura trata questões de justiça e de poder subjacentes à ordem jurídica”. Ost, François, *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*, Tradução de Paulo Neves, Porto Alegre, Editora Unisinos, 2005, p. 48.

9 Ver, por exemplo: Moreira, Nelson Camatta; Oliveira, Juliana Ferrari De (Orgs), *Direito e literatura e os Múltiplos Horizontes de Compreensão pela Arte*, Ijuí, Editora Unjuí, 2015.



ratura assume especial relevância na medida em que confere, por excelência, um caráter multidisciplinar à sua apreciação.¹⁰

Dino del Pino questiona “em que medida obras de ficção podem ser úteis para um sistema de saber como o direito, cujos laços de compromisso estreitam a realidade, já que se dedica a prover ao equilíbrio das relações e à resolução dos conflitos sociais[...]?”.¹¹ Certamente, propor uma resposta fechada para tal problema seria contraditório, entretanto, pode-se afirmar que a Literatura serve de base para o desenvolvimento humano, uma vez que traz diversos olhares sobre temas que envolvem a realidade, antecipando, por vezes, debates que serão travados nas ciências tempos depois.¹²

2.1. Por que Shakespeare? Breves considerações

Neste sentido, William Shakespeare (1564-1616) aparece como um dos grandes nomes da literatura mundial, sobretudo quando se pensa na ação humana. O autor deixou evidente sua “capacidade de investigar e compreender a fundo os processos do ser humano, tanto em sua condição de indivíduo como de integrante de um grupo social”. Portanto, o potencial humano é tema central nas obras e nos personagens do gênio londrino.¹³

Em 1500, o inglês moderno surge fundado em uma época renascentista de grande efervescência cultural. Na Inglaterra a Dinastia Tudor sagra-se vencedora em um momento de ruptura religiosa com o Vaticano, e logo depois sobe ao trono Elisabeth,

10 Moreira, Nelson Camatta; Bessa, Silvana Mara de Queiroz, *Direito e literatura: relatos da concretização de um projeto de expansão hermenêutica do conhecimento jurídico pela arte*. Encontro Nacional do CONPEDI. Anais do [recurso eletrônico] XX Encontro Nacional do CONPEDI, Florianópolis, Fundação Boiteux. 2011. Disponível em: file:///C:/Users/aluno/Downloads/7ef78015d7c2774efab78cd7833d1bf0.pdf

11 Trindade, André Karam; Gubert, Roberta Magalhães; Neto, Alfredo Copetti (Orgs), *Direito & literatura – Ensaios críticos*, Porto Alegre, Editora do Advogado, 2008.

12 Nesta seara, por exemplo, Shakespeare em sua obra *Medida por Medida*, publicada em 1604, traz reflexões sobre os pressupostos da decisão judicial, tema que seria iniciado no Direito duzentos anos depois com o Código Napoleônico. Tal fato evidencia como o Direito precisa ser arejado pela Literatura no intuito de contribuir para construção de um saber mais adequado aos novos desafios do mundo contemporâneo. Como analisa François Ost, “enquanto a literatura libera os possíveis, o direito codifica a realidade, a institui por uma rede de qualificações convencionadas, a encerra num sistema de obrigações e interdições. [...] Tal é exatamente o trabalho da literatura: pôr em desordem as convenções, suspender nossas certezas, liberar possíveis – desobstruir o espaço ou liberar o tempo das utopias criadoras”. OST, François, *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*, Tradução de Paulo Neves, São Leopoldo, Unisinos, 2005, p. 13.

13 Heliodora, Barbara, *Por que ler Shakespeare*, São Paulo, Globo, 2008, p. 8.



rainha de grande *virtú* (Maquiavel) que tornaria a Inglaterra um país próspero e respeitado aos olhos do mundo, mas que para tanto precisou travar intensas batalhas políticas.¹⁴ Como bem descreve Heliodora dois fatos podem ser destacados no período elisabetano:

a) O acúmulo de acontecimentos religiosos, políticos e sociais estava formando o vasto acervo de conflitos do qual o teatro se poderia servir muito bem, e b) os profissionais, a duras penas, estavam aprendendo a desenvolver suas técnicas, aprimorar seu palco, a dominar comportamentos cênicos aceitáveis ao diálogo com o novo público mais sofisticado.¹⁵

Em meio a tal contexto, somado ao fato das descobertas de novos mundos, ruptura com o período medieval, valorização do homem como centro do universo, Shakespeare surge como um autor que tematizará questões como “aparência e realidade, justiça e misericórdia, bom e mau governo, verdade do amor e valor da amizade, covardia e traição, egoísmo e generosidade”, por exemplo.¹⁶

Diante das condições históricas-sociais que envolveram Shakespeare, não se pode deixar de perceber os temas políticos trabalhados em suas obras, o que contribui para que sua obra permaneça atual e que imponha necessárias releituras. Temas como a “preocupação com a organização e os interesses do Estado, e a conduta de governante e governados” são marcantes na carreira ao autor, pois

os aspectos políticos da vida de uma nação em excepcional fase de afirmação e expansão não poderiam, como experiência de vida, deixar de ser observados por um homem a quem interessavam, acima de tudo, comportamentos humanos.¹⁷

Destacados os importantes temas que perpassam a obra desse grande autor inglês, o que move este artigo é a discussão sobre “direito e moral” a partir de uma das comédias escritas em seu período trágico. “Medida por Medida” representa uma obra que envolve elementos complexos que tocam o tema da justiça e sua interpretação. Como controlar as decisões judiciais? Como se dá o processo de interpretação de textos jurídicos? Obviamente, a obra de Shakespeare transcende tais questionamentos, considerando que diversos autores (Barbara Heliodora, Frank Kermode, Harold Bloom) já se debruçaram sobre aspectos psicológicos dos personagens, bem como sobre a ética dos

¹⁴ *Ibidem*, p. 9.

¹⁵ Heliodora, Barbara, *Falando de Shakespeare*, São Paulo, Perspectiva, 2001, p. 6.

¹⁶ Heliodora, Barbara, *Por que ler Shakespeare*, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷ Heliodora, Barbara, *O homem político em Shakespeare*, Rio de Janeiro, Agir, 2005, p. 17.



governantes, a ação humana individual e social, o que nos permite observar a obra sob outro prisma, qual seja aquilo que toca a interpretação jurídica e suas fundamentações.

2.2. Contextualização da obra *Medida por medida*

A obra¹⁸ publicada em 1604, tem como narrativa a história que se passa em Viena. A preocupação com o bom governo, a relação entre governantes e governados e o bem-estar da comunidade são temas recorrentes em sua obra desde “A comédia dos erros” até “A tempestade”, sendo que a questão da justiça é mais um aspecto abordado por Shakespeare, sobretudo na seara da avaliação entre privilégio e responsabilidade¹⁹.

Medida por Medida é classificada como “comédia-sombria” dentro do período trágico do autor. Como já citado acima, a peça discute uma variedade de questões utilizando, por exemplo, o sexo como centro para debates éticos.²⁰ A questão do título da peça, como bem propõe Heliodora²¹, pode levar o leitor a pensar que seria “dente por dente, olho por olho”, ou seja, uma atitude de vingança. Entretanto, a solução dos problemas apresentados na obra só poderá ser solucionada pelo comedimento, bom senso, repúdio a toda espécie de convicção ou comportamento extremo.

Os personagens principais são Vicêncio (o Duque) Ângelo (o Juiz), Cláudio (um jovem cavalheiro), Isabella (irmã de Cláudio) e Julieta (por quem Cláudio está apaixonado). Outros personagens como Lúcio e Éscalo também ganham destaque na trama.

A trama se passa a partir do momento em que o Duque de Viena resolve sair da cidade e nomeia Ângelo como seu substituto para que exerça sua função com a integridade. Ângelo, homem dotado de virtudes morais admiráveis, vê-se alçado à posição de Juiz da cidade de Viena com a missão de resgatar os valores desta comunidade que se encontrava perdida em corrupção. Em um diálogo entre Duque e Éscalo pode-se confirmar as qualidades ressaltadas acima.

Duque –[...] elegemos Ângelo para suprir nossa ausência, para tomar emprestado de nós o poder de aterrorizar, para vestir-se com a indumentária de nossos melhores sentimentos e para colocar à disposição da regência dele todo o aparato do nosso próprio governo. Éscalo– Se existe alguém em Viena que seja merecedor de levar nos ombros tão largas honras e benesses, esse alguém é Lorde Ângelo.²²

18 Skakespeare, William, *Medida Por Medida*, Tradução de Beatriz-Viegas-Faria, Porto Alegre, RS. L&PM. 2014.

19 Heliodora, Barbara, *Falando de Shakespeare*, *op. cit.*, p.207.

20 Heliodora, Barbara, *Por que ler Shakespeare*, *op. cit.*, p. 62.

21 Heliodora, Barbara, *Falando de Shakespeare*, *op. cit.*, p. 209.

22 Skakespeare, William, *Medida Por Medida*, *op. cit.*, pp. 23-24.



Sobre as características de Ângelo, vale ressaltar que o puritanismo estava em ascensão à época de Shakespeare, pautados em comportamentos proibitivos, condenação de toda e qualquer forma de divertimento e prazer.²³ Ângelo representa esse sentimento puritano, Juiz de virtudes morais irretocáveis e que tiraria Viena da situação caótica em que se encontrava com tantos episódios de corrupção e não cumprimento das leis.

Neste sentido, Ângelo inicia sua empreitada de forma rígida, utilizando a lei como instrumento da ordem, aplicando de forma literal todos os atos normativos que tivessem a sua disposição. Neste contexto, uma das leis que “dormitava” era a Lei da Fornicação, que proibia relações sexuais antes do casamento, com a pena de morte em caso de descumprimento. A Lei tinha como objetivo condenar as práticas de prostituição que assolavam Viena à época.

Assim, a proibição de se ter relações sexuais antes do casamento era prática condenável pela Lei acima citada. Exatamente o que ocorreu entre Cláudio e Julieta, e, portanto fora acusado e levado a Ângelo para ser sentenciado. Ângelo assume o papel de juiz cumpridor das leis e anuncia que aplicará a literalidade da legislação vigente.

Importante destacar que restava uma pendência em relação ao dote para que o casamento se consumasse. Cláudio e Julieta estavam na situação denominada por *betrothal*, um compromisso mais sério que o noivado (pré-casamento). Sabendo da gravidez de Julieta, Cláudio se prontifica a se casar o mais breve possível.²⁴ Contudo, Ângelo é implacável e aplica a legislação vigente.

O amigo Lúcio pede a irmã de Cláudio, Isabella, que interceda junto a Ângelo para que seu irmão não fosse condenado. Lúcio chama a atenção para o fato de que Ângelo é um fiel cumpridor das leis. Assim se refere ao Juiz:

Lúcio – [...] Lorde Ângelo, um homem que tem neve derretida nas veias; um sujeito que não sente nem as ardências do desejo carnal nem os movimentos prementes dos cinco sentidos, mas que subjulga e neutraliza seus ardores naturais com vantagens da mente: estudo e jejum.²⁵

Isabella vai à presença de Ângelo reivindicar pela vida de seu irmão, questionando a justiça de tal aplicação. Na verdade, Isabella apresenta-se como a única esperança de persuadir o magistrado a ter misericórdia²⁶, uma vez que a condição de freira de Isabella poderia servir como símbolo de uma moral a ser vislumbrada por Ângelo, ou

23 Heliodora, Barbara, *Falando de Shakespeare, op. cit.*, p. 211.

24 Skakespeare, William, *Medida Por Medida, op. cit.*, p. 32.

25 *Ibidem*, p. 38.

26 Kermodé, Frank, *A linguagem de Shakespeare*, Tradução de Barbara Heliodora, Rio de Janeiro, Record, 2006, pp. 218-221.



seja, Isabella poderia impressionar o Juiz por se apresentar “submissa e silenciosa, e como alternativa, por revelar-se boa argumentadora, ou pelas duas coisas, nos momentos apropriados”²⁷. Tal percepção fica explícita quando Cláudio pede a Lúcio para que informe Isabella, vejamos:

Cláudio – Minha irmã hoje entra no claustro e começa o seu período como noviça no convento. Informe a ela do perigo da minha situação. [...] Ponho minhas esperanças nisso, pois na juventude de minha irmã há um dialeto mudo e dócil que comove os homens; além disso, ela é perita no jogo do discurso e da razão e na arte de persuadir.²⁸

Desta forma, Isabella vai até Ângelo a fim de interceder pela vida do irmão e se pronuncia: “Isabella –Tenho um irmão condenado à morte. Eu lhe imploro: mande para a morte o crime cometido, mas não o meu irmão”²⁹. Inicialmente, Ângelo se mantém irredutível, destacando que “[...] o que eu não posso fazer coincide com o que eu não quero fazer”.³⁰

Ocorre que a história tem uma reviravolta quando Ângelo se mostra atraído por Isabella, e lhe faz uma oferta: caso se deitasse com ele, seu irmão seria salvo. Neste momento, por convicções pessoais e subjetivas, abandona o apego estrito à lei e passa a ser um proprietário desta, determinando os seus sentidos e validade a partir de argumentos de uma subjetividade arbitrária, ao falar: “Ângelo –Ele não precisa morrer, Isabella, se você me der o seu amor”.³¹

Desta maneira, a trama se desenvolve com vários questionamentos acerca da postura de Ângelo, até que o Duque retorna para resolver os conflitos suscitados, pois ao revelar seu disfarce de Frei retoma seu governo. Inicialmente, queria a morte de Ângelo pela morte de Cláudio –“morte por morte! Um Ângelo por um Cláudio [...] Uma coisa só fica quite com coisa igual, sempre medida por medida”³²– contudo, reviu sua decisão e o deixa viver. Lúcio é obrigado a casar com uma meretriz e à Isabella, o Duque faz a seguinte proposta “[...] se você estiver disposta a me escutar com receptividade, o que é meu será seu e o que é seu será meu”³³.

Apresentada a síntese da obra de Shakespeare, cabe analisar de forma breve, as propostas positivistas da Escola da Exegese, outrossim, a contraposição feita pela Es-

27 *Ibidem*, p. 222.

28 Shakespeare, William, *Medida Por Medida*, *op. cit.*, p. 33.

29 *Ibidem*, p. 53.

30 *Ibidem*, p. 54.

31 *Ibidem*, p. 67.

32 *Ibidem*, p. 129.

33 *Ibidem*, p. 133.



cola do Direito Livre, uma vez que ambas oferecem elementos relativos à temática central da pesquisa, qual seja a relação entre Direito e Moral.

3. Positivismo e moral

3.1. A Escola Legalista. Ângelo 1: o mito da subsunção e a literatura na compreensão do imaginário do jurista

François Ost³⁴ destaca que o Direito “faz escolhas que se esforça por cumprir, em nome da ‘segurança jurídica’ à qual atribui a maior importância”, apresentando como função principal a estabilização de expectativas. O Direito se inclina para o registro da generalidade e da abstração a partir de um “universo de qualificações formais e de arranjos abstratos”.³⁵

Nesta perspectiva, no final do século XVIII e início do século XIX, teve a consolidação do Positivismo Legalista-Formalista³⁶, representado como uma das principais matrizes a escola da Exegese (França), que nas palavras de Bobbio, “trata-se de acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo”.³⁷

No intuito de romper com o Antigo Regime (Idade Média), a codificação surgiu no cerne de uma cultura centrada na razão (racionalidade moderna) com base na exigência de realizar um direito unitário e simples a fim de superar as arbitrariedades do regime anterior.³⁸

A ideia era estabelecer limites aos arbítrios do Poder Judiciário facilmente manipulado à época do Antigo Regime. Passou-se a exigir uma ideia de segurança jurídica baseada na valorização dos preceitos legais, o que “originou um respeito quase mítico

34 Ost, François, *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*, op. cit., p. 15.

35 *Ibidem*, p. 18.

36 No tocante à expressão “formalismo”, destacamos a obra *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)* de José Rodrigo Rodriguez. Nesta obra, o autor diferencia o termo em dois conceitos: a) a aplicação mecânica do direito positivo, por meio de raciocínios lógico-formais, como a subsunção do caso concreto à norma abstrata; b) visão do direito positivo como absolutismo conceitual, naturalizando categorias dogmáticas. Neste caso, o formalismo acaba por negar o caráter contingente dos conceitos jurídicos, que variam em função de mudanças no sistema jurídico-social. Rodriguez, José Rodrigo, *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2013, p. 119.

37 Bobbio, Norberto, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, op. cit., p. 63.

38 *Ibidem*, p. 65.



pela lei, base, então para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico”.³⁹

Na mesma linha lecionam Daniel Sarmiento e Cláudio Neto⁴⁰ no sentido de que Escola da Exegese se baseava no conceito de que a solução estaria compreendida no sistema posto pelo legislador, e não cabia ao intérprete qualquer juízo de valor.

A respeito desta forma de conceber o Direito, Moreira ressalta que “o iluminismo e o racionalismo, ao convergirem, determinam o modelamento de uma Ciência Jurídica erigida sobre os pilares da autoridade e da razão, que culminam no movimento de codificação e nos postulados da chamada Escola da Exegese”. Continua o autor:

Nesse passo, os dogmas da completude do ordenamento, da onipotência do legislador e do juízo avalorativo na interpretação legal traduzem a obsessão pela segurança, pela certeza e pela previsibilidade, que apenas um ordenamento jurídico hermético e autossuficiente, isto é, livre de lacunas e antinomias, poderia incorporar.⁴¹

Em *Medida por Medida*, Shakespeare demonstra, de forma categórica, a concepção trazida acima, ou seja, a crença de que a Lei é o instrumento racional para se conseguir a paz social, segurança jurídica, não estabelecendo diferenças entre direito e lei, ou mesmo, lei e justiça.

Ângelo –não podemos fazer da lei um espantelho que se prepara para assustar as aves de rapina e, sempre com a mesma forma, acaba por se tornar o poleiro e não o terror das aves que com ele se acostumaram.⁴² [...]

Ângelo –Condenar o crime e não o seu agente? Ora, todas as faltas são condenadas antes mesmo de cometidas. Minha função seria meramente caricatural se eu fosse penalizar os crimes cujas penas estão previstas na lei e deixasse o agente do crime se safar.⁴³ [...]

Ângelo –A lei não estava morta, embora estivesse adormecida. Esses muitos não teriam ousado perpetrar esse mal se o primeiro que infringiu o decreto tivesse respondido por seus atos. Agora a lei está bem acordada [...].⁴⁴

39 Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 74.

40 Sarmiento, Daniel; Souza, Cláudio Pereira Neto, *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, Editora Fórum, 2014, p. 397.

41 Moreira, Nelson Camatta, *Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 32.

42 Skakespeare, William, *Medida Por Medida*, *op. cit.*, p. 40.

43 *Ibidem*, p. 53.

44 *Ibidem*, p. 55.



Ao se acreditar na racionalidade da Lei, imputa-se ao Juiz uma perspectiva de neutralidade, ou seja, o processo de aplicação do direito torna-se mecânico e reprodutivo. Neste cenário, surge a necessidade de se ter um método que possa assegurar a previsibilidade das decisões judiciais, o qual se denominou “silogismo jurídico” ou método da “subsunção”. Nas palavras de Moreira⁴⁵, a ideia seria “aplicar a lei ao fato concreto, como se esta pudesse sempre encerrar verdades semânticas, capazes de nutrir o seu aplicador de todos os substratos da realidade”.

A concepção acima evidenciada caracterizou o que se denomina juiz “boca da lei”, associado, portanto, ao paradigma codificador do século XIX. Ocorre que, tal modelo, amarrado aos ditames legais, faz-se presente no imaginário e na prática dos juristas brasileiros em tempos atuais, conforme se percebe na leitura do AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1061241 RJ 2008/0112990-0:

TEORIA GERAL DO DIREITO. PROCESSO DE SUBSUNÇÃO DO FATO À NORMA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS. IMPUGNAÇÃO ADEQUADA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. SÚMULA 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I –Tendo a decisão percorrido um iter lógico para aplicar o fato descrito à norma assinalada, não basta à parte, nas razões recursais, alegar, genericamente, que houve falha nesse processo de subsunção, cumprindo-lhe, antes, indicar, com precisão, em que teria consistido a referida falha, sob pena de aplicação da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.⁴⁶

O discurso da subsunção, acima destacado, acaba por desconSIDERAR a complexidade das relações humanas, acreditando-se que um texto legal possa resolver os problemas que, ontologicamente, são concebidos na contingência e finitude do Homem. Assim como na obra de Shakespeare, a fala de Cláudio é emblemática para se refletir sobre tal raciocínio ao explicar o motivo do não casamento com Isabella, fato desconSIDERADO por Ângelo no seu julgamento.⁴⁷

Cláudio –Minha situação é a seguinte: foi com promessa de contrato de casamento que tomei posse da cama de Julieta. Você conhece a dama, e ela é de verdade mi-

45 Moreira, Nelson Camatta, “O dogma da Onipotência do legislador e o Mito da Vontade da Lei: A ‘Vontade Geral’ como Pressuposto Fundamentais do Paradigma da Interpretação da Lei”, em *Revista de Estudos Criminais*, Ano IB, n. 15, Porto Alegre, p. 137.

46 Brasil, JusBrasil, disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351813/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1061241-rj-2008-0112990-0>. Consulta: 9 de diciembre del 2015. Grifo nosso.

47 Skakespeare, William, *Medida Por Medida*, *op. cit.*, p. 32.



nha mulher, a não ser pelo fato de que deixamos de fazer correrem os proclamas. E só não fizemos isso porque estávamos esperando aumentar o valor de um dote que guardavam para ela certas pessoas de quem achamos melhor esconder nosso amor até o momento em que já estivessem convencidas de que eu daria bom marido.

Percebe-se que a interpretação positivista perde as circunstâncias do caso que o tornam um evento único, e no exemplo privilegiado da Literatura de Shakespeare fica evidente tal percepção, pois a proposta da Lei da Fornicação tinha como objetivo punir as práticas de prostituição ocorridas em Viena. O caso de Cláudio envolve elementos circunstanciais que podem ser suscitados para afastar a aplicação da Lei em comento, uma vez que ele pretendia consumir o casamento com Julieta, e que só não havia realizado por faltar uma parte do dote exigido. Ocorre que Ângelo, sempre preocupado com sua aparência de rígido cumpridor da lei, se prende, em seu julgamento de Cláudio, à letra da lei, e em momento algum reflete sobre a justiça de sua ação.⁴⁸

Percebe-se como a ideia da codificação se desenvolveu e ainda se verifica fortalecida. O fato de possuir um código único em que pudessem ser encontrados os fundamentos para a solução dos casos práticos foi a chave para fortalecer o positivismo exegético, uma vez que seria garantida a igualdade tanto pregada pelo movimento revolucionário francês. Nos dizeres de Norberto Bobbio fica evidente a importância da codificação neste processo.

Se buscarmos as causas que determinaram o advento da escola da exegese, nos parecerá possível agrupá-las em cinco pontos: a) A primeira é representada pelo próprio fato da codificação. Esta serve, com efeito como uma espécie de prontuário para resolver, se não todas, ao menos as principais controvérsias.⁴⁹

Para compreender a explanação acima, lembra-se que em tal contexto tinha-se uma sobreposição de poderes, que condicionava o Judiciário a um mero aplicador das leis, sem qualquer possibilidade de interferência do intérprete no momento da aplicação.⁵⁰ Moreira destaca que as ideias de Rousseau (vontade geral) e Montesquieu (espírito do legislador e separação de poderes) foram essenciais para a compreensão desta ideologia liberal fundada na premissa da segurança jurídica. Afirma o autor que “a invocação da ‘vontade geral’ consiste num dogma identificado, num primeiro momento, no

48 Heliodora, Barbara, *Falando de Shakespeare*, op. cit., p. 212.

49 Bobbio, Norberto, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, op. cit., p. 78.

50 Sarmento, Daniel; Souza, Cláudio Pereira Neto, *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, op. cit., p. 397.



pensamento de Rousseau, que, posteriormente, assumiu novas roupagens, tais como a vontade do legislador e a vontade da lei [...]”.⁵¹

Entendia-se com Montesquieu que as funções fundamentais do Estado Moderno deveriam ser devidamente respeitadas, cabendo ao Legislativo legislar, ao Executivo administrar e ao Judiciário julgar. Como defende Rodriguez, a “subsunção também tem um significado político, coerente com certa visão da separação dos poderes e ligada a certo modo de ver o Estado e sua relação com a sociedade”.⁵²

Por sua vez, na Alemanha se difundiu o direito formulado pelos professores, denominado por Jurisprudência dos Conceitos que teve como expoentes, Puchta e Rudolf Von Jhering em sua primeira fase. O sentido era construído em um sistema unitário analítico baseado nos conceitos jurídicos que eram propostos “a priori”, sem considerar qualquer tarefa criativa⁵³ do magistrado. Bobbio⁵⁴ destaca que “na Alemanha do século XIX, portanto, a função histórica da legislação foi assumida pelo direito científico”, o que deu origem à “doutrina pandectista”, que depois avançou para a Jurisprudência dos Conceitos citada anteriormente.⁵⁵

Ao se contextualizar a proposta teórica apresentada neste tópico com a literatura, ora analisada, podemos perceber pontos evidentes de pertinência que suscitam debates intensos sobre como aplicar o Direito, e intrinsecamente, a relação entre Direito e Moral, uma vez que o positivismo exegético já concebia, pela vontade geral da norma, uma relação de definitividade de tal relação, sem que pudesse haver deliberação ulterior.

Na obra *Medida por Medida*, vale trazer à baila alguns trechos que denotam tal raciocínio, destacando ainda o afastamento de qualquer elemento extrajurídico na aplicação normativa. Por exemplo, em uma conversa entre os personagens Lucio e “Segundo Cavalheiro” e “Senhora Passada”, percebe-se como o valor do “decreto” (Lei) tinha uma posição de incontestabilidade. “Segundo Cavalheiro – Além do quê (sic), como vocês sabem, isso faz sentido e está de acordo com o que foi supracitado sobre o assunto. Lúcio – Mas acima de tudo está de acordo com o decreto”⁵⁶.

51 Moreira, Nelson Camatta, “O dogma da Onipotência do legislador...”, *op. cit.*, p. 134.

52 Rodriguez, José Rodrigo, *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*, *op. cit.*, p. 123.

53 Sarmento, Daniel; Souza, Cláudio Pereira Neto, *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, *op. cit.*, 397.

54 Bobbio, Norberto, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, *op. cit.*, pp. 121-122.

55 Para um estudo mais aprofundado do assunto cf. Bobbio, Norberto, *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia de direito*, Compiladas por Nello Morra; trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 2006

56 Skakespeare, William, *Medida Por Medida*, *op. cit.*, p. 29.



No mesmo sentido, quando Ângelo é indagado por Isabela (irmã do condenado) sobre a possibilidade de salvar seu irmão, assim responde: “Ângelo – *o seu irmão já foi condenado pela lei*, e você está simplesmente desperdiçando suas palavras”. Em seguida, “Ângelo – *Encontre seu consolo, linda donzela, no fato de ter sido a lei*, e não eu, a condenar o seu irmão”.⁵⁷

Destaca-se que a abordagem acima faz-se mister uma vez que a partir da consolidação do Estado Moderno, os pensamentos jurídicos de França e Alemanha serviram de parâmetro para várias nações do ocidente.

3.2. A Escola do Direito Livre: Ângelo 2

Em contrapartida ao legalismo-formal instaurado no Século XIX, surgem as correntes “antiformalistas” defendendo a ideia de que o homem não pode ser minimizado a uma máquina de subsunções, bem como a interpretação literal levava a manutenção do status quo, sobretudo a partir do avanço nos estudos da Psicologia e das correntes socialistas.⁵⁸

Tal movimento foi observado na fundação da Escola da Livre Pesquisa do Direito de François Gen⁵⁹ y, do movimento conhecido como “Direito Livre” representado por Herman Kantorowicz, “Jurisprudências dos Interesses” na Alemanha, tendo Philipp Heck como expoente, bem como o “Realismo Jurídico” nos EUA que representou a mais influente teoria antiformalista do século XX.⁶⁰

O realismo jurídico se expandiu nos EUA tornando-se a mais influente das teorias não formalistas sobre a interpretação do início do Século XX. Frisa-se que a concepção desta corrente se baseou no entendimento de que o direito não é aquilo que está nas leis, mas sim o que os juízes dizem que é. A preocupação da interpretação muda do âmbito da validade para a eficácia, assim a doutrina desta corrente entende que o direito “é o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade”.⁶¹

Habermas⁶² destaca que entre a Escola do Direito Livre, realismo e Jurisprudência de interesses não é possível estabelecer uma diferença entre Direito e Política. A

57 *Ibidem*, p. 55.

58 Sarmiento, Daniel; Souza, Cláudio Pereira Neto, *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, *op. cit.*, p. 398.

59 *Ibidem*, p. 398.

60 *Ídem*.

61 Bobbio, Norberto, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, *op. cit.*, p. 142.

62 Habermas, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 249.



partir do momento em que a decisão judicial pode ser explicado “pelos interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos” não se verifica mais o fundamento de Direito. Assim, Habermas denuncia que “a lógica própria do direito, já amolecida na visão da hermenêutica jurídica, ou seja, relativizada através da inserção numa tradição, desaparece agora por completo, sob uma descrição ‘realista’ do processo de aplicação do direito”.⁶³

Como exemplo do modelo teórico-filosófico observado acima, no tocante à jurisprudência brasileira, citamos o ex-ministro Eros Grau⁶⁴, quando do julgamento da ADI N. 4.219, ao falar que “[...] a Constituição diz o que nós, juízes desta Corte, dizemos que ela diz”. Tal fala reflete uma postura da modernidade cartesiana que disseminou a ideia de que o sujeito racional (eu-cogito) é que dá sentido ao mundo, ignorando-se os processos intersubjetivos de construção do saber. Neste sentido, Streck ressalta

Um ponto decisivo para a compreensão do direito e da hermenêutica contemporânea é a compreensão do papel assumido pelo sujeito na modernidade. Sendo mais específico: é preciso compreender que a modernidade efetivamente “cria” o sujeito (e o sujeito “cria” a modernidade). Antes da vigorosa ruptura filosófica operada por Descartes –que é quem institui a modernidade filosófica– o conceito de sujeito cobria uma outra esfera de significados.⁶⁵

Streck denuncia que esta concepção do sujeito racional que passa a nominar as “coisas” ao seu bel prazer ainda permanece vigente em nosso modo de aplicar o direito.⁶⁶ A fim de exemplificar tal raciocínio, outro julgado representativo da postura solipsista que domina o imaginário de uma parte dos juristas brasileiros pode ser extraído do voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros

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

63 *Ídem*.

64 STF, *Voto do Ministro Eros Grau proferido na ADI nº 4.219*. Disponível em: www.stf.jus.br. Consulta: 9 de diciembre del 2015.

65 Streck, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014c, p. 198.

66 *Ibidem*, p. 201.



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-AI).

Exemplo recente acerca da atribuição de sentidos de forma arbitrária a descon siderar os limites semânticos e paradigmáticos que devem constranger o intérprete, diz respeito ao julgamento do HC n. 126.292 que alterou o entendimento até então vigente (HC n. 84.078/MG) no sentido de ser possível a execução provisória da pena após o julgamento pela 2ª instância (Tribunais). O julgamento colocou em pauta qual a construção hermenêutica dada ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º LVII CRFB/88 que preconiza o seguinte texto “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

a decisão do Supremo Tribunal Federal, a um só tempo, desconsidera frontalmente o Texto Constitucional (art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República), Tratados Internacionais –que o próprio Estado Brasileiro ratificou como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.º, n. 2 e art. 8.º, n. 2 [4]) -, a própria legislação processual penal (art. 283 do Código de Processo Penal) e também sua própria jurisprudência (HC 84.078/MG, de 05/02/2009).⁶⁷

O voto-relator (Teori Zavascki) foi acompanhado por Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes que podemos afirmar, ignoraram toda uma tradição de luta por garantias constitucionais tão violadas em passado recente de nossa história constitucional.

Uma decisão proferida desta maneira demonstra o quanto de “realismo jurídico” ou melhor, revela o que resta ainda da Escola do Direito Livre, pois sob o argumento de atender os “interesses da sociedade”, observam-se decisões que ignoram aspectos jurídicos e enfraquecem a concretização da Constituição. O processo hermenêutico de

67 Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de; Bahia, Alexandre Gustavo Melo de Moraes; Bacha e Silva, Diogo; Pedron, Flavio Quinaud, “Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal”. *Empório do Direito*. Disponível em: http://emporiiodireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/#_ftn12. Acesso em: 27.04.2016.



construção de sentido intersubjetivo é desprezado, pois ainda vigora o paradigma da filosofia da consciência, acreditando na ideia de que o “sujeito racional” irá descobrir os sentidos da norma. Esquecem de que há elementos que constroem o intérprete e o limitam para que não possa fazer juízos arbitrários, como, por exemplo, tradição, texto, paradigma vigente:

Não é possível que a única razão para que o STF decida hoje de forma diferente que ontem seja a composição diversa da Corte: mesmo que haja novas pessoas a ocuparem as cadeiras, a decisão sempre é da instituição e se compreendemos o Direito como um sistema coerente e íntegro, então o Tribunal, para alterar seu posicionamento, precisa enfrentar decisões anteriores e assumir o ônus argumentativo de mostrar que aquelas estavam “equivocadas” e que a melhor leitura é a atual.⁶⁸

Os autores seguem a linha do jus filósofo Ronald Dworkin que propõe o Direito como integridade, ou seja, as manifestações do direito não são consideradas relatos de fatos voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. O autor assevera que “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro”. E continua, “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”.⁶⁹

A partir deste julgamento, ora citado, conclui-se que não houve coerência e nem integridade do direito⁷⁰, caindo-se em no precipício da subjetividade, fechando

68 *Ídem*.

69 Dworkin, Ronald, *Império do Direito*, Tradução Jefferson Luiz Camargo e revisão de Dr. Gildo Rios, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 271.

70 Ronald Dworkin ressalta que a exigência da integridade pode ser dividida em dois princípios. Nas palavras do autor: “Será útil dividir as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante”. O autor continua explicando que “A integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem



os olhos para os avanços em relação às garantias constitucionais. O órgão responsável pela “guarda da Constituição” (art. 102 CRFB/88) acabou por violar o próprio texto constitucional.

O perigo da extrema subjetividade é trazida por Shakespeare ao levantar a possibilidade de “dribles hermenêuticos” que podem ser dados na hora de se decidir algo. Interesses pessoais e convicções morais individuais são disfarçadas em palavras que acabam por conduzir à atribuição de sentido de forma solipsista, modulando a interpretação ao seu bel prazer. Streck expõe o perigo de se confiar na consciência do intérprete, justamente por estar preso no paradigma objetificante da modernidade cartesiana.⁷¹

Na obra de Shakespeare, algumas passagens são importantes para se discutir a crença do Juiz que deve julgar conforme suas convicções. Por exemplo, a fala do Duque ao passar o encargo para Ângelo. “Duque –A sua liberdade de ação é igual a minha no que tange a aplicar ou abrandar a lei: faça o que lhe parecer bom à sua alma”.⁷²

Ângelo que em um momento era escravo da lei se vê como proprietário de seus sentidos, dizendo que aquela lei que estava “acordada” poderia voltar ao seu descanso e ser desconsiderada, caso Isabella lhe desse seu amor. Segue na seguinte passagem: “Ângelo –Ele não precisa morrer, Isabel, se você me der o seu amor”⁷³. De forma pontual, Isabella lhe responde

[...] Ah, bocas perigosas que trazem em si uma única língua que tanto condena como aprova, dando ordens às leis, para que estas se curvem diante de suas vontades, fisingando ao mesmo tempo o certo e o errado ao apetite que os puxa ao seu tempo o certo e o errado ao apetite que os puxa ao seu bel-prazer.⁷⁴

Neste contexto, Streck destaca decisão do STJ que ainda revela o “sentido comum teórico dos juristas” (Warat) ao se utilizar do “livre convencimento motivado” para negar o direito à ampla defesa requerida pela parte ao invocar a necessidade de uma prova pericial no julgamento do AgRg no AREsp 827.440/MT (DJe 13/04/2016). Vejamos:

engajar-se em convicções, ideais ou projetos, o que a muitos vai parecer uma metafísica ruim”. Dworkin, Ronald. *Império do Direito*, Trad. Jefferson Luiz Camargo e revisão de Dr. Gildo Rios, São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 203-204.

71 STJ, “Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em REsp nº 279.889/AL, julg. Em 03/04/2001, DJ 11/06/2001”, em Streck, Lenio Luiz, *O que é isto: decido conforme a minha consciência?*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

72 Shakespeare, William, *Medida Por Medida*, op. cit., p. 25.

73 *Ibidem*, p. 67.

74 *Ibidem*, p. 68.



Acerca da necessidade de prova pericial, nos termos do art. 370, caput, e parágrafo único, do Código de Processo Civil/2015, em conformidade com o princípio do livre convencimento, “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, indeferindo, fundamentadamente, as diligências que entender inúteis ou protelatórias, entendimento que se coaduna com a jurisprudência adotada nesta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ.

Em face do exposto, não havendo o que se reformar, nego provimento ao agravo interno. É como voto.⁷⁵

O problema da posição acima adotada afeta, diretamente, a democracia, sobretudo pelo fato de que o novo Código de Processo Civil se propôs a acabar com a ideia do “livre convencimento” (a palavra “livre” não foi utilizada nos arts. 298 e 371), visto que a construção de sentido se faz de forma intersubjetiva. Uma lei elaborada e promulgada de forma democrática deve ser observada, ao menos que fosse declarada inconstitucional, que não foi o caso em apreço.

A decisão judicial supracitada, portanto, reforça a proposta analisada neste tópico qual seja, a Escola do Direito Livre. Ao se criar a tese de que o “juiz-boca-da-lei” não serve mais, passa-se a atribuir ao intérprete o papel de concretizar o Direito, muitas vezes, ignorando o próprio Direito. Streck ressalta que o movimento do Direito Livre teria como objetivo tirar as amarras legais que prendiam o intérprete, visto que a lei era “ruim”, ou seja, “faltava-lhe o fato, a sangria da historia. E essa tarefa de introduzir na interpretação tais elementos foi atribuída ao intérprete-juiz”.⁷⁶

Percebe-se com as reflexões acima que se abriu margem para um grande problema que envolve a interpretação jurídica, qual seja, o excesso de subjetivismo, ou seja, uma confiança exacerbada nas convicções morais e individuais dos magistrados, o que culminou em uma abertura interpretativa total na aplicação do Direito.

O Realismo Jurídico ou Escola do Direito Livre, já citados neste trabalho, deixaram um legado de discricionariedades, considerando ainda que trouxe para a argumentação elementos extrajurídicos como psicológicos, morais, econômicos e sociais. Não se quer defender a tese de que o Direito deve ser concebido como em uma ilha fechada, ignorando os outros ramos do saber, todavia há que se pugnar pela autonomia do Direito para que sua força normativa não seja desconsiderada.

75 STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC? CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc>. Consulta: 18 de abril de 2016.

76 STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC? CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc>. Consulta: 18 de abril de 2016.



Em meio esse processo dialético até então apresentado, verifica-se uma certa síntese no contexto da Europa Central que tem gerado consequências no direito brasileiro. O movimento pós 2ª Guerra Mundial proporcionou uma mudança de paradigma na interpretação jurídica, caso que passamos analisar.

4. Como a moral reapareceu na filosofia do direito da Europa central no século XX e sua influência na jurisdição constitucional brasileira

4.1. O Positivismo Pós-Auschwitz e A Jurisprudência de Valores

A partir das propostas acima apresentadas e não obstante saber que existem outras teorias positivistas que poderiam ser abordadas, pode-se verificar uma síntese desse conflito dialético. A subsunção já não atendia mais, em contrapartida entender que o Direito é aquilo que os juízes dizem que é também propiciou uma esfera de atrocidades no Direito.

Após o fim da 2ª Guerra Mundial, o mundo jurídico ocidental, sobretudo na Europa Central se viu impulsionado a repensar suas bases de sustentação. Tanto o Positivismo Exegético quanto a proposta do Direito Livre foram questionados no tocante à eficácia de suas teorias.

Desta forma, uma nova concepção do Direito Positivo emergiu na tentativa de se propor uma atuação jurídica atrelada a conceitos de justiça que não fossem limitadas a lei, bem como que controlassem os juízes de seus juízos discricionários e arbitrários.

O pós-positivismo ou neoconstitucionalismo⁷⁷ apresentou-se como tábua de salvação de um Direito que havia se perdido quando da sua autonomia diante áreas como Moral e Ética. Os princípios (re)aparecem no cenário interpretativo, na tentativa de superar o apego à literalidade das leis ou a simples observância formal das normas no ordenamento. Sobre o “pós-positivismo” e “neoconstitucionalismo”, faz-se necessário tecer algumas considerações, pois não é uma expressão que gere consonância na doutrina pátria ou estrangeira.⁷⁸

⁷⁷ Vale destacar a doutrina de Lenio Streck que defende uma nova configuração dos termos, para o que denomina de Constitucionalismo Contemporâneo. Refere-se ao modelo que tem na democracia sua base estrutural. Assevera que o Constitucionalismo Contemporâneo conduz a um processo contínuo que agrega as novas conquistas que integraram a estrutura do Estado Constitucional pós-segunda Guerra. (Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, pp. 45-48).

⁷⁸ Ver Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003. Conforme destaca Ferrajoli (Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”, In: *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Alexandre Morais da Rosa... [et at] (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade, Porto



Inicialmente, Luigi Ferrajoli distingue o “constitucionalismo” em duas maneiras opostas, sendo que a primeira corresponde à “superación em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como sua expansão e seu complemento”.⁷⁹ O autor segue falando que a primeira opção leva o nome de “neoconstitucionalista” e é a mais difundida.

Por outro giro, há autores que não se consideram jusnaturalistas, mesmo que se denominem como antipositivistas, o que se atpode atribuir a classificação de “pós-positivista”. Partem da ideia de que grande parte das normas constitucionais são princípios éticos-políticos, em especial os direitos fundamentais, bem como adotam uma distinção entre princípios e regras, destacando que os primeiros são resolvidos por meio da ponderação, enquanto estas pelo método silogístico.

Nesta via, Robert Alexy critica que apesar de há muito tempo se tentar fazer a distinção entre regras e princípios, o tema é marcado pela polêmica, pela falta de clareza em virtude da pluralidade de critérios distintivos.⁸⁰ Para o autor, regras e princípios devem ser reunidos no conceito de norma, uma vez que ambos dizem o que deve ser, ou podem ser formulados por meio das expressões deônticas do dever, da permissão, da proibição, ou são juízos concretos de dever-ser, embora de espécies diferentes.

Afirma Alexy arrazoza que o ponto decisivo para a distinção entre princípios e regras é a consideração de princípios como mandamentos de otimização, na medida em são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Vejamos:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁸¹

Conforme destacado acima, quando há conflito entre regras, o método de resolução seria a subsunção, enquanto que ao se deparar com conflito entre princípios, a

Alegre, *Livraria do Advogado*, 2012, p15, nota de rodapé), a expressão neoconstitucionalismo tem sua origem no trabalho de Susanna Pozzolo em “Neoconstitucionalismo Y especificidade de la interpretación constitucional”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21, 1998, pp. 355-370, entre outros.

79 Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, *op. cit.*, p. 13.

80 Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros. 2012, pp. 86-87.

81 *Ibidem*, p. 90.



solução viria da ponderação. Alexy destaca que “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.⁸² Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. Por sua vez, se houver colisão entre princípios, não há que se considerar a invalidade de um deles ou mesmo a instituição de cláusula de exceção. Deve-se fixar relações condicionadas de precedência que consiste em verificar a preponderância de uma relação ao outro dentro das condições fática apresentadas, de modo que seja sopesado qual dos princípios é o mais adequado à necessidade posta.⁸³

Streck critica a ideia de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, outrossim, rechaça que a proposta alexyana descrita acima seja aplicada, destacando que a ponderação, no caso brasileiro, não se atrelada aos pressupostos racionalizadores propostos pelo autor alemão, caindo na valoração individual de cada magistrado.⁸⁴

Neste íterim, Streck não adota a terminologias pós-positivismo ou neoconstitucionalismo. Propõe que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis política-jurídica, destacando que deve haver uma reformulação da teoria da norma, teoria das fontes e da teoria da interpretação jurídica⁸⁵. Conclui o autor, “o constitucionalismo pode ser concebido como movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”.⁸⁶

A partir desta nova concepção, é necessário estabelecer uma relação de materialidade dos conteúdos normativos, sobretudo pelo fato de que as Constituições, pós 2ª Guerra Mundial, passaram a incorporar diversos princípios e dotá-los de carga normativa, como garantia de proteção dos direitos fundamentais, com a matriz fundada na dignidade da pessoa humana. A este conjunto, constata-se um novo movimento denominado de “Jurisprudência de Valores”. A fim de estabelecer uma base para a discussão que se pretende neste tópico, vale comentar sobre a recepção “à brasileira” sobre a denominada “Jurisprudência de Valores”.

4.2. A Jurisprudência de Valores e sua recepção na jurisdição brasileira

82 *Ibidem*, p. 91.

83 Silva, Virgílio Afonso, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, Editora Malheiros, 2014, p. 50.

84 Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, p. 46.

85 Ver Moreira, Nelson Camatta; Tovar, Leonardo Zehuri, *Hermenêutica e Decisão judicial: em busca de respostas adequadas à Constituição*. Disponível em: http://www.derechoycambiosocial.com/revista040/HERMENEUTICA_E_DECISAO_JUDICIAL.pdf. Consulta: 13 de marzo de 2016.

86 Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, *op. cit.*, p. 47.



Desenvolvida no contexto de uma Alemanha destruída pela Guerra, e após a publicação do texto constitucional de 1949 (Lei de Bonn), o poder judiciário alemão não podia mais entender o direito igual à lei, sob o pretexto de proteger a sociedade alemã das atrocidades vistas no nazismo. Streck destaca que “a referência a *valores* aparece, assim, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada”.⁸⁷

Tal proposição encontra raiz no Movimento do Direito Livre como bem descreve Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Vejamos:

[...] a “Jurisprudência de Valores” sofreu influência do “Movimento para o Direito Livre”, no qual se destacam Ehrlich e Kantorowicz, nos primórdios do século XX, visto que, para estes, o Direito não se resumiria ao direito estatal positivo, sendo importante considerar a opinião dos membros da sociedade.⁸⁸

Ferrajoli destaca que este constitucionalismo principialista (aqui exemplificado pela proposta da Jurisprudência de Valores) caracteriza-se:

(a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela consequente concepção de direito “como prática jurídica”, confiada, sobretudo à atividade dos juízes.⁸⁹

Álvaro Cruz descreve bem o contexto em que tal paradigma foi gerado.⁹⁰ Destaca o autor que, envergonhada pelas tragédias da Guerra, a Alemanha e a Europa de uma forma geral, repensaram o apego à legislação, ou seja, a preocupação passou a ter como eixo fundante a justiça. Assim, um “catálogo” de valores, em uma dimensão substantiva, deveria ser incorporado à jurisprudência, embasado na ideia de dignidade da pessoa humana. Este “valor” estaria no topo da hierarquia de valores, entendida como “base material para a configuração de todos os direitos fundamentais e suporte para a realização da personalidade humana”. Cruz explica que:

⁸⁷ *Ibidem*, p. 58. Destaque no original.

⁸⁸ Cruz, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição Constitucional Democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009*. 2ª edição revista e ampliada, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014, p. 163.

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”, *op. cit.*, p. 21.

⁹⁰ Cruz, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição Constitucional Democrática*, *op. cit.*, pp. 164-168.



[...] o feixe axiológico contido no texto constitucional convergiria, necessariamente, para o valor da ‘dignidade da pessoa humana’. Esse último, elevado à condição máxima dentro de uma hierarquia de valores, não poderia ser ponderado com outros valores, de modo algum [...] A ‘dignidade da pessoa humana’ e a ‘promoção do livre desenvolvimento’ do indivíduo foram tomadas como valores permanentes/absolutos e colocadas como essenciais à nova organização da sociedade alemã.⁹¹

No Brasil, a jurisprudência de valores foi tomada a partir da concepção de que a Carta Magna de 1988 seria uma ordem de valores que necessitaria dos intérpretes para revelarem estes. Como ponto elucidativo, a teoria proposta por Robert Alexy foi apropriada e difundida no imaginário de boa parte dos juristas brasileiros⁹², indicando a ponderação como “novo” método de solução dos conflitos constitucionais.

Nas palavras de Manuel Atienza⁹³, “a teoria de Alexy significa, por um lado, a sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”.

Alexy desenvolve a ponderação, técnica de decisão judicial utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a partir do caso “*Ellwanger*” no julgamento do HC 82.424-2/RS, apesar de controvérsias, sobretudo pelo fato de que há estudos em que se comprova a má utilização, ou não correta aplicação da ponderação proposta por Alexy, como, por exemplo, a tese de doutorado defendida por Fausto de Moraes. Cattoni⁹⁴ destaca que no julgamento do *habeas corpus* acima citado,

[...] vários ministros compreenderam o caso a partir de uma colisão abstrata entre valores, liberdade de expressão contra a dignidade da pessoa humana. Assim, procurou-se dar seguimento a esses princípios como valores, hierarquizando-os segundo o entendimento, por um lado, de que se tratava de uma violação à dignidade humana pelo exercício da liberdade de expressão, já que a dignidade seria um valor superior à liberdade de expressão e, por outro, de que a condenação por racismo e a consequen-

91 *Ibidem*, p. 163.

92 Nesta via, por todos: Moreira, José Carlos Barbosa, “Processo Civil e direito à preservação da intimidade” In: *Temas de Direito Processual. Segunda Série*, São Paulo, Saraiva, 1980; Sarmento, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

93 Atienza, Manuel, *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, Trad. Cupertino, Maria Cristina Guimarães, São Paul, Landy, 2003, p. 160.

94 Cattoni De Oliveira, Marcelo Andrade; Bahia, Alexandre Gustavo Melo de Moraes; Bacha E Silva, Diogo; PEDRON, Flavio Quinaud, *Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Empório do Direito*, Disponível em: http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/#_ftn12. Consulta: 27 de abril de 2016, p. 99.



te censura a uma publicação seriam *melhores* à promoção da dignidade humana do que o reconhecimento, *em toda a sua extensão*, da liberdade de expressão.⁹⁵

Ato contínuo, Catton questiona se há uma conduta “meio lícita” ou “meio ilícita”, concluindo que “tratar a Constituição como uma ordem de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores [...]”.⁹⁶

Streck⁹⁷ demonstra a irracionalidade do método em epígrafe, destacando que os argumentos baseados na ideia de ponderação proporcionaram votos discrepantes. Conclui Streck que “o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade”.⁹⁸

Assim, a crítica consiste no fato de que a ponderação se tornou um mecanismo em que os magistrados se ancoram para decidirem com suas convicções pessoais. O que propicia a questão levantada por Nelson Moreira ao afirmar que “vontade do povo passa a estar nas mãos dos juízes [...] E o problema passar a ser justamente o ‘grau de criatividade dos juízes’”.⁹⁹

Habermas ressalta que as pretensões de validade, normas jurídicas, funcionam no sistema binário, não permitindo um “mais ou menos”. Segue na crítica sobre o critério metodológico da ponderação que consiste em interpretar os princípios jurídicos como mandados de otimização.¹⁰⁰ Nas palavras do referido autor:

Essa interpretação vem ao encontro do discurso da “ponderação de valores”, corrente entre os juristas, o qual, no entanto, é frouxo. Quando princípios colocam um valor, que deve ser realizado de modo otimizado e quando a medida de preenchimento desse mandamento de otimização não pode ser extraído da própria norma, a aplicação de tais princípios no quadro do que é faticamente possível impõe uma ponderação orientada por um fim. E, uma vez que nenhum valor pode pretender uma

95 De Moraes, Fausto, *Hermenêutica e Pretensão de Correção: Uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Área de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: < <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf> >. Consulta: 16 abril de 2015. Grifos no original.

96 *Idem*.

97 Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas* op. cit., p. 60.

98 *Idem*.

99 Moreira, Nelson Camatta, *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*, Florianópolis, Conceito Editorial, 2010, p. 102.

100 Habermas, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, op. cit., 289.



primazia incondicional perante outros valores, a interpretação ponderada do direito vigente se transforma numa *realização* concretizadora de *valores*[...].¹⁰¹

Nesta toada, Virgílio Afonso da Silva, nada obstante ser um defensor da aplicação da teoria desenvolvida por Robert Alexy¹⁰² tece críticas à falta de precisão e rigor técnico e metodológico por parte dos Tribunais brasileiros, em específico o STF, Tribunal que, para o autor, parece ter descoberto na proporcionalidade a solução mágica de todas as questões constitucionais¹⁰³. Adverte o autor¹⁰⁴ que a “regra” da proporcionalidade –assim denominada por este– é utilizada como se fosse um princípio constitucional com larga tradição na interpretação jurídica e continua ao falar que “quando alguma fundamentação é fornecida, é quase sempre mencionado o art. 5º, LIV, e o chamado *substantive due process of law*”.¹⁰⁵

Silva critica a Suprema Corte pela falta de precisão técnica ao definir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entendendo que corresponderiam ao mesmo conceito. Ressalta-se que determinar o que é o “princípio” ou “máxima” da proporcionalidade se faz essencial para a aplicação da ponderação proposta por Alexy. No tocante à crítica de Silva, vejamos:

ainda que o STF se refira freqüentemente ao princípio da proporcionalidade, essa referência é tecnicamente incorreta, e deve ser entendida como referência à análise da razoabilidade. Destarte, pode-se dizer que na jurisprudência do STF não se encontram maiores subsídios para o desenvolvimento da discussão sobre a regra da proporcionalidade no Brasil.¹⁰⁶

A ponderação, nos moldes aplicados na jurisdição brasileira, conforme anotado acima, tem se revelado irracional, gerando um retorno ao realismo jurídico já analisado acima, em que os juízes têm decidido sem a justificação exigida pela técnica em epígrafe. A ideia de princípios foi fundida com o conceito de valores, e como bem denuncia Lenio Streck¹⁰⁷, o Brasil recebeu acriticamente tal tese, e, sobretudo os Ministros da Su-

101 *Ibidem*, p. 315. Destaque no original.

102 Nesta via, vale citar que o autor é o tradutor da obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy, bem como em diversas oportunidades defende a aplicação desta teoria. Silva, Virgílio Afonso, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, Editora Malheiros, 2014.

103 Silva, Virgílio Afonso da, “O proporcional e o razoável” *em Revista dos Tribunais*, v.798, A. 91, São Paulo, abril.2002

104 *Ibidem*, p. 10.

105 *Ídem*.

106 *Ibidem*, p. 11.

107 Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas op. cit.*, p. 58.



prema Corte, ao lançarem mão da ponderação, na verdade estão empreendendo uma postura decisionista, pois aplicam de forma superficial a teoria alexyana.

Verifica-se uma apropriação de uma teoria, contudo não respeitando suas bases epistemológicas, uma vez que “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’ [...]”.¹⁰⁸

Por outro giro, ainda que tivéssemos uma aplicação correta da ponderação, não seria a melhor teoria para o objetivo de efetividade dos direitos fundamentais, por razões já mencionadas acima, bem como pela concepção utilitarista dos princípios, ou seja, em uma análise de custo benefício destes. Outrossim, a ponderação trabalha no plano axiológico, comprometendo a força normativa do Direito, uma vez que a moral aparece como instrumento de correção necessária a este, contudo o campo para as discricionariedades e arbitrariedades se amplia.

Todavia, convém analisar se esta concepção da Constituição como ordem de valores deve ter adesão, bem como cabe a pergunta: tem-se uma concepção consolidada acerca da diferença entre valores e normas? Quando tentamos equiparar os valores a princípios fortalecemos ou enfraquecemos o Estado Democrático de Direito?

4.3. Há diferença entre valores e princípios?

Robert Alexy tentou racionalizar a Jurisprudência dos Valores difundida na Alemanha, propondo uma concepção da teoria dos direitos fundamentais baseada em uma possível similaridade entre princípios e valores. O autor alemão consigna que princípios e valores estão intimamente relacionados, uma vez que:

de um lado é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. Diante disso, é possível transformar os enunciados sobre valores do Tribunal Constitucional Federal em enunciados sobre princípios, e enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, como isso, haja perda de conteúdo.¹⁰⁹

Alexy conforme já exposto anteriormente, vai trabalhar com a ideia de que princípios são “mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimiza-

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 60.

¹⁰⁹ Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 144



ção”, enquanto os valores “fazem parte do nível axiológico”. Sua proposta entra em conflito quando propõe o sopesamento de princípios assim como para os valores.¹¹⁰

Ora, se os princípios trabalham na lógica binária, sopesá-los seria uma medida sem controle de fundamentação racional, caindo em visões solipsistas, e por consequência, arbitrárias. Conforme bem leciona Cattoni, “o Direito, ao contrário do que defende uma jurisprudência dos valores, possui um código binário, e não um código gradual”.¹¹¹ A partir do pós-positivismo ou Constitucionalismo Contemporâneo passasse a perceber que a preocupação é garantir ao Direito sua autonomia, para que não seja mero apêndice da política e questões morais. Neste íterim, Streck questiona de forma pontual no seguinte sentido:

[...] como é possível afirmar que os juízes sempre possuem o dever – moral – de decidir de forma adequada à Constituição, sem resvalar, com isso, em uma vinculação absoluta entre direito e moral e sem, ao mesmo tempo, cair nas malhas do positivismo ideológico?¹¹²

Há diversas perspectivas que podem iluminar o tema, adentrando na esfera de definição do que se entende por princípios, momento em que lançamos mão da interpretação de Ronald Dworkin encampada também por Jürgen Habermas.

Dworkin transporta a ideia de princípio como condição humana (virtude) para a comunidade política. Um princípio é “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável mas porque é exigência de justiça [...]”.¹¹³ Assim, a narrativa de Shakespeare poderia ser resolvida na linha de Dworkin analisando o caso concreto de Cláudio e Julieta a partir da exigência de justiça que vai além da simples análise do texto legal. A condenação, diante das circunstâncias apresentadas, configurar-se-ia injusta, não atendendo ao esforço de se desenvolver um sistema de direitos fundamentais o qual deve ser garantido pelo Poder Judiciário.

O autor norte-americano assume uma postura substancialista e entende o direito como prática interpretativa, ligada aos princípios e convicções morais, o que leva à exi-

110 *Ibidem*, p. 146.

111 Cattoni De Oliveira, Marcelo Andrade; Bahia, Alexandre Gustavo Melo de Moraes; Bacha E Silva, Diogo; Pedron, Flavio Quinaud, *Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus*, *op. cit.*, p. 100.

112 Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas* *op. cit.*, p. 41.

113 Dworkin, Ronald, *Levando os direitos a sério*, Tradução e notas Nelson Boeira – São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 36.



gência de integridade e coerência da atividade de interpretação do Direito.¹¹⁴ Os princípios aparecem de forma essencial na teoria do jusfilósofo, quando defende que:

Se a pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer regras que decorrem de **princípios** que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas pode expandir-se e contrair-se organicamente.¹¹⁵

Rafael Tomaz de Oliveira destaca que Dworkin propõe uma teoria construtivista, ou seja, defende que a interpretação da Constituição necessita de uma leitura moral. Salienta que a leitura moral não significa uma correção do direito (como se observa nas concepções axiológicas dos princípios), mas ao contrário, “[...] é ela que sustenta a interpretação, vale dizer, ela é o ‘lugar’ de onde a interpretação jurídica retira sua origem”.¹¹⁶

Por outro giro, Lenio Streck ressalta a falta de uma compreensão adequada sobre as diferenças entre princípios e valores, destacando que o positivismo nos legou tal situação hermenêutica por igualar princípios gerais do direito ao conceito de valores, fundando na proposta neokantista.¹¹⁷ O referido autor continua de forma a elucidar a questão e assenta as bases para uma melhor concepção dos princípios. Vejamos:

A imbricação entre princípios e moral importa encará-los como *virtudes* e não simplesmente como *valores* (tal como aparece na fórmula proposta por Alexy). Ou seja, a ideia de virtudes aponta para um conjunto de princípios que estão presentes em toda interpretação do direito. Estes princípios não estão inscritos na comunidade política para serem descobertos como valores, mas implicam comprometimento desta

114 Vale observar que no Novo Código de Processo Civil encontra-se referência expressa a essa ideia de Dworkin a respeito da integridade e coerência do Direito a partir do art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. In: BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Consulta: 16 de abril de 2015.

115 Dworkin, Ronald. *Império do Direito*, p. 229.

116 Oliveira, Rafael Tomaz de, “O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição: quais são as “condições de possibilidade” dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade?”, em *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Alexandre Morais da Rosa... [et al] (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 190.

117 Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas op. cit.*, p. 524.



comunidade com as decisões tomadas e com os princípios que institucionalizam tais decisões.¹¹⁸

A grande questão que se coloca é o possível enfraquecimento da jurisdição constitucional brasileira ao se confundir os termos em epígrafe, pois ao se entender princípios como valores, o guardião destes seria o Judiciário, o que levanta sérias críticas acerca de sua legitimidade democrática para tanto, pois em uma sociedade complexa de múltiplos interesses, como determinar quais os valores compartilhados? Ou ainda caberia a 11 (onze) ministros definirem os conteúdos de valor desta sociedade?

Habermas, por sua vez, destaca que houve uma compreensão equivocada no sentido de se conceber os princípios constitucionais como valores a serem concretizados. Evidencia que as normas funcionam em um sistema binário (válidas ou inválidas), com pretensão universal em um caráter deontológico. Por sua vez os valores dizem respeito à preferências, concorrendo por uma primazia de um sobre o outro, em uma concepção teleológica.

Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira.¹¹⁹

No mesmo sentido, Streck, em recente publicação reforça a proposta aqui demonstrada de que o Direito funciona na lógica binária, ou seja, na lógica do lícito-ilícito, não cabendo uma análise de “custo-benefício” de direitos. Nas palavras do autor:

E o código do Direito é binário. Lícito ou ilícito. Válido ou inválido. Não há 50 tons de cinza entre uma coisa e outra. Por exemplo: eu posso utilizar prova ilícita, ou eu não posso. E dizer “não” significa dizer “não” até mesmo “para aquele caso em que todos estão de acordo que a prova deva ser usada”. Princípio é norma e não é valor. Ou eu tenho direito à ampla defesa e ao contraditório, ou eu não tenho. Se eu tenho, eu o tenho, também, mesmo quando o “juiz-já-está-tão-convencido-da-tese-que-não-importa-o-que-eu-diga”, já que ele não mudará de ideia.¹²⁰

118 *Ibidem*, p. 591. Destaques no original.

119 Habermas, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, *op. cit.*, pp. 316- 317.

120 Streck, Lenio Luiz, *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*, CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Consulta: 27 de abril de 2016.



Na tentativa de elucidar as questões acima apontadas, Streck é enfático ao afirmar que ao se acreditar na tese de uma “positivação de valores” por meio do Estado Democrático de Direito, criamos espaço para todo e qualquer tipo de princípio.¹²¹ O autor expõe que tal concepção tem gerado um estado de anomia no tocante à aplicação de princípios, por entendê-los como meios de correção do Direito, em uma perspectiva axiológica, o que denominou de *pamprincipiologismo*, e que tem gerado o enfraquecimento da autonomia do direito.¹²²

Ato contínuo, a crítica é salutar, pois volta-se ao paradigma liberal do século XIX e início do século XX que corresponde a ideia de que na falta de leis apropriadas, cabe ao intérprete “tirar da cartola” um princípio que possa ser aplicado ao caso, outrossim, podendo até criá-lo.¹²³

Portanto, na esteira de Streck, o vínculo existente entre Direito e Moral se dá no momento da concretização do Direito. O autor frisa “[...] a cooriginariedade entre direito e moral, que tem seu enraizamento no todo principiológico da Constituição, impõe um dever de correção ao órgão judicante”.¹²⁴ Tal correção, conforme já destacado acima não significa uma hierarquia de valores a serem escolhidos pelo intérprete, mas parâmetros de interpretação, ou ainda condicionantes dos argumentos suscitados na decisão. Habermas¹²⁵ destaca que o conteúdo moral dos direitos fundamentais e de princípios se explica pelo fato de que estes se cruzam. Não obstante, o discurso jurídico é independente da moral, o que faz com que os argumentos de princípios tenham prioridade em relação aos argumentos de política no processo de aplicação do direito.¹²⁶

Verifica-se que a partir do momento em que a Constituição passa a ser entendida como uma ordem de valores a serem concretizados, retorna-se à discricionariedade tão combatida no século passado.

Por fim, a “confusão” entre princípios e valores precisa ser extirpada do imaginário dos juristas brasileiro, para que o caráter deontológico dos princípios não seja dominado por uma concepção axiológica, ou seja, em um sentido gradual de valores, caminhando-se por uma hermenêutica baseada em argumentos de princípios, dotados de normatividade, ou seja, que vinculam e limitam o intérprete.

121 Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas op. cit.*, p. 527.

122 *Ibidem*, p. 545.

123 *Ídem*.

124 *Ibidem*, p. 553.

125 Habermas, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade, op. cit.*, p. 256.

126 *Ibidem*, p. 257.



5. Considerações finais

Shakespeare teve a sensibilidade de suscitar temas que geram discussões até os dias atuais. Na obra *Medida por Medida*, podemos perceber, além dos temas relacionados ao bom governo, ética dos governantes, a discussão acerca de duas concepções interpretativas (Ângelo 1 e Ângelo 2) e suas consequências na aplicação do Direito.

Ao considerar que toda dicotomia gera miopia, pois entre os extremos existem possibilidades que precisam ser melhores refletidas, faz-se a seguinte indagação: há de se apostar na “literalidade” dos textos ou confiar nas virtudes éticas dos Magistrados?

Os “Ângelos” estão por aí definindo o direito e interferindo diretamente na vida das pessoas, o que lhe atribui responsabilidade política por suas decisões. Daí a importância do art. 93, IX CRFB/88 em estabelecer a motivação como forma de controle democrático e legitimidade das decisões judiciais.

Falar em mera subsunção das leis é, por demais, ultrapassado. Contudo, tal concepção ainda é difundida no Poder Judiciário brasileiro, desconsiderando o contexto fático que o torna um evento único e irrepetível, assim como Ângelo 1 sucumbiu, pois fechou os olhos para o caso concreto. Por outro giro, para se falar em “juiz de princípios” é preciso ter cautela para compreender o que tal expressão significa, sob o risco de se voltar ao realismo jurídico e sua discricionariedade, apostando em valores comuns, tese incompatível com a hodierna sociedade.

O contraponto entre as concepções acima destacadas, precisa ser discutido, pois ambos incorrem em radicalismos, uma vez que a lei democraticamente elaborada, precisa ser respeitada, contudo o texto é o ponto de partida, contando com os princípios para o fechamento da interpretação, o que prioriza a coerência e a integridade do Direito. Portanto, ao se conceber os princípios em uma perspectiva deontológica, funcionando no sistema binário (lícito e ilícito), há de se ignorar a ideia de uma carga axiológica destes. À luz das normas, verifica-se um comando que é posto, enquanto os valores trabalham na lógica do que é recomendável.

A ação normativa deve respeitar os postulados da igualdade, ou seja, deve ser bom para todos, e não permite que seja voltada para uma ação particular. Tal perspectiva se compatibiliza de forma mais adequada ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

Referências

Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros. 2012.



- Atienza, Manuel, *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, Trad. Cupertino, Maria Cristina Guimarães, São Paul, Landy, 2003. p. 160.
- Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- Bobbio, Norberto, *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, Compiladas por Nello Morra; trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 2006.
- Brasil, JusBrasil, disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2351813/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1061241-rj-2008-0112990-0>. Consulta: 9 de diciembre del 2015
- Cattoni De Oliveira, Marcelo Andrade; Bahia, Alexandre Gustavo Melo de Moraes; Bacha E Silva, Diogo; Pedron, Flavio Quinaud, *Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Empório do Direito*, Disponível em: http://emporioidireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/_/#_ftn12. Consulta: 27 de abril de 2016.
- Cruz, Álvaro Ricardo de Souza, *Jurisdição Constitucional Democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009*. 2ª edição revista e ampliada, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014.
- De Moraes, Fausto, *Hermenêutica e Pretensão de Correção: Uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Área de Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: < <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf> >. Consulta: 16 abril de 2015.
- Dworkin, Ronald, *Levando os direitos a sério*, Tradução e notas Nelson Bocira – São Paulo, Martins Fontes, 2002. – (Justiça e direito)
- Dworkin, Ronald, *Império do Direito*, Tradução Jefferson Luiz Camargo e revisão de Dr. Gildo Rios, São Paulo, Martins Fontes, 1999. (Ensino Superior).
- Ferraz Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*, São Paulo, Atlas. 2003.
- Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”, In: *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Moraes da Rosa...* [et at] (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, pp. 13-56.
- Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, Tradução de Flávio Paulo Meurer, Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini, Petrópolis, Vozes. 2004.
- Habermas, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebenichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- Heliodora, Barbara, *Por que ler Shakespeare*, São Paulo, Globo, 2008.
- Heliodora, Barbara, *Falando de Shakespeare*, São Paulo, Perspectiva, 2001.
- Heliodora, Barbara, *O homem político em Shakespeare*, Rio de Janeiro, Agir, 2005.



- Kermode, Frank, *A linguagem de Shakespeare*, Tradução de Barbara Heliodora, Rio de Janeiro, Record, 2006.
- Moreira, Nelson Camatta, “O dogma da Onipotência do legislador e o Mito da Vontade da Lei: A ‘Vontade Geral’ como Pressuposto Fundamentais do Paradigma da Interpretação da Lei”, em *Revista de Estudos Criminais*, Ano IB, n. 15, Porto Alegre.
- Moreira, Nelson Camatta, *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*, Florianópolis, Conceito Editorial, 2010.
- Moreira, Nelson Camatta. *Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- Moreira, Nelson Camatta, Oliveira, Juliana Ferrari de (Orgs), *Direito & Literatura e os Múltiplos Horizontes de Compreensão pela Arte*, Ijuí, Editora Unjuí, 2015.
- Oliveira, Rafael Tomaz de, “O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição: quais são as “condições de possibilidade” dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade?”, em *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*. Alexandre Morais da Rosa et al. (organizadores), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.
- Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de; Bahia, Alexandre Gustavo Melo de Moraes; Bacha e Silva, Diogo; Pedron, Flavio Quinaud, “Presunção de Inocência: uma contribuição crítica à controvérsia em torno do julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal”. *Empório do Direito*. Disponível em: http://emporiiododireito.com.br/presuncao-de-inocencia-uma-contribuicao-critica/#_ftn12. Acesso em: 27.04.2016.
- Radbruck, Gustav, *Filosofia do Direito. Apêndice II: Cinco minutos de Filosofia do Direito*, Tradução e prefácios Prof. L. Coimbra, Cabral de Moncada, 6ª edição revista, acrescida dos últimos pensamentos do autor, 1997.
- Rodriguez, José Rodrigo, *Como decidem as cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2013.
- Sarmiento, Daniel; Souza, Cláudio Pereira Neto, *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, Editora Fórum, 2014.
- Skakespeare, William, *Medida Por Medida*, Tradução de Beatriz-Viegas-Faria, Porto Alegre, RS. L&PM. 2014.
- Silva, Virgílio Afonso da, “O proporcional e o razoável” em *Revista dos Tribunais*, v.798, A. 91, São Paulo, abril.2002, pp. 23-50.
- Silva, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2014.
- STF, *Voto do Ministro Eros Grau proferido na ADI n° 4.219*. Disponível em: www.stf.jus.br. Consulta: 9 de diciembre del 2015.
- STJ, “Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgReg em REsp n° 279.889/AL, julg. Em 03/04/2001, DJ 11/06/2001”, em Streck, Lenio Luiz, *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.
- Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014a.



- Streck, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014b.
- Streck, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014c.
- Streck, Lenio Luiz, “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo” *In: Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Moraes da Rosa... [et al]* (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, pp. 59-94.
- Streck, Lenio Luiz, *STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC?*. CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc>. Consulta: 18 de abril de 2016.
- Streck, Lenio Luiz, *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*, CONJUR. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>. Consulta: 27 de abril de 2016.
- Trindade, André Karam; Gubert, Roberta Magalhães; Neto, Alfredo Copetti [et al] – *Direito & Literatura: ensaios críticos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- Trindade, André Karam, *Direito & Literatura: Reflexões Teóricas. Livraria do Advogado*, Porto Alegre, 2008.