

OS CAMINHOS PARA A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO: OS POSTULADOS DA ESCOLA DO DIREITO LIVRE NAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

THE WAYS TO OVERCOMING POSITIVISM: THE POSTULATES OF THE *FREE RIGHT SCHOOL* IN THE BRAZILIAN JUDICIAL DECISIONS

Wilson Engelmann*
Camilo Stangherlim Ferraresi**

RESUMO

O artigo reconstrói algumas características do positivismo jurídico e o modo como a Escola do Direito Livre pretendeu enfrentar tais aspectos. A partir da matriz teórica da fenomenologia-hermenêutica e da pesquisa documental, o artigo analisa algumas decisões judiciais, consideradas como a atual expressão dos postulados desta escola na jurisprudência brasileira. Se conclui, a partir da perspectiva do círculo hermenêutico, de raiz gadameriana, que o solipsismo ainda presente nas decisões judiciais brasileiras examinadas contraria as concepções do método fenomenológico-hermenêutico, exigindo que a resposta judicial deverá valorar as características

* Pós-doutor en los Retos Actuales del Derecho Público, organizado pelo Centro de Estudios de Seguridad, da Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, Espanha; graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1988), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005). Professor, Pesquisador e Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, ambos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. Pesquisador associado do: Latin American Nanotechnology & Society Network; Portuguese Institute for Legal Research e do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade. E-mail: wengelmann@unisinos.br.

** Doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (São Leopoldo – RS), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru – SP). Especialista em Gestão e Formação de Educadores em Turismo pela Universidade do Sagrado Coração (Bauru – SP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru – SP (ITE). Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB). E-mail: camilostangherlimferraresi@gmail.com.

do caso concreto, por meio do encadeamento dos diversos níveis deste círculo, sem fracionamento, a fim de se “escapar” do mero subjetivismo do julgador no momento da atribuição do sentido ao texto jurídico.

Palavras-chave: Positivismo jurídico; Escola do Direito Livre; Círculo hermenêutico; Decisões judiciais.

ABSTRACT

The article reconstructs some characteristics of legal positivism and the way in which the Free Law School intended to confront these aspects. From the theoretical matrix of phenomenology-hermeneutics and documentary research, the article analyzes some judicial decisions, considered as the present expression of the postulates of this school in Brazilian jurisprudence. It is concluded, from the perspective of the hermeneutic circle, of the Gadamerian root, that the solipsism still present in the Brazilian judicial decisions examined contradicts the conceptions of the phenomenological-hermeneutic method, requiring that the judicial response should assess the characteristics of the concrete case, through in order to “escape” from the mere subjectivism of the judge at the moment of the attribution of meaning to the legal text.

Keywords: Legal positivism; School of Free Law; Hermeneutic circle; Judicial decisions.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar a tendência de decisões judiciais brasileiras se assemelharem a matriz teórica do Direito Livre, movimento alemão, do começo do século XX que tinha como marca principal a superação da escola positivista clássica que dominou o direito no século XIX. Diante disso, será estudado o positivismo exegético francês e, por consequência, a distinção dele de outras matrizes teóricas positivistas para compreensão adequada do surgimento de movimentos que tinham por objetivo a sua superação, em especial, do Direito livre, bem como o momento histórico em que estavam inseridos.

A compreensão do positivismo clássico e suas características e diferenciações em relação às demais matrizes do positivismo jurídico se verificam necessárias para superação da ideia difundida por muitos de que o positivismo está relacionado exclusivamente com a fiel aplicação da lei sem espaço de interpretação para o juiz ou jurista diante da norma jurídica.

A partir dessas considerações, pretende-se analisar o surgimento do movimento do Direito livre, suas características e contraposição a escola exegética, bem como o contexto histórico-social que impulsionou seu surgimento. Nessa perspectiva, serão analisadas algumas decisões dos Tribunais brasileiros que de certa forma (re)visitaram tardiamente (e injustificadamente) ao modo de decisão proposto pelo movimento do Direito livre, inclusive em algumas situações em

contrariedade com a legislação vigente, com a justificativa da busca da justiça ou da conformação com a voz das “ruas”. Deste panorama, se desenha o problema que o artigo pretende enfrentar: a partir das características da Escola do Direito Livre, sob quais condições se poderá dizer que seus postulados podem ser encontrados em decisões judiciais no Brasil?

Não se busca distinguir detalhadamente as matrizes teóricas do positivismo, mas situar historicamente o surgimento do movimento do Direito livre como antítese do positivismo exegético francês. Nesse contexto, são objetivos específicos do artigo: (i) investigar se a aplicação tardia de um movimento do começo do século XX nas decisões judiciais brasileiras que podem afetar ou relativizar a concepção de democracia; (ii) avaliar a compreensão da Escola de Exegese Francesa e seus reflexos na realidade do Direito brasileiro, identificando elementos estruturantes na atuação do Poder Judiciário e a (im)possibilidade de atuação do Poder Judiciário com influência do movimento do Direito Livre, a partir da análise de algumas decisões judiciais. Foram analisadas algumas decisões judiciais, livremente identificadas pelos autores, a partir das orientações próprias da pesquisa documental.¹

O encadeamento da pesquisa que sustenta este artigo se dará por meio do método fenomenológico-hermenêutico², que visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado. Não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos, o sujeito (o pesquisador) está diretamente relacionado com o objeto de estudo, ou seja, a influência da escola do Direito Livre nas decisões judiciais brasileiras, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno.

De acordo com Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, o método compreende três pontos “que o próprio Heidegger oferece como descrição, e que parecem exprimir, de um modo englobante, aquilo que o método fenomenológico comporta. São elas: *a*) a redução; *b*) a destruição; *c*) a construção”.³ O método fenomenológico é um procedimento regressivo que realiza uma operação

¹ REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 189-224.

² ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

³ STRECK, Lenio Luiz, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. In: *Consultor Jurídico*, 26 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>>. Acesso em: 15 out. 2019.

interna no seio da história da filosofia, que busca destruir sedimentações que se formam na linguagem e endurecem a tradição, ou seja, como explicam Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira “trata-se de ler a tradição de modo que seja possível perceber nela *possibilidades* que ficaram inexploradas por uma série de encobrimentos”.⁴

A constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. No movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido aos resultados da pesquisa, onde o investigador estará diretamente implicado⁵. Portanto, isto somente será possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que a pesquisa poderá produzir na sociedade.

A (IN)COMPREENSÃO DAS MATRIZES POSITIVISTAS: O POSITIVISMO EXEGÉTICO

Atualmente ainda é utilizada a expressão positivismo para amoldar todas as espécies de interpretação do direito e para justificar a necessidade de superação da crise do direito brasileiro.

Muitos autores se autodenominam positivistas jurídicos, sem, contudo, fazer a distinção entre as diversas matrizes teóricas filosóficas e “quando alguém fala em positivismo não imagina os diversos positivismos que foram se forjando ao longo dos séculos”⁶.

O positivismo jurídico surgiu no século XIX em contraposição ao direito natural⁷ tendo passado por adaptações desde seu surgimento com diversas diferenças de pensamento que superaram o dualismo juspositivismo e jusnaturalismo. Lenio Luiz Streck ensina que “não obstante, é possível observar que o Juspositivismo (em suas mais variadas faces) se fundou na relação moderna sujeito-objeto, alternando entre objetivismo e subjetivismo, razão teórica e razão prática, e em cosmovisões filosóficas anacrônicas que mantém a discricionariedade,

⁴ STRECK, Lenio Luiz, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. op. cit.,

⁵ ENGELMANN, Wilson. Direitos bio-humano-éticos: os humanos buscando ‘direitos’ para proteger-se dos avanços e riscos (desconhecidos) das nanotecnologias. In: CONPEDI, 2010, Fortaleza, CE. *Anais eletrônicos...* Fortaleza, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3400.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 159.

⁷ Sobre este tema, consultar: ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico*: princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2001.

tornando este paradigma inadequado para esta quadra da história, sobretudo diante das exigências da democracia”⁸.

O estado de crise e a necessidade de superação é zona comum para enquadramento em todas as categorias do direito a partir da concepção de positivismo, seja para apontar a crise do ensino jurídico, seja para apontar a crise da interpretação do Direito pelos Tribunais. Identifica-se o estado atual de crise e, como solução, a superação do positivismo.

Lenio Luiz Streck ensina que o positivismo científico:

Explicando melhor: o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.⁹

O positivismo clássico apresenta características peculiares que o aproxima de escolas em diferentes países, como por exemplo, França e Alemanha (ressalvadas suas particularidades e a ausência de marco definidor entre elas), e o diferencia de outras matrizes filosóficas. Uma delas é que o material jurídico é estabelecido por uma autoridade, conforme explica Lenio Luiz Streck:

Trata-se de um movimento em que o material jurídico é estabelecido por uma autoridade humana legitimada: na França, a lei produzida pelo legislador racional, de inspiração iluminista (positivismo exegético); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência dos conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica). Veja-se que é isto que o positivismo posteriormente chamaria (tese dos) “fatos sociais”, embora nesse momento histórico não seja da simples caracterização como “fato social” que derive a legitimidade do Direito, mas da sua relação com a autoridade criadora (legislador, professor ou juiz).¹⁰

A questão positivista do fato social significa que o jurista só cabe descrever os fatos, que são construções humanas. Busca-se certezas e objetividades a partir

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 135.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34-35

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v 15, n. 1. p. 158-173. Itajaí: Univali, jan.-abr. 2010. p. 159.

do sentido atribuído pela razão humana, “o Direito é um fato social posto pela razão humana”¹¹.

Por diversas razões, em um segundo momento, o Direito dado, posto, positivo, precisa ser preservado e nessa perspectiva, ao julgador, ao jurista, cabe a função de aplicá-lo ao caso concreto. A interpretação do direito está atrelada ao método dedutivo de subsunção do fato à norma. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck:

No entanto, em um segundo momento, esse Direito posto (positivo) precisa ser conservado/preservado por razões políticas e sociais (a desconfiança da burguesia francesa com os juizes do *ancient regime*; a unificação do Direito alemão sob o império de Bismarck; a limitação do poder dos juizes frente às imposições consuetudinárias)¹².

Prossegue:

No positivismo jurídico clássico, exegético ou legalista, acredita(va-se) que o mundo podia (pode) ser abarcado pela linguagem e que a regra – no plano do direito – abarca(va) essa “suficiência do mundo”, isto é, a parte do mundo que deposita(va) na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade¹³.

Para melhor compreensão, necessário o resgate da escola de exegese francesa para destacar das demais escolas positivistas e verificar como, ainda hoje, se trata todas as facetas do positivismo como se fosse positivismo medievo, ou seja, para parcela significativa dos juristas brasileiros Kelsen e o positivismo francês são a mesma coisa. O recorte a partir do positivismo francês exegético se faz necessário, tendo em vista que o modelo de construção de significado (re)produzido no Brasil como marco teórico do positivismo se aproxima de sua estrutura conceitual e desconsidera as diferentes matrizes teóricas positivistas, suas diferenças e características próprias.

Castanheira Neves designa a Escola da Exegese¹⁴ como “uma corrente do pensamento jurídico francês nascida nos começos do século XIX, que subsistiu, com maior ou menor fidelidade ao seu sentido originário, por todo esse século e em que encontrou expressão doutrinária e metodológica o legalismo da codificação pós-

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 160.

¹² STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 160. Consultar, também, KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico*: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 217-218.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 135.

¹⁴ Interessante estudo sobre a Escola da Exegese pode ser lido em: MORAES, Maria Amália Dias de. A Escola da Exegese – Esboço de uma Justificação Histórica. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 22, n. 56, p. 43-52, set./dez. 1989.

-revolucionária”¹⁵. A Escola da Exegese tinha como característica a entendimento do Direito como conjunto de textos legais sistematizados nos códigos e a submissão a uma estrita hermenêutica exegética, dogmática, lógico-analítica e dedutiva.¹⁶ Para a Escola da Exegese a produção normativa estava adstrita ao conjunto de lei emanados da autoridade legislativa, ou seja, do Poder Legislativo. Trata(va)-se de uma escola em que o material jurídico é entregue por uma autoridade formal. Lenio Luiz Streck aponta que na perspectiva do direito “a mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos”¹⁷.

A principal característica do positivismo clássico ou legalista é a equiparação do direito à lei, que era produzida por uma autoridade legislativa, no caso francês e, ao juiz, ou intérprete, restava apenas a função de aplica-la, sem espaço para interpretação além da lei, que era a única fonte do Direito.¹⁸ De acordo com Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz Oliveira são características do método da escola da exegese “a sistematicidade jusnaturalista-racionalista; a radical separação entre fato e direito; a identificação total entre código (estatuto) e direito, o dogma da literalidade na interpretação dos artigos dos códigos”¹⁹. Com tais contornos, os defensores da Escola da Exegese tentavam controlar o tempo e o modo como o Direito regulava as relações sociais, em uma nítida tendência de que tudo estaria previamente contemplado legislativamente. Como já visto, para a Escola da Exegese o Direito se apresentava somente pela lei dada por uma autoridade e nessa estrutura jurídica não existiriam lacunas no ordenamento jurídico. A função do juiz, do interprete, era a aplicação da lei a partir do método lógico-dedutivo. Tal perspectiva acerca do jurídico, inevitavelmente conduziram à crise da escola, dada a resistência da sua revisão.

A CRISE DO POSITIVISMO EXEGÉTICO E A (IM)POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO: A EMERGÊNCIA DO MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE

A crise do positivismo exegético e a necessidade de superação da compreensão do sistema jurídico como um sistema completo, sem lacunas, foram alavancadas por duas teorias que afirmavam a existência de lacunas e a ampliação das fontes jurídicas.

¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 181.

¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 15, n. 1, p. 158-173. Itajaí: Univali, jan.-abr. 2010.

¹⁸ ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁹ ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. op. cit., p. 390.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck:

Nas diversas tentativas de superação do positivismo primitivo (nas suas mais variadas traduções “nacionais”), construíram-se teses voluntaristas-axiologistas, passando da “razão” para a “vontade”. É possível dizer que cada um dos “positivismos nacionais” teve sua antítese: na França, contra o exegetismo surge o movimento do Direito; no *commom law*, contra a jurisprudência analítica surge o realismo norte-americano e o escandinavo; na Alemanha, contra a jurisprudência dos conceitos surge a jurisprudência dos interesses.²⁰

Aliás, com Losano, é possível afirmar que o chamado movimento do Direito Livre se encontra na raiz de todas essas posturas teóricas que tinham como pano de fundo a libertação do julgador das rígidas estruturas formais que o conceitualismo do século XVIII havia legado à moderna e agitada sociedade do século XIX.²¹ No contexto assim delineado, se vislumbra a Escola de Direito Livre como uma reação ao formalismo legalista e à Jurisprudência dos Conceitos²²

Em 1889, François Géný publicou o *Método de Interpretação e Fontes do Direito Privado Positivo* e inaugurou a *livre investigação científica do sistema*. A proposta de Géný não rompeu com o sistema positivista francês, nem pode ser considerada efetivamente a antítese daquela escola, mas sim, um processo de superação ou aperfeiçoamento da escola francesa, uma vez que Géný ainda mantém a lei como base ou como fonte principal do Direito, mas ampliou as possibilidades de realização do direito a partir da mudança da concepção das fontes do direito e do método de interpretação, ao defender: “são muito raros os casos de insuficiência da lei, e quase sempre a analogia proporcionará ao juiz um princípio para a solução”.²³ Nessa perspectiva, pode-se destacar que Géný propõe o rompimento com a tradição do positivismo exegetico da lei como única e exclusiva fonte do direito e reconhece a existência de lacunas no sistema jurídico.²⁴

A lei, como um ato de inteligência e vontade humana, necessariamente limitada em seus olhares, restringida ainda em seu alcance efetivo, por maior que seja a profundidade a que se chegue, não poderia deduzir a totalidade de soluções

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 110.

²¹ LOSANO, Mario G. O Direito Público da Europa Continental. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 73-91.

²² OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Escola de Direito Livre. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 273.

²³ GÉNY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925, p. 25.

²⁴ GÉNY, François. Op. cit.

que reclamam a infinita complexidade de relações sociais.²⁵ Gény concordava com uma possibilidade criadora da jurisprudência, propugnando uma independência do juízo e a liberdade de investigação, a fim de se garantir à Ciência Jurídica, condições essenciais de progresso.²⁶ O motivo para esta perspectiva, é assim justificada por Gény: “[...] sob a aparência de permanecer fiel à lei e ao seu pensamento, o método tradicional da exegese abre margem ao subjetivismo desordenado”.²⁷ Há verdadeira ampliação das fontes do Direito e elementos que possibilitem ao juiz extrair deles a regra de Direito que será aplicada. De acordo com Gény, as fontes seriam formais, ou seja, a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência, mas também poderia o intérprete se valer de elementos objetivos revelados pela investigação científica. Em relação as fontes formais, necessário destacar que os costumes adquirem um alto valor como fonte do direito nas questões jurídicas não reguladas pela lei.²⁸ A função do juiz, do intérprete, de criação de uma regra jurídica na hipótese de lacuna da lei é chamada de livre investigação científica. Livre porque se encontra subtraído da ação própria de uma autoridade positiva; investigação científica, porque não pode encontrar suas bases sólidas sem os elementos objetivos que só a ciência pode revelar. Os elementos objetivos são os princípios de ordem natural fundados na consciência e revelados institutivamente pela razão humana, por exemplo, o princípio da justiça, da igualdade, equidade, analogia, elementos derivados da vida social, como organização moral, religiosa, economia, que devem ser combinados mutuamente sobre a base de que eles respondam amplamente a ideia de justiça e de utilidade social (organização social).²⁹

A organização científica é uma tentativa de estabelecer critérios objetivos para o subjetivismo do juiz ou do intérprete na superação da lacuna existente no sistema jurídico positivo, por isso, denominado científica, é uma escola da ciência do direito. Somente é possível extrair bases sólidas nos elementos que a ciência pode revelar. A missão do intérprete é a criação e desenvolvimento do direito e, nesse ponto identifica-se uma mudança do papel do juiz em relação à escola de exegese em que o método seria apenas o lógico dedutível. São modelos distintos, na escola de exegese, a função era meramente declarativa, enquanto que aqui, há a criação e desenvolvimento do direito. A investigação encomendada ao juiz no terreno do Direito é descobrir, o que se aproxima à incumbência do legislador.³⁰

²⁵ CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. *Teoría del derecho*. 3. edición, corregida, aumentada y actualizada con el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Decreto 191/2011. Ciudad de Buenos Aires: Editoreal Ábaco, 2013.

²⁶ GÉNY, François. op. cit., p. 61-62.

²⁷ GÉNY, François. op. cit., p. 62.

²⁸ GÉNY, François. op. cit., p. 230 e seguintes.

²⁹ GÉNY, François. op. cit., p. 232.

³⁰ GÉNY, François. op. cit., p. 562 e seguintes.

Diante do silêncio ou insuficiência das fontes formais, o juiz deve formar sua decisão de Direito nas mesmas razões que teria o legislador se estivesse a regular a questão. Os limites do juiz seria o espírito da organização moderna e para livrar-se dos riscos da arbitrariedade, libertar-se o possível de toda influência pessoal e proveniente da situação particular que se coloca, e fundar sua decisão jurídica sobre elementos de natureza objetiva. Em síntese, o sistema de Gény não desconhece o valor central da lei, concede relevância a outras fontes do direito, as que bebem na realidade social e se orientam da solução das questões jurídicas que diariamente se apresentam, de modo a evitar a estagnação do Direito, já que este, ao entrar em contato com a realidade, tem que necessariamente estar em contínua renovação e evolução. Daqui, nesse amplo campo que se abre ao intérprete, não devemos esquecer aqueles princípios que, sem estar literalmente enunciados nos textos legais, surgem claramente do seu espírito e de sua combinação dos textos e os que cabe outorgar tanto valor e autoridade como ao mesmo texto de lei.³¹

O Movimento do Direito Livre foi um movimento de origem alemã que se firmou nas primeiras décadas do século XX e teve influência de François Gény. É uma corrente do pensamento jurídico que surgiu no interior do próprio pensamento jurídico, como que uma autocrítica e tentativa de auto-superação, e não diretamente provocada por fatores externos, sejam filosóficos, políticos ou outros.³²

Castanheira Neves explica que “trata-se de um movimento (*movimento* no sentido próprio do termo, e não escola, considerada que seja a sua índole sobretudo polêmica e militante e não sistematicamente organizada [...]).³³ Movimento porque não foi sistematicamente organizado e porque apresenta um caráter ‘internacional’, como por exemplo, em realistas estadunidenses, na Alemanha e na Áustria.³⁴

Catanheira Neves explica o Direito Livre como:

[...] direito livre identifica todo direito que se constitua para além ou independentemente do legislado, da lei – o direito não legal e reconhecido na sua normatividade sem imposição normativa autoritária (imperativa) do legislador estatal – e, que se confira a esse direito livre o caráter de uma objectiva pressuposição (assim, como direito vivo ou sociologicamente determinável e vigente na vida real da sociedade, como direito emergente da natureza das coisas, como direito natural inclusi-

³¹ GÉNY, François. op. cit., p. 595 e seguintes.

³² CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2. p. 194.

³³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit., p. 193.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

vamente, etc.), quer seja nele o resultado de uma criação dos juristas, do jurista-julgador ou do juiz antes de mais, na sua judicatio-decisória realização do direito mediante o apelo a critérios normativos extralegais e em último termo com fundamento na sua autônoma e pessoalmente responsável procura pelo justo. Num sentido estrito, aquele a que se liga o movimento do direito livre, designa apenas esta última etapa da formação metalegal do Direito.³⁵

Segundo Lenio Luiz Streck, “a Escola do Direito Livre, do início do século XX, fundada por Hermann Kantorowicz (1906, *A Luta pela Ciência do Direito*), essa doutrina defende – atenção! – para a época – a plena liberdade do juiz no momento de decidir os litígios, podendo, até mesmo, confrontar o que reza a lei. O juiz não estaria lançando mão apenas do seu poder decisório, mas, mais do que isso, a sua função de legislador, seu poder legiferante para encontrar aquilo que ele, juiz, percebe como “o justo”³⁶. O movimento o Direito Livre afirmava a liberdade do jurista na procura do direito e combatia o positivismo cientificista. A manifestação do Direito se dava na realização histórico-social, pregava a libertação do formalismo exegético e conceitual e afirmava que ao lado do Direito dado, do Direito legislado, havia um Direito livre. O contexto histórico do movimento surge basicamente como uma reação contra o positivismo extremado da escola da exegese e a orientação doutrinal clássica que delimitava muito os poderes do aplicador das leis, estando ele fadado a sempre obedecer a norma. O direito da sociedade deveria prevalecer sobre o Direito legislado considerando-se que o primeiro era anterior a este. Os teóricos chamavam essa liberdade de Direito extralegal, seria o Direito Livre propriamente dito – aquela que vai além do Direito legislado.

Castanheira Neves explica que é importante compreender o contexto histórico do surgimento do movimento:

No plano cultural, há que atender à profunda alteração na perspectiva que se verificou na cultura europeia, no período histórico que imediatamente antecedeu o movimento e sobretudo naquele em que ele se desenvolveu. O homem passou então a reconhecer-se com outras dimensões para além daquela, até aí predominante, que tinha as suas raízes no Iluminismo e que o cientificismo do século XIX havia sustentado: a dimensão do intelectualismo teórico-analítico e sistematicamente abstracto, de que ciências empírico-naturais mecânico-matemáticas

³⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 193.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! In: *Consultor Jurídico*, 25 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

eram realização exemplar. Contra esse racionalismo analítico-abstracto, com seu empobrecedor positivismo, afirmava-se o vitalismo; a recusar a universalidade da razão (da razão-entendimento) proclamava-se a profundidade da vida e da razão vital, assim como antes que a razão ou mais do que a razão se haveria de reconhecer a vontade; perante a lógica, que se cumpre na analítica formal do espaço, estaria a densa intuição material do tempo, ou perante o estrito racionalismo o intuicionismo; da razão teórica (generalizante e explicativa) havia de distinguir-se a razão histórica (individualizante e compreensiva) [...].³⁷

Como se verifica, nesse contexto há a ampliação e superação da visão do iluminismo e cientificismo do século XIX (supera-se o “intelectualismo teórico-analítico e sistematicamente abstrato focado em premissas de ciências empírico-naturais ou matemático-mecânicas), do racionalismo analítico-abstracto, alicerçado em um pobre positivismo e parte-se para afirmar um ‘vitalismo’, recusa da universalidade da razão e proclamação da profundidade.

Prossegue:

[...] à arte tecnológica de objetivos práticos, e enquanto mera aplicação prática da ciência, opõe-se a *práxis* em sentido próprio, com sua específica e irredutível autonomia, e à natureza, na sua neutro-impessoal objectividade, contrapõe-se a cultura e a sua humano-comprometida-axiologia; ao homem genérico e abstracto sucederia o homem concreto e existencial, etc. – e com as consequências conhecidas em todos os campos, no pensamento filosófico, na arte, na epistemologia.³⁸

A transformação do homem genérico e abstracto para o homem concreto e existencial é condição de possibilidade para modificação do fundamento do Direito, da razão para a vontade, que se caracteriza pelo voluntarismo do sujeito que realizará a interpretação do Direito. A mutação no plano social conduz a novas exigências de existência social, principalmente provocadas pela Primeira Guerra, tendo em vista o fim estabilidade das sociedades liberais e o agravamento de problemas sociais emergentes da sociedade industrial.³⁹

Castanheira Neves explica também as mudanças no plano jurídico:

No plano jurídico e, em directa consonância com a mutação no plano social, a segurança (jurídica), que postulava um direito estável de previsível certeza e de igualdade formal, passa a confrontar-se com a intenção

³⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 195.

³⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *op. cit.*, p. 195.

³⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *op. cit.*, p. 195.

de justiça e a sua exigência de um direito materialmente fundado e de realização concretamente adequado.⁴⁰

Esse cenário de transformações possibilitou o surgimento e a aceitação de mudanças na matriz teórica com a finalidade de superação do positivismo, do direito dado a partir de uma autoridade e das atribuições ou liberdade do jurista na construção do Direito a partir das lacunas existentes no sistema jurídico. Isto possibilitou a mudança do fundamento do Direito que passou a ser a vontade e não a razão, que se orientou com uma finalidade prática, intuitiva, voluntarista, da busca da justiça, da equidade. A decisão surge como um *a priori*, assim, a lei e a racionalidade normativa surgem com expedientes complementares, elementos de justificação *a posteriori*. A vontade de uma decisão conduziria à escolha dos textos legais que a fundamentaria, a utilização de normas legais diante dos fatores práticos da gênese da decisão apresenta-se como posterior racionalização normativa, um controle da vontade, portanto. Castanheira Neves explica que o movimento “afirmava a necessária liberdade do jurista na procura do Direito, uma margem de decisão pessoal responsável ineliminável pela codificação mais exauriente e que não se pode ser integrada pelas operações puramente lógicas da metodologia clássica.”⁴¹

Diante disso pode-se concluir que o Direito livre pretendia (i) a superação do postulado do legalismo estatista, ou seja, a superação da lei como fonte exclusiva do Direito e a existência de fontes extralegais (direito consuetudinário, direito advindo de decisões judiciais) – daí o nome ‘direito livre’ (livre de lei); (ii) o postulado da plenitude lógica do sistema jurídico e a inexistência de lacunas, ou seja, a concepção do direito positivo como sistema unitariamente fechado, de uma auto-suficiência lógico-normativa, o qual implicava na negação da existência de lacunas; (iii) O postulado do direito como uma entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutivamente aplicável.⁴²

São características diferenciadoras do movimento do Direito Livre: i) manifestação do direito é o da sua realização histórico-social e, por isso, a decisão jurídica concretamente problemática ou na decisão judicial se teria de ver o fator principal de sua formação (O direito não é um sistema de normas mas uma totalidade de decisões); ii) O fundamento criador do direito não é a razão, mas a vontade (voluntarismo), impulsionada pela emocional intuição axiológica, pela

⁴⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit., p. 195.

⁴¹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 195.

⁴² CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.

intuição concreta do justo, pela consciência jurídica ou pelo sentimento do Direito; iii) o juiz devia decidir como decidiria no seu caso – empírico; iv) reconhecimento da legitimidade da decisão *contra legem*.⁴³

As decisões *contra legem* só seriam legítimas se: i) se ela não lhe oferecesse um solução indubitavelmente; ii) se concluisse, livre e conscientemente, que o poder estatal (o legislador) existente ao tempo da decisão não teria provavelmente prescrito a solução enunciada na lei.⁴⁴ Mesmo nas hipóteses que a decisão *contra legem* fosse considerada legítima, o juiz deveria decidir no sentido de que presumisse ser a orientação que tomaria no caso o poder estatal atual e, na impossibilidade de determinar esse sentido, decidiria segundo o direito livre.⁴⁵

O movimento do Direito livre possibilitou reflexões, como por exemplo, (1) apontar o problema das lacunas, (2) assentar o instante decisivo da decisão jurídica concreta, (3) indicar a participação de elementos não lógico-formais (axiológicos, emocionais, teleológicos) no juízo jurídico e (4) esclarecer a impossibilidade de confundir direito e lei. Todavia, a antítese proposta (intelectualismo-voluntarismo) admitiu o direito como puro subjetivismo e não propôs uma nova metodologia jurídica, ignorando que a lei também possuía o seu lugar próprio como um dos momentos de realização do direito. Com isso, não apontou solução ao problema das decisões *contra legem*.

OS (DES)CAMINHOS DAS DECISÕES JUDICIAIS: DISCRICIONARIDADE, SOLIPSISMO E DIREITO LIVRE “À BRASILEIRA”

A partir da contextualização do positivismo clássico e o recorte específico em relação a escola francesa, tendo em vista a sua proximidade com o sistema jurídico brasileiro da *Civil Law*, que inclusive (re)produz o ensino jurídico codificado e, da identificação de movimentos que pretendiam a sua superação naquele momento histórico, ou seja, a *livre investigação científica do sistema*, proposto por François Géný e sua influência para o surgimento do movimento do Direito Livre na Alemanha, busca-se identificar influências tardias das premissas propostas por esse último na estrutura das decisões judiciais brasileiras.

Desta forma, pretende-se identificar traços que aproximam as características do Direito Livre nas decisões judiciais brasileiras de forma a (re)significar um movimento à brasileira a partir do horizonte de sentido projetado por decisões da Suprema Corte que repercute em todo sistema judicial.

O Supremo Tribunal Federal tem atuado de maneira voluntarista e, em algumas situações, ao decidir, invadindo competências constitucionais do legis-

⁴³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit.

⁴⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit., p. 197.

⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit., p. 195-198.

lativo ou extrapolando os limites de sua competência. Em muitas decisões, a interpretação além da Constituição é sustentada com o fundamento na “busca da justiça” ou na necessidade de se “ouvir a voz das ruas”. Desta forma, são decisões que não correspondem adequadamente à própria Constituição e caracterizam modelos de arbitrariedade, com a escusa da discricionariedade judicial. Aqui parece oportuno trazer uma contribuição de Gustav Radbruch que, ao anunciar os seus *Cinco minutos de Filosofia do Direito*, defendeu, no terceiro minuto: “Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; mediar a todos pelo mesmo metro”.⁴⁶ Aqui um ponto importante.

O Poder Judiciário brasileiro, em suas instâncias superiores, ao adotar postura voluntarista, influencia as decisões das instâncias inferiores a seguirem o mesmo modo de decidir, ou seja, “decido conforme minha consciência” e a partir dela busco a fundamentação em “princípios” justificadores para decidir qualquer coisa. Aqui se verifica que o alerta de Radbruch está sendo esquecido. Nessa perspectiva, a razão do julgador é superada pela vontade e a decisão judicial passa a ser submetida à concepção de “direito” ou “justiça” da linguagem privada do intérprete. A atuação sem os limites da lei e, em especial, da Constituição, levam as decisões para o perigoso campo da arbitrariedade.

Lenio Luiz Streck explica:

Assim, da escola do Direito livre, passando pela jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo pós-hartiano até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela razão; um espaço que, necessariamente será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, vontade e discricionariedade são faces da mesma moeda).⁴⁷

Diante desse cenário, serão analisadas algumas decisões e, a partir delas, se buscará traços identificadores da aplicação das ideias do movimento do Direito Livre no Brasil e suas peculiaridades. A opção por decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, que enfrenta questões de grande complexidade, e decisões do Juizado Especial, que tem como premissa a competência para julgar ações de menor complexidade, tem por objetivo demonstrar que há traços por todo o

⁴⁶ RADBRUCH, Gustav. *Cinco minutos de Filosofia do Direito*. In: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997. p. 416.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

sistema judicial de influência dos postulados do Direito Livre na construção da jurisprudência brasileira.

O objeto da pesquisa é a aproximação do método proposto pelo Direito livre para a construção de decisões judiciais e sua aproximação para o Direito brasileiro, sem realizar um paralelo cultural de associação. O que se pretende identificar é utilização cotidiana a partir da observação de decisões desde a mais alta Corte até o procedimento sumaríssimo de formulação de decisões baseadas, ainda que intuitivamente, nos preceitos do Direito livre, por isso aqui chamado de “à brasileira”, que vai muito além dos postulados da Escola de Direito livre.⁴⁸

Nos autos do processo nº 1004515-18.2018.8.26.0071⁴⁹, no Juizado Especial da Comarca de Bauru – SP, o despacho inicial deixou de designar audiência de conciliação, tendo em vista que a experiência do julgador autoriza a aplicação da lei:

Considerando o número de ações correlatas em curso por este Juizado, nas quais a experiência vem demonstrando que a audiência conciliatória é infrutífera, bem como à vista dos princípios da informalidade e celeridade que regem a atividade dos Juizados Especiais, fica dispensada a audiência prévia de conciliação, vez que trata-se de matéria exclusivamente de direito. Cite-se o(a)(s) ré(u)(s) para, querendo, apresentar(em) resposta no prazo de quinze (15) dias, contados do efetivo recebimento da citação, sob pena de suportar os efeitos da revelia. OUTROSSIM, INTIME(M)-SE A(S) PARTE(S) REQUERIDA(S) PARA QUE SE MANIFESTE(M), NO PRAZO DE 48 HORAS, SOBRE O PEDIDO DE CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA. Anoto que, nos Juizados Especiais Cíveis, a contagem de prazos se dá por dias corridos, não se aplicando a disposição contida no artigo 219 do Código de Processo Civil, consoante Comunicado Conjunto n.º 380/2016 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria Geral de Justiça (publicada no DJE de 18/03/2016) e Enunciado 165 do FONAJE: “Nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua. “Igualmente, deve(m) ficar cientes a(s) parte(s) requerida(s) que, nos termos do Enunciado 13 do FONAJE, “Os

⁴⁸ KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico*: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 209 e seguintes.

⁴⁹ SÃO PAULO. Processo n. 1004515-18.2018.8.26.0071. Juizado Especial da Comarca de Bauru-SP. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1004515-18.2018.8.26.0071&cdProcesso=1Z0009A8A0000&cdForo=71&baseIndice=INDDS&nmAlias=P G5ARCTDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=8pxti CODOpFbyo6bQn7kIMo7DBaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvMcEMvGew5At qK234GfH%2FZH01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwe4Z Ywx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2Bl7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka 6G%2BR7zn1kzFYoamiUNyz1fYAdnOMsDWYkQC0xUp%2BvfZ7ca%2BEYpPsiTWADiOzfhn q36F5AKaJZPQBtmdzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>> Acesso em: 08 out. 2019.

prazos processuais nos Juizados Especiais Cíveis, inclusive na execução, contam-se da data da intimação ou ciência do ato respectivo e não da juntada da intimação. (Fórum Nacional dos Juizados Especiais), bem como que “A correspondência ou contrafé recebida no endereço da parte é eficaz para efeito de citação, desde que identificado o seu receptor” (Enunciado n.º 05 do FONAJE). No caso de concordância com o pedido o pagamento poderá ser feito por meio de depósito judicial e, eventual proposta de composição poderá ser feita, por escrito, no prazo da resposta. Intimem-se.

O art. 16, da Lei n. 9.099/95, estabelece que registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias e não há espaço para a experiência do julgador decidir em cada caso se há ou não possibilidade de conciliação. A decisão descrita acima, tem contornos característicos de uma decisão solipsista, ou seja, o julgador assujeita o mundo conforme seu ponto de vista e, nesse sentido explica Lenio Luiz Streck o sujeito solipsista que “assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo”.⁵⁰

Para Lenio Luiz Streck solipsismo é “de certa forma, resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma metafísico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação última para todo o conhecimento sobre o mundo.”⁵¹ Pode-se questionar e afirmar que a decisão do juiz não causou prejuízos as partes e acelerou a resolução do processo, todavia, o não cumprimento ou aplicação da lei motivada pela experiência do julgador e não juridicamente por eventual inconstitucionalidade insere a decisão judicial no campo do arbítrio antidemocrático, haja vista que referida lei foi produzida a partir de um processo legislativo de um Estado Democrático de Direito. Ainda examinando a situação à luz do *Terceiro minuto de Filosofia do Direito*, de Gustav Radbruch, se poderia questionar a validade desta decisão, posto desconsiderar a referida vontade e desejo de justiça: “[...] quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas”.⁵² Aqui um desafio significativo que os juristas e a Doutrina deverão prestar atenção.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: *quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 273.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 273.

⁵² RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de Filosofia do Direito. In: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997. p. 415-418.

A decisão aparentemente “inocente” e em busca de uma “adequada prestação jurisdicional” vai além do que postulava o movimento do Direito Livre, caracterizando o referido “minuto” desenhado por Radbruch, haja vista que o voluntarismo judicial era admitido nas hipóteses de lacuna, situação que não ocorreu no caso citado. Neste contexto, Lenio Luiz Streck faz uma observação sobre a atuação de parcela do Poder Judiciário brasileiro:

Como venho mostrando — e especialmente farei isso nesta coluna — setores do Judiciário chegaram ao ponto de radicalizar *para além* da Escola do Direito Livre. Afinal, ainda que o movimento (i) fosse cético quanto ao Direito e (ii) defendesse uma espécie de atuação legislativa do julgador, *atendendo às vontades sociais (contingentes, diferenciando-se assim do jusnaturalismo lato sensu), ainda assim, Kantorowicz pregava sua tese a partir das lacunas*, isto é, a partir da ideia de que o Direito não é um sistema completo capaz de prever todas as hipóteses de aplicação. É aí que entra a ideia de “Direito Livre”. Aqui, no Brasil, *o Direito parece ser livre desde-já-sempre*.⁵³

No âmbito da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, pode-se citar a decisão o voto do Ministro Roberto Barroso, Habeas Corpus 124.306 – Rio de Janeiro, que descriminalizou a prática de aborto até o terceiro mês de gravidez:

O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade de substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça.

[...]

Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o Status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

[...]

No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem! In: *Consultor Jurídico*, 15 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>>. Acesso em: 11 out. 2019.

declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP.⁵⁴

Como se observa dos trechos da decisão, em que pese tenha utilizado a ponderação de princípios como fundamentação para não recepção dos dispositivos do Código Penal, o ministro com a finalidade de fazer “justiça” reescreve o tipo penal de modo a afastar o crime das condutas praticadas até o terceiro mês de gravidez. A aplicação do princípio da proporcionalidade exige, a partir da lição de Robert Alexy, que o magistrado faça um exercício, respondendo diversas perguntas, posicionadas em três degraus: a adequação; a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras se encontram focadas com a possibilidade fática da resposta e a última encontra-se conectada com a sua possibilidade jurídica.⁵⁵ Percorrer esta escada e seus três degraus, no movimento estrutural do círculo hermenêutico, poderá assegurar a juridicidade da resposta, respeitando os limites do próprio sistema jurídico. Na grande maioria dos casos, quando o Poder Judiciário brasileiro lança mão do argumento baseado no princípio da proporcionalidade passa longe deste procedimento de Alexy.

No caso em tela, o Ministro Barroso, além de julgar além da lei (espaço do Direito Livre, como caracterizado acima), atua como legislador, estabelecendo critérios que descriminalizam a conduta a partir das condições estabelecidas pelo voto. Não se pretende discutir se o aborto deve ser descriminalizado ou não, mas o ativismo exagerado, o voluntarismo que desequilibra a atuação dos Poderes constituídos, a atuação do Poder Judiciário à margem do Direito, o que lhe coloca como um Poder autoritário. Embora o movimento do Direito Livre tenha ficado na História do Direito, estruturando a Tradição Jurídica Ocidental, parece que os seus postulados ainda estão muito vivos, especialmente em decisões como esta do Ministro Barroso.

Em outra decisão, agora monocrática, o Ministro Roberto Barroso decidiu:

Muito mais do que uma crítica ao papel que os benefícios da execução penal exercem na ressocialização dos detentos, essas reflexões se desti-

⁵⁴ <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc124306lrb.pdf>>. Acesso em 11 out. 2019.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 111-112.

nam a expor à sociedade, de modo transparente, aspectos do sistema e suas agruras. Como é notório, há intensa demanda na sociedade por um endurecimento do direito penal, particularmente no que diz respeito a crimes contra a Administração Pública. O direito penal, em uma sociedade como a brasileira, por motivos diversos, deve ser moderado. Porém, deve ser sério na sua interpretação, aplicação e execução de penas.

[...]

Carece de legitimidade corrente um ato do poder público que estabelece regras que favorecem a concessão de indulto para criminosos do colarinho branco. Isso porque, ao invés de corresponder à vontade manifestada pelos cidadãos, o decreto reforça a cultura ancestral de leniência e impunidade que, a duras penas, a sociedade brasileira tenta superar. Em manifesta falta de sintonia com o sentimento social – e, portanto, sem substrato de legitimidade democrática – o decreto faz claramente o contrário: dá um passe livre para corruptos em geral. Assim, a falta de legitimidade democrática é tão ou mais visível que o igualmente evidente desvio de finalidade.⁵⁶

Na decisão monocrática, o ministro não apenas suspende ato do executivo por inconstitucionalidade como o reescreve a partir de sua compreensão do mundo e se utilizando de como “demanda da sociedade” e “sintonia com o sentimento social”, conforme explica Lenio Luiz Streck:

Para o ministro, o indulto agora está proibido – por ele, monocraticamente – em casos de crimes como peculato e corrupção ativa e passiva, de penas pendentes de recurso da acusação, de presos que cumpriram menos de um terço da pena ... enfim, *há uma série de perfis a partir dos quais o indulto está vedado*. Atenção: Também penso – e neste ponto estou de acordo com o ministro – que o presidente da República não tem liberdade absoluta para conceder indulto. Não tem carta branca. Já escrevi sobre isso, falando sobre indulto para crime hediondo (comentei a decisão do STF na ADI 2.795). Mas daí o Judiciário, no caso, um ministro do STF, *reescrever o decreto vai uma distância enorme*. Se fizer controle de constitucionalidade – bem fundamentado – o que acontece é a invalidação do texto. Ou uma interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*). Ou uma nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerkklärung ohne Normtextreduzierung*). Ou até uma nulidade parcial com redução de texto. Mas, fazer um “novo”? *Legislar em lugar do presidente?*⁵⁷

⁵⁶ <<https://www.conjur.com.br/dl/barroso-decisao-indulto-natalino-stf.pdf>>. Acesso em 12 out. 2019.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem! In: Consultor Jurídico, 15 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>>. Acesso em: 11 out. 2019.

A expressão “sentimento social” utilizada na fundamentação da decisão, de certa forma é utilizada para atribuir sentido ao que o julgador pretende, ou melhor, assujeitar o mundo a partir de sua linguagem privada, desconsiderando a linguagem pública. A utilização de signos linguísticos distintos do Direito abre uma janela extremamente perigosa para se decidir “conforme a consciência do julgador” e nas bases do movimento do Direito Livre, em que a fundamentação surgia em uma etapa posterior a “escolha” da decisão “justa”. Portanto, se tem claramente caracterizada a presença do movimento do *Direito Livre à brasileira*. Esse tipo de subjetivismo fez parte da concepção professada na Alemanha pelo nacional-socialismo, conforme alerta de Paulo Bonavides:

[...] os subjetivistas debilitam as estruturas clássicas do Estado de Direito, assentadas numa valoração dogmática da lei, expressão prestigiosa e objetiva de racionalidade. Não é a toa que o subjetivismo faz parte da concepção professada na Alemanha pelo nacional-socialismo. Algumas teses fundamentais dos juristas da escola do direito livre alcançaram, à sombra desse movimento político, uma acolhida extremamente favorável.⁵⁸

Em entrevista revisitada pela ABC, concedida por Hitler ao jornalista espanhol Javier Bueno, antes da 2ª Guerra Mundial, percebe-se, nas respostas do ditador alemão, a utilização de ideias superficiais e signos linguísticos que se pode atribuir ou “assujeitar” o conteúdo a partir da visão do intérprete. O nacional socialismo encontrou terreno fértil na época na Alemanha por conta do subjetivismo e voluntarismo dos movimentos que pretendiam a superação do positivismo. É possível verificar na entrevista a fala do líder nazista que pretendia reestabelecer o espírito do povo alemão “Su obra proyectada es hacer que resucite el espíritu de 1914 en el pueblo alemán. Y está convencido de que, aplastando al marxismus, resurgirá lo que desapareció entre los escombros de la catástrofe”.⁵⁹ Importante frisar que em momento algum se pretende afirmar que a motivação da decisão seja com base na ideologia nazista, mas apenas mostrar que no cenário que se abandona o Direito democraticamente positivado para implementar o fazer “assujeitar a sociedade” e a “interpretação do Direito”, a partir de expressões como “opinião pública”, “vontade popular”, abre-se oportunidade para decisões discricionárias, livres do direito e, que por essa razão, são antidemocráticas e autoritárias.

Não cabe ao Poder Judiciário avocar para si a representatividade que não possui, haja vista ser característica do Poder Legislativo ser o retrato social em

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 453.

⁵⁹ VILATTORO, Manuel P. *ABC actualidades*. Disponível em: <<https://www.abc.es/archivo/20140306/abci-entrevista-hitler-201403051643.html>>. Acesso em: 11 out. 2019.

sociedades democráticas. A função representativa cabe ao Parlamento e não às Cortes, por maior que seja a sua hierarquia, conforme ilustram Gilberto Morbach e Giovanna Dias:

Não é porque algo parece estar em desacordo com seu telos que a solução é esperar que a finalidade em questão seja bem atendida por aquilo que jamais a teve. O que se quer dizer é que, gostemos ou não – e, caso negativo, é um ônus da democracia –, a função representativa cabe ao parlamento, e não às cortes. Se ele não nos ouve, façamo-nos ouvir. A cidadania deve ser exercida; se já parece um clichê dizer que temos responsabilidade enquanto eleitores, talvez assim seja porque a ideia é verdadeira.

[...]

E bem ou mal, mal ou bem, a participação e a representação são elementos que se encontram no parlamento. Esperar que a resposta moralmente correta e politicamente adequada venha de um órgão sem *accountability*, especialmente em uma sociedade pluralista em profundos desacordos, parece ilusório e problemático.⁶⁰

Nesta mesma linha, se poderia destacar as hipóteses em que o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei:

a) quando se tratar de inconstitucionalidade (nesse sentido, veja-se a Recl. 2645 do STF); b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*); d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes como normas (deontológicas), aplicáveis no código lícito-ilícito e não como *standards* retóricos ou enunciados performativos “tipo princípio da conexão, da afetividade, da eventual ausência de plenário, da rotatividade”, etc.⁶¹

Tais situações, estruturadas a partir do trabalho da verdadeira Doutrina, apontam que parcela do Poder Judiciário simplesmente não aplica a lei por entender que sua linguagem privada (a do magistrado?) de certa forma é uma

⁶⁰ MORBACH, Gilberto. DIAS, Giovanna. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo? *Consultor Jurídico*, 04 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/diario-classe-numa-democracia-judiciario-assumir-papel-representativo>>. Acesso em: 04 out. 2019.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! In: *Consultor Jurídico*, 25 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 11 out. 2019.

resposta melhor do que a apresentada pela legislação produzida pelo processo legislativo previsto constitucionalmente, ou ainda, em descompasso ou não observância do texto constitucional e, dessa forma, contribui diariamente para desestabilizar as bases da democracia e do Estado Democrático de Direito. Há que se ter presente que a resolução de um caso concreto sempre deverá ser operada no movimento do círculo hermenêutico⁶², onde a pré-compreensão, sustenta a compreensão, que assegura a interpretação e que projeta a aplicação, sem fatias, mas operações concomitantes, iluminadas pelos ensinamentos da tradição.⁶³

O Supremo Tribunal Federal assume, no Brasil, o papel de Tribunal Constitucional: “[...] com isso, ‘penetra’ o Tribunal no âmbito da sociedade, assume ideias e interesses desse âmbito, ‘ouve’-os e transforma-os por meio da sua interpretação constitucional aberta”. Para desenvolver este papel, “[...] tem que apoiar-se na doutrina científica. O Direito Processual Constitucional abre-se à ‘sociedade aberta dos intérpretes constitucionais’; transforma-se em seu *medium*, sobretudo ali onde o Parlamento achou”⁶⁴ (O grifo está no original). Aqui se tem a chave para as reflexões desenvolvidas até o momento: cabe ao Parlamento encontrar e evidenciar os alicerces normativos e inseri-los na legislação. Ao Poder Judiciário caberá promover a interpretação, a partir das estruturas do círculo hermenêutico, respeitando os limites democraticamente inseridos no Sistema Jurídico pela atuação crítica e criativa do Poder Legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Poder Judiciário, buscando para si “lascas” do papel do Poder Legislativo, tem contribuído para enfraquecer as estruturas contemporâneas do Estado Democrático de Direito, com violações graves ao Direito vigente. Cabe, neste momento, destacar uma contribuição de Celso Lafer, ao escrever sobre o desdobramento e as consequências do ativismo judicial, a partir de dois elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito: 1. com “[...] respeito ao papel constitucional da separação dos poderes”; 2. e no “[...] que tange ao valor da segurança jurídica num estado de direito”.⁶⁵ Como se verificou ao longo deste artigo, estes dois elementos estruturantes estão sofrendo um gradativo processo de fragilização, justamente a cada momento em que o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais e juízes do Sistema Judiciário brasileiro, na tenta-

⁶² Sobre a proposta de funcionamento do círculo hermenêutico, consultar: ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamaca: Sígueme, 1984.

⁶⁴ HÄBERLE, Peter. *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁵ LAFER, Celso. *Filosofia e teoria geral do Direito: um percurso no Direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3. p. 80.

tiva de decidir de acordo com a “consciência do julgador”, esquecem o horizonte de sentido, expresso pelas regras e princípios inseridos na Constituição do Brasil. Neste cenário, se deve prestar atenção e buscar a contenção dos “[...] riscos de a interpretação extrapolar a desejável congruência normativa de uma Constituição, como expressão axiológica do mérito do ‘governo das leis’ e das inconveniências do ‘governo dos homens’, inclusive o dos magistrados”.⁶⁶

Cotidianamente decisões judiciais, desde as mais corriqueiras, como deixar de designar audiência de conciliação no âmbito dos juizados especiais, até legislar em jurisdição constitucional, tem evidenciado uma postura voluntarista do Poder Judiciário e em muitas situações além do Direito Constitucional vigente. Esse comportamento se assemelha com o movimento do Direito Livre que pregava a liberdade do julgador para além do Direito legislado com a finalidade de buscar justiça. De qualquer modo, este movimento integra a tradição jurídica, podendo dizer-se que foi necessária para promover a evolução do Direito, exatamente na direção que o encontramos hoje: em condições de fazer frente aos desafios e inovações da vida na sociedade globalizada do Século XXI.

Todavia, esse movimento teve origem na Alemanha no início do século XX e em um contexto social diferente do atual vigente no Brasil e em contraposição ao positivismo clássico. Portanto, tinha um contexto que “justificava” o seu desenvolvimento. O que não é o caso do Brasil, neste momento histórico.

Desde 1988, o Sistema Jurídico brasileiro é estruturado a partir de uma Constituição Democrática, que dá validade ao sistema e aos Poderes constituídos, sendo a legislação produzida democraticamente na estrutura procedimental do processo legislativo previsto constitucionalmente. Não há justificativa, nem legitimidade, para se invocar o Direito Livre no Brasil pós Constituição de 1988 e as decisões judiciais que extrapolam os limites estabelecidos pelo Direito são abusivos e inconstitucionais. Aqui caberia a operação trazida no *Terceiro minuto de Filosofia de Direito* de Gustav Radbruch. O Poder Judiciário que “decide conforme sua consciência”, com base em uma linguagem privada, em busca de justiça ou do sentimento social, não respeitando os vetores constitucionalmente instituídos na Constituição do Brasil, a partir do trabalho do legislador constituinte. Este proceder gera o descaminho proposto para o Estado Democrático de Direito vigente.

Atualmente, no Brasil, há parcela significativa de juízes que decidem como querem. Cada Comarca (juiz) tem sua Lei n. 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais); tem seu próprio Código de Processo Civil, em algumas situações, seu próprio Código Civil, sem contar a infinidade de princípios que aparecem todo dia nas

⁶⁶ LAFER, Celso. op. cit., p. 80-81.

fundamentações (justificativas) das decisões. Cada juiz decide com sua consciência e de forma solipsista, sem problematizar o caso concreto e decidir conforme a Constituição, sem a decisão adequada à Constituição. Pelo contrário, decide de acordo com sua “experiência” e a partir daí busca a fundamentação que quiser para justificar algo que já estava “decidido”.

O comportamento inspirado no Direito Livre, por melhores que sejam os interesses, são devastadores para o Estado Democrático de Direito e para democracia brasileira, haja vista que a decisão solipsista, discricionária, na verdade, é arbitrária e, um passo para uma ditadura judicial. Vale dizer, para um “governo dos homens”, onde Celso Lafer incluiu o “governo dos magistrados”. Portanto, com a reunião destes fragmentos, se tem como respondido o problema formulado na Introdução, assinalando um grande desafio para o Direito: considerando que qualquer decisão judicial precisa ser projetada no âmbito do “círculo hermenêutico”, onde a pré-compreensão se liga à compressão, dela para a interpretação e daí para a aplicação, sem o fracionamento, mas em um movimento crescente de atribuição de sentido.

O aprofundamento dos postulados da Escola de Direito Livre, embora seja uma reação a um Direito preso à produção legislativa, traz, por outro lado, que também é excessivo, pois se poderia instaurar um arbítrio judicial, como alertava Francesco Ferrara⁶⁷. De qualquer modo, no caso do Brasil, sem destacar uma viabilidade de se seguir as estruturas interpretativas pretendidas pela Escola, se verifica que a sua consideração gera uma alternativa renovatória, especialmente a partir de um contexto de pluralidade de fontes do Direito.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONNECASE, J. *Escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla: Cajica, 1944.

⁶⁷ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1987, p. 172.

- CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. *Teoría del derecho*. 3. edición, corregida, aumentada y actualizada con el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Decreto 191/2011. Ciudad de Buenos Aires: Editoreal Ábaco, 2013.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2.
- ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.
- ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ENGELMANN, Wilson. Direitos bio-humano-éticos: os humanos buscando ‘direitos’ para proteger-se dos avanços e riscos (desconhecidos) das nanotecnologias. In: *Anais eletrônicos...* CONPEDI, 2010, Fortaleza, CE. Fortaleza, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3400.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1987.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamaca: Sígueme, 1984.
- GÉNY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925.
- GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema y realidad*. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2010.
- HÄBERLE, Peter. *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LAFER, Celso. *Filosofia e teoria geral do Direito: um percurso no Direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3.
- KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- LOSANO, Mario G. O Direito Público da Europa Continental. In: LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 73-91.
- MORAES, Maria Amália Dias de. A Escola da Exegese – Esboço de uma justificação Histórica. In: *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 22, n. 56, p. 43-52, set./dez. 1989.
- MORBACH, Gilberto. DIAS, Giovanna. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo? In: *Consultor Jurídico*, 04 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/diario-classe-numa-democracia-judiciario-assumir-papel-representativo>> Acesso em: 04 out. 2019.
- MÜLLER, Ingo. *Los Juristas del Horror. La “Justicia” de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Traducción del alemán por Carlos Armando Figueredo. Caracas, Venezuela: Editorial ACTUM, 2007.
- OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Escola de Direito Livre. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 272-275.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de Filosofia do Direito. In: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997, p. 415-418.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 189-224.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 15, n. 1. p. 158-173. Itajaí: Univali, jan.-abr. 2010.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêuticas dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! In: *Consultor Jurídico*, 25 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 11 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Para juiz, vovó pode testar para Lenio, mas não para netos queridos. In: *Consultor Jurídico*, 02 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/senso-incomum-juiz-vovo-testar-lenio-nao-netos-queridos>>. Acesso em: 02 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem! In: *Consultor Jurídico*, 15 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>>. Acesso em: 11 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. In: *Consultor Jurídico*, 26 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>>. Acesso em: 15 out. 2019.

VILATTORO, Manuel P. *ABC actualidades*. Disponível em: <<https://www.abc.es/archivo/20140306/abci-entrevista-hitler-201403051643.html>>. Acesso em: 11 out. 2019.

Data de recebimento: 14/03/2019

Data de aprovação: 11/04/2019