

A CRÍTICA HERMENÊUTICA AO POSITIVISMO: UMA ANÁLISE DO CASO FRANCISCHINI.

THE HERMENEUTIC CRITICISM OF POSITIVISM: AN ANALYSIS OF THE FRANCISCHINI CASE.

*Têmis Limberger-
Juliana Paganini**

RESUMO

O positivismo jurídico é um fenômeno complexo, que varia com o tempo. Mas, há um ponto comum que todo positivismo carrega: o desejo de metodologicamente assumir caráter descritivo. Porém, no Brasil existe uma confusão sobre seu significado, abrindo espaço para a discricionariedade. Por isso, a pesquisa possui como problema: o atual paradigma jurídico da discricionariedade judicial coaduna-se com a democracia contemplada na CRFB? A hipótese inicial afirma que coaduna, respeitando a Crítica Hermenêutica do Direito. Para tanto, realizou-se pesquisa de natureza pura, com abordagem qualitativa e fins descritivos. O método de abordagem foi o dedutivo, de procedimento monográfico. O estudo de caso utilizou técnica bibliográfica e documental. Os resultados indicaram que embora a democracia seja reconhecida constitucionalmente, a decisão do caso Francischini, proferida monocraticamente pelo STF restou resumida a opinião do juiz, que sob argumento da discricionariedade, não realizou a interpretação conforme a Constituição, desrespeitando a Crítica Hermenêutica do Direito.

Palavras-chave: Crítica Hermenêutica do Direito; Democracia Constitucional; Discricionariedade; Positivismo Jurídico.

ABSTRACT

Legal positivism is a complex phenomenon, which varies over time. However, there is a common point that all positivism carries: the desire to methodologically assume a descriptive character. However, in Brazil there is confusion about its meaning, leaving room for discretion. Therefore, the research has the following problem: is the current legal paradigm of judicial discretion in line with the democracy contemplated in the CRFB? The initial hypothesis states that it is consistent, respecting the Hermeneutic Criticism of Law. To this end, pure research was carried out, with a qualitative approach and descriptive purposes. The approach method was deductive, with a monographic procedure. The case study used bibliographic and documentary techniques. The results indicated that although democracy is constitutionally recognized, the decision in the Francischini case, handed down monocratically by the STF, summarized the opinion of the judge, who, under the argument of discretion, did not carry out the interpretation in accordance with the Constitution, disrespecting the Hermeneutic Criticism of Law.

* Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra - UPF de Barcelona. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha. Professora do Programa de Pós-graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4818791232370274>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0670-583X>, e-mail: temisl@unisinos.br

** Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROEX/CAPES. Professora da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6840816576201091>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9883-2339>, email: julianaapaganini@hotmail.com

Key-words: Hermeneutic Critique of Law; Constitutional Democracy; Discretion; Legal Positivism.

INTRODUÇÃO

No Brasil, o positivismo jurídico foi rotulado de diversas formas incompatíveis com seu caráter complexo, gerando muitas confusões quanto a sua concepção, estando dentre elas a tese de que toda lei é clara e precisa, tendo o juiz o papel de mera aplicação desta. No entanto, é preciso lembrar que quando alguém afirma ser um positivista jurídico, na maioria das vezes não faz ideia dos diversos positivismos que foram se forjando com o passar dos séculos, sendo que contemporaneamente os positivistas se dividiram em duas grandes vertentes: a inclusiva e exclusiva.

Embora o positivismo inclusivo e exclusivo se diferencie em algumas peculiaridades, ambos possuem como ponto em comum o estudo dos fatos sociais e a defesa da não vinculação necessária entre direito e moral, tendo o primeiro como seu principal teórico Herbert Lionel Adolphus *Hart* e o segundo, Joseph *Raz*.

Levando em consideração as diversas faces que o positivismo jurídico possui, simplificá-lo se configura em um erro muito sério, uma vez que isto irá refletir diretamente nas decisões dos juízes, restando um espaço aberto para a discricionariedade, solipsismo judicial, julgamento conforme a sua consciência.

Presencia-se cotidianamente decisões baseadas na vontade do intérprete/juiz, sem qualquer método, como foi o caso Francischini, em que o relator e ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) N.M¹, decidiu monocraticamente na Tutela Provisória Antecedente nº 39/22- DF, dentre outras questões, que a internet não se equipara aos demais meios de comunicação, deferindo o pedido formulado pelo deputado estadual FDF², quanto a revisão da decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no que diz respeito a cassação de seu mandato por uso indevido dos meios de comunicação social e abuso de autoridade (Lei Complementar n. 64/1990 - Lei de Inelegibilidades -, art. 22).

Sendo assim, a partir do momento que inexistem critérios para julgamento e o juiz decide baseado na discricionariedade, o direito se esvazia, a separação dos poderes é violada, o povo é desrespeitado, vez que elegeu seus representantes que são responsáveis pela elaboração das leis, ou seja, dentro desta lógica solipsista a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) deixa de ser aplicada, em prol da arbitrariedade.

Por isso, a pesquisa tem como problema a seguinte pergunta: o atual paradigma jurídico da discricionariedade judicial coaduna-se com a democracia contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)?

Como hipótese inicial verifica-se que, controlar as decisões judiciais é uma questão de democracia, por isso, a possível solução estaria na interpretação conforme a Constituição, que se encontra no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito.

¹ Ministro Nunes Marques.

² Deputado estadual Fernando Destito Francischini.

Nesse sentido, o problema da discricionariedade reside na transformação de juízes em legisladores, os tornando protagonistas do próprio direito, ignorando a produção democrática da lei e conseqüentemente abrindo espaço para o abuso de poder.

Então, a pesquisa tem como objetivo geral analisar se o atual paradigma jurídico da discricionariedade judicial coaduna-se com a democracia contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Como objetivos específicos a pesquisa pretende 1) estudar a discricionariedade judicial no positivismo exclusivo e inclusivo, 2) compreender a Crítica Hermenêutica do Direito e 3) analisar o julgamento do caso Francischini pelo ministro N.M do Supremo Tribunal Federal (STF) na Tutela Provisória Antecedente nº 39/22- DF, à luz da Democracia Constitucional.

No que tange à metodologia, quanto a natureza, trata-se de pesquisa pura, pois visa contribuir para o conhecimento já existente acerca da discricionariedade, de modo a compreender se no âmbito judicial ela coaduna com a democracia contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Quanto a abordagem do problema, trata-se de estudo qualitativo, amparado na análise da decisão monocrática do STF do caso Francischini. O método de abordagem foi o dedutivo, uma vez que a análise particular da decisão monocrática pode impactar significativamente na conduta do STF ao abrir precedente. Quanto aos fins, a pesquisa foi descritiva, com procedimento monográfico, uma vez que analisa um caso específico, para alertar como o Poder Judiciário, sobretudo o STF, encarou a discricionariedade na decisão monocrática (TPA nº 39/22- DF). Por fim, a técnica de pesquisa foi bibliográfica e documental.

Quanto ao procedimento de levantamento de dados, realizou-se uma pesquisa junto ao STF, na qual se encontrou a decisão monocrática (TPA nº 39/22- DF), acerca do julgamento de um recurso apresentado pelo Ministério Público Eleitoral (MPE), que solicitava a cassação do diploma e a declaração de inelegibilidade do deputado estadual eleito pelo Paraná em 2018. A relevância desse precedente se situa no fato da decisão ter sido baseada na discricionariedade associada a mero ato de opinião do juiz, desrespeitando com isso, os parâmetros constitucionais.

Por fim, o procedimento de análise de dados se deu através do estudo de caso, representado pela decisão monocrática do STF (TPA nº 39/22- DF), se utilizando como marco teórico os estudos sobre a Crítica Hermenêutica do Direito, a partir de concepções produzidas por vários autores que lutam por um Poder Judiciário cuja decisão não seja pautada na discricionariedade como sinônimo da vontade do juiz, mas na interpretação conforme a Constituição.

A discricionariedade judicial no positivismo inclusivo e exclusivo

O positivismo jurídico encarou diversas transformações com o passar do tempo, sendo confundido ainda hoje entre os juristas, como sinônimo de “juiz boca da lei”, cuja função seria tão somente àquela relacionada a dizer o direito ao caso concreto^{3 4}.

Percebe-se que o positivismo além de ser compreendido de maneira única, onde as pessoas relacionam seu conceito com a Escola da Exegese na França⁵, ele ainda é utilizado como ofensa àqueles que defendem a lei produzida democraticamente pelo Poder Legislativo.

De todo o modo, as academias estão construindo este tipo de conhecimento, denominado por Warat⁶ como “senso comum teórico dos juristas”, onde vendem a ideia de que para criticar o positivismo jurídico, se deve defender a liberdade do juiz, cujas decisões precisariam se pautar na discricionariedade.

Mas essa alegação não é nova. Antes da formação do Estado Moderno, o juiz ao resolver as controvérsias não tinha a obrigação de escolher pelas leis emanadas pelo órgão legislativo do Estado, mas tinha liberdade para definir qual aplicar, ou até mesmo poderia deixá-la de lado e priorizar critérios equitativos, extraíndo a regra do próprio caso, segundo princípios da razão natural⁷.

Significa dizer que a decisão judicial sofreu forte influência histórica, sendo que ignorar isto, e alegar tão somente que o juiz deve ter liberdade para julgar de acordo com suas convicções, é de uma irresponsabilidade sem tamanho, tendo em vista toda a produção normativa.

Emerge a reflexão de que ao se proteger a discricionariedade judicial ao invés da aplicação das leis, se está inserindo o processo democrático num espaço simbólico, desrespeitando a eleição dos representantes parlamentares e a própria elaboração das normas, independentemente do seu grau de hierarquia.

Portanto, segundo Warat e Cittadino⁸, o ser humano se expressa de diversas formas, inclusive pela linguagem, porém esta tanto pode ser instrumento de conhecimento, como também pode se constituir em meio de dominação, esvaziando por si só a ciência. Tanto é assim, que Kelsen buscou dentro da ciência uma teoria neutra, entendendo que no campo científico a objetividade poderia ser alcançada⁹, razão pela qual o autor elaborou a norma fundamental¹⁰.

Dessa forma, Kelsen não separou direito da moral, mas elaborou uma teoria pura do direito, na qual dentro dela haveria a pureza, mas no direito não, assim sendo, ele

³ MONTESQUIEU, Baron. *O espírito das leis*. 9. São Paulo Saraiva 2007.

⁴ STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. *Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico*. Revista UNIFESO- Humanas e sociais, v.1, n.1, 2014.

⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. v.2. Porto Alegre: SAFE, 1995.

⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

⁸ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele Guimarães. *O direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p.37.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 6.ed. rev. trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 6.ed. rev. trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.125.

propõe a separação entre direito e ciência do direito, mesmo que isso não seja tão compreendido até os dias de hoje¹¹.

Nesse sentido, o positivismo jurídico surge para transformar o estudo do direito em uma ciência, pois no campo desta encontram-se presentes os juízos de fato, mas não os de valor, sendo que enquanto o primeiro é pautado no ser, o segundo envolve questões do dever ser do direito¹².

Por outro lado, Dworkin¹³ levantou a ideia de fusão entre direito e moral, afirmando que ambas pertenciam ao mesmo campo, uma vez que “há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo judicial legal e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública”¹⁴.

Na concepção do autor¹⁵, o Poder Judiciário deveria estar atrelado ao direito, recorrendo aos princípios para desenvolvê-lo no caso concreto, tendo assim um “poder discricionário fraco”, que embora pudesse se utilizar de técnicas para decidir, não teria arbitrariedade em suas decisões.

Entretanto, contemporaneamente, em resposta a algumas críticas de Dworkin, os positivistas se dividiram em duas grandes vertentes: a inclusiva e exclusiva, sendo que ambas mantêm a tese das fontes sociais e da não vinculação necessária entre direito e moral, se diferenciando, porém, em algumas questões pontuais¹⁶.

O positivismo jurídico inclusivo é representado, dentre outros autores, por Herbert Lionel Adolphus Hart¹⁷, na qual defende que não existe uma negação de que conceitos e normas jurídicas possam invocar a moral, pelo contrário, isso acontece quando o sistema jurídico acaba autorizando e exigindo o uso dessa moral.

Nesse sentido, existem questões que não se consegue resolver nos sistemas jurídicos, onde, estando o juiz diante de lacunas, este estaria autorizado a exercer o poder discricionário, se valendo de suas crenças e valores¹⁸.

Assim, o direito sofre influência da moral, sendo esta exercida de forma abrupta e confessada, através de legislação, ou de forma silenciosa e paulatina, através do processo judicial¹⁹, ou seja, independente do contexto, a moral estará presente no direito.

Para Streck²⁰, Hart colocou a validade do direito num mundo concreto e social, ou seja, o direito só teria validade devido ao reconhecimento da comunidade política (regra de reconhecimento). Então, para o positivismo jurídico inclusivo é possível que

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é positivismo afinal? E qual positivismo?* Revista *Novos Estudos Jurídicos-eletrônica*, v. 24, n. 3, 2018.

¹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p.135.

¹³ DWORKIN, Ronald Myles. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁴ DWORKIN, Ronald Myles. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.03-04.

¹⁵ DWORKIN, Ronald Myles. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁶ 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.

¹⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

¹⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

¹⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

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.

argumentos morais integrem o direito de forma contingencial, pois enquanto linguagem ele possui ambiguidades, havendo a chamada “textura aberta”.

Portanto, a textura aberta significa que

há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este fato saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedente) a um caso concreto²¹.

Assim, o papel de juiz e legislador não se confundem, uma vez que o juiz somente irá manifestar a criação do direito quando a legislação for omissa, no entanto, nada impede que ele possa se utilizar de critérios morais.

Segundo o positivismo jurídico inclusivo a validade jurídica por vezes é uma questão de conteúdo moral das normas, sendo o direito identificado por convenções que podem, mas não precisam, conter referência ao conteúdo moral como condição de legalidade^{22 23}.

A partir disso, é possível afirmar que a teoria de Dworkin compartilha alguns aspectos com a versão inclusiva do positivismo jurídico, como dentre outras coisas, que a moralidade e a validade jurídica estão relacionadas, ainda que acabem divergindo quanto o fundamento desta relação.

Isso porque o autor considera o fato da validade jurídica depender de considerações morais, sendo uma característica essencial da lei que deriva da sua natureza interpretativa, enquanto que o positivismo jurídico inclusivo defende que esta dependência da validade jurídica em relação às considerações morais é contingente²⁴.

Por outro lado, o positivismo jurídico exclusivo, possui Joseph Raz como um dos seus principais autores, na qual defende que o direito é identificado pelas fontes sociais num sentido mais forte, envolvendo questões de neutralidade de validade do direito.

No entendimento de Raz²⁵, o direito reivindica autoridade para si, de modo que impõe a observância de suas regras, ou seja, ele estabelece que tal conduta é obrigatória, ainda que as pessoas individualmente considerem o contrário. Então, por exemplo, se Maria não mata outrem devido ao receio de ser responsabilizada pelas normas jurídicas, o direito alcançou sua autoridade. No entanto, se por outro lado, ela não o faz por acreditar que isso não é correto, ou ainda, que será punida pelas leis divinas, o direito aqui não obteve tal autoridade.

²¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p.148.

²² 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.

²³ MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. *The Nature of Law*. Stanford encyclopedia of philosophy, 2019.

²⁴ MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. *The Nature of Law*. Stanford encyclopedia of philosophy, 2019.

²⁵ RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. Columbia Law School, Scholarship Archive, 1972.

Portanto, Raz²⁶ trata acerca das razões de primeira ordem e segunda ordem, onde as razões que até então a pessoa tinha, acabam se tornando irrelevantes, dando lugar àquela que está sendo reivindicada pelo direito. Assim, o direito cancela e substitui as razões que fazem com que a pessoa aja de determinada forma, dando lugar as razões que o direito determina para agir (preempção).

O positivismo jurídico exclusivo defende a tese da diferença prática, isto é, para que o direito faça uma diferença prática na conduta de alguma pessoa, é necessário que ele recomende fazer algo a partir de razões que ela já não teria para agir daquela maneira²⁷ ²⁸. Por este motivo, o direito não pode ter critérios morais, uma vez que a pessoa já teria critérios para agir, independentemente do direito, não fazendo diferença a existência dele.

No entanto, existe um paradoxo na tese de Raz no que tange ao positivismo jurídico exclusivo, pois o direito reivindica autoridade, mas “o juiz por ter responsabilidade enquanto funcionário público, em determinados casos, poderá vir a deixar de apresentar razões com respaldo de autoridade”²⁹.

Nesse sentido, o juiz poderia decidir fora do direito, sustentando que a lei é moralmente inaceitável, aplicando em seus argumentos inclusive razões não jurídicas, que posteriormente podem vir a incorporar o próprio direito.

Esta é a parte em que o positivismo jurídico exclusivo é autodestrutível, pois ele

admite que se o juiz fundamentar suas decisões utilizando razões extrajurídicas, esta decisão terá força jurídica assim como todas as outras, caso não reformada por uma instância jurisdicional superior. Assim, aquilo que em um primeiro momento não era direito, passou a ser. O juiz criou a norma jurídica (dever ser) no caso concreto utilizando argumentos extrajurídicos, em um segundo momento, o positivista exclusivo simplesmente descreverá (ser) essa operação realizada pelo juiz desde uma perspectiva externa (sem interferência da moral). Afinal, se a decisão é direito, este deve ser descrito, em um segundo momento³⁰.

Percebe-se então que no positivismo jurídico exclusivo, as razões morais podem ser levadas em consideração diante de um juízo discricionário, fazendo com que posteriormente estas integrem o sistema jurídico.

Ora, “de que modo o direito estaria conceitualmente separado da moralidade se a reivindicação de autoridade que necessariamente o constitui é moral”?³¹

Esta contradição acaba desembocando na discussão acerca da discricionariedade judicial, presente tanto no positivismo jurídico inclusivo, quanto no exclusivo, de modo

²⁶ RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. Columbia Law School, Scholarship Archive, 1972.

²⁷ COELHO, André Luiz Souza. *O Positivismo e a separação entre o direito e a moral*. Disponível em: https://www.academia.edu/4683168/o_positivismo_e_a_separa%C3%A7%C3%A3o_entre_o_direito_e_a_moral_-_vers%C3%A3o_para_distribui%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 24 março 2023.

²⁸ GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. *Legal positivism*. Stanford encyclopedia of philosophy, 2019.

²⁹ 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.183.

³⁰ 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.184.

³¹ 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.185.

que independentemente das vertentes, quando se defende a separação do direito e da moral, já se está realizando um juízo moral.

Portanto, os positivismos inclusivo e exclusivo propugnam a não vinculação obrigatória entre direito e moral, mas na prática, ambas admitem que em algum momento o juiz haja com discricionariedade, seguindo suas crenças e seus padrões valorativos.

A crítica Hermenêutica do Direito

Tratar sobre a Crítica Hermenêutica do Direito é de uma responsabilidade sem tamanho, no entanto, se encara este desafio tendo em vista a sua relevância para o rompimento do paradigma solipsista, do livre convencimento, da teoria da consciência, bem como da discricionariedade judicial.

Por isso, este fenômeno não deve ser compreendido como continuidade do positivismo jurídico, mas pelo contrário, deve ser encarado enquanto ruptura de um modelo arbitrário e antidemocrático que permeia ainda hoje o Poder Judiciário.

Esta matriz teórica foi desenvolvida em 2002, quando o professor Doutor Streck³² na primeira edição de sua obra “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica” trouxe sustentações para a abordagem do tema, cuja teoria tinha outra nomenclatura, sendo posteriormente reconhecida com a denominação de Crítica Hermenêutica do Direito.

No entanto, cabe lembrar que Streck sofreu algumas influências que possibilitaram o desenvolvimento de seu estudo, sendo eles o giro ontológico-linguístico, e alguns autores tais como Luis Alberto Warat, Ernildo Stein, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Ludwig Wittgenstein e Ronald Dworkin³³.

Embora este artigo não tenha a pretensão de abordar as relevantes investigações de cada autor, vez que não é objeto do trabalho, se considera oportuno elencar o contexto que inspirou Streck a elaborar uma teoria, que além de limitar a livre atuação do juiz, propõe uma abordagem de compreensão do direito.

Dessa forma, a hermênica se constitui enquanto tradução de algo que não se consegue compreender, por isso a linguagem tem tanto poder, uma vez que através dela se consegue dar significado as coisas. Portanto, essa virada paradigmática denominada Crítica Hermenêutica do Direito, a utiliza como instrumento de criação do sujeito, onde Streck denominou de giro-linguístico³⁴, ou seja, a pessoa não é mais fundamento do conhecimento.

³² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 1. ed. Revista e ampliada. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³³ BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. *O que é isto- a crítica hermenêutica do direito?* Revista Consultor Jurídico, 2021.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.15.

Assim, o giro ontológico- linguístico além de inserir os problemas filosóficos na linguagem, ele ainda se configura enquanto “descoberta de que, para além do elemento lógico-analítico, pressupõe-se sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático”³⁵.

Por isso, é através da linguagem que o sujeito age, vez que ele surge por meio dela, então, pode-se dizer que neste contexto há a morte da subjetividade, mas não do sujeito, ou seja, ele realiza a interpretação, não de acordo com suas concepções pessoais, mas observando a própria linguagem³⁶.

Porém, no âmbito da interpretação e aplicação do direito, ainda se tem a ilusão de que o juiz primeiro compreende, depois interpreta, para daí sim, aplicar, sendo que para Streck³⁷ não é possível o intérprete primeiro ter acesso a uma realidade e depois colocar um sentido sobre ela.

Essa concepção teve influência nos pensamentos de Gadamer³⁸, nas quais para o autor, existe no mundo uma pré-compreensão na qual o intérprete se baseia para chegar até sua compreensão, atribuindo sentido a determinada coisa, no entanto, isso não se dá de modo repartido, mas num só processo.

Para Gadamer, por exemplo³⁹,

O problema hermenêutico não é, pois, um problema de correto domínio da língua, mas o correto acordo sobre um assunto, que ocorre no médium da linguagem. Podemos aprender qualquer língua, de maneira que seu uso pleno implique já não termos de traduzir a partir da nossa própria língua ou à nossa própria língua, mas que se possa pensar na língua estrangeira. Para que possa haver acordo numa conversação, este gênero de domínio da língua é, na realidade, uma condição prévia. Toda conversação implica. Para que possa haver acordo numa conversação, este gênero de domínio da língua é, na realidade, uma condição prévia. Toda conversação implica o pressuposto evidente de que seus membros falem a mesma língua.

Percebe-se que, o predomínio da linguagem rompe com a ideia de que o juiz deve atribuir sentido ao que está lendo, de acordo com sua consciência individual, construindo assim o objeto do seu conhecimento, sem se importar com a lei.

Portanto, a Crítica Hermenêutica do Direito é uma nova teoria, segundo a qual une os horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana, e, por isso, levanta a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como àquela adequada à Constituição⁴⁰.

Quando se trata da observância à Constituição, não se está defendendo a proibição quanto a interpretação, mas o respeito ao contexto constitucional, onde as regras e

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.14.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

³⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p.561.

⁴⁰ 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.

princípios estão inseridos, de modo que o juiz não ignore esta realidade, para embasar a decisão em sua consciência.

No entendimento de Warat⁴¹, os significados de modo geral, possuem sentidos incompletos, são expressões em aberto, que se tornam plenos em um contexto determinado, por esse motivo, é impossível analisar o significado de um termo sem considerar o contexto no qual se insere.

Então, decidir conforme à Constituição e não de acordo com a consciência, é observar o significado contextual do direito, é se questionar sobre o que se está reproduzindo dentro das Universidades, é resistir ao falso discurso de que o juiz pode ignorar o texto da lei, para aplicar suas crenças pessoais, lei esta construída democraticamente.

Desse modo, expressões como ponderação de valores, proporcionalidade, ou decido conforme minha consciência, quando utilizadas carregam consigo uma violência simbólica, que “produz o sentido próprio e o próprio sentido”⁴².

O que se busca com a Crítica Hermenêutica do Direito é uma teoria da decisão que respeite a coerência e integridade do direito, pois segundo Dworkin⁴³,

A prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa compreensão do direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura.

Portanto, nota-se que para o autor, a interpretação é um processo construtivo, ou seja, interpretar é fazer com que algo alcance sua melhor forma, chegando próximo ao propósito ao qual se imaginava previamente que ele teria.

Dworkin⁴⁴ utiliza a relação do processo interpretativo com um romance, que é escrito por vários autores, sendo cada um responsável por uma parte, onde ao final forma o todo. Assim, cada romancista, “a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes, para estabelecer no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então”⁴⁵.

Trazendo para o direito, os autores do romance são os juízes, sendo que essa busca pela continuidade demonstra o tratamento com o caráter de integridade, onde a decisão deve sempre observar a história já escrita, conferindo com isso uma harmonia no sistema jurídico.

Dessa maneira, cada interpretação individual acaba influenciando diretamente a “pré-compreensão intersubjetiva acerca daquilo que constitui uma boa interpretação em

⁴¹ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele Guimarães. *O direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. São Paulo: Saraiva, 2017, p.55.

⁴³ DWORKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.217.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.236.

determinada área, assim como é influenciada por essa mesma pré-compreensão intersubjetiva⁴⁶, ou seja, independente se no direito ou na arte, os standards normativos que elegem os critérios de sucesso interpretativo para cada prática, transformam-se a partir do processo dialético que se dá entre o todo e a parte.

Por isso, quando se defende dentro da Crítica Hermenêutica do Direito uma resposta constitucionalmente adequada, pressupõe uma sustentação argumentativa, onde

o intérprete deve colocar em discussão os seus pré-juízos, isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juízos não percebidos como tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. Não perceber os pré-juízos “como” pré-juízos alienam o intérprete, fazendo-o refém da tradição ilegítima. A compreensão tem ínsia a permanente tensão entre coisa e intérprete. Por conseguinte, compreender não é um ato reprodutivo (Auslegung), e, sim, um ato produtivo, de dar sentido à coisa (Sinngabung). Interpretar será, assim, explicitar uma possibilidade verdadeira do texto compreendido⁴⁷.

Todavia, nota-se que tal interpretação muitas vezes é confundida pelos juristas com a liberdade de agir sem qualquer parâmetro, pois ainda que o direito seja feito para resolver casos particulares, em nenhum momento houve a permissão de que o juiz pudesse julgar de acordo com suas convicções pessoais.

Portanto, para Streck⁴⁸, sempre existirá uma resposta conformada à Constituição, de modo que negar este fato, induz a admissão da discricionariedade interpretativa, vez que o paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito é incompatível com a existência de múltiplas respostas.

Assim, a Crítica Hermenêutica do Direito não esconde o que propõe, mas assume seu lugar de fala⁴⁹, afirmando que uma interpretação só deve ser considerada correta caso não haja perguntas sobre as razões que fizeram com que o intérprete agisse de tal forma e não de outra. Isso porque para esta teoria, as coisas simplesmente devem se manifestar da mesma forma como as pessoas se movem no mundo⁵⁰.

Por esta razão, o argumento de separação entre a interpretação acerca dos casos simples e casos difíceis se torna vazia, vez que o desafio da Crítica Hermenêutica do Direito é levar os fenômenos à representação, que se dá pela linguagem, onde os casos simples e difíceis estão diferenciados pelo nível de possibilidade de objetivação, tarefa máxima de qualquer ser humano⁵¹.

⁴⁶ JUNG, Luã. *Hermenêutica filosófica e Direito: o diálogo entre Gadamer e Dworkin*. Revista Consultor Jurídico, 2021, p.03.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista Seqüência, n. 54, p. 29-46, jul. 2007, p.42.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista Seqüência, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

⁴⁹ BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. *O que é isto- a crítica hermenêutica do direito?* Revista Consultor Jurídico, 2021.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista Seqüência, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista Seqüência, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

Não haverá casos difíceis se ao interpretar o juiz levar em consideração o que está na Constituição, sem priorizar sua concepção ou juízo de valor diante do direito, vez que por um lado não se teria como mensurar o limite desse agir conforme a consciência, e por outro, não faria sentido uma só pessoa ou um grupo pequeno de pessoas escolherem “ a melhor solução” de maneira livre, ignorando a própria democracia.

Na busca pela resposta adequada à Constituição, o juiz deve observar ainda os cinco princípios fundantes da decisão jurídica, sendo eles

a preservação da autonomia do direito; o controle hermenêutico da interpretação constitucional (superação da discricionariedade); o respeito à integridade e à coerência do direito; o dever fundamental de justificar as decisões; o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada⁵².

Nota-se que tais princípios foram desenvolvidos como ferramentas de defesa da Constituição, do Estado Democrático de Direito e contra o positivismo jurídico que propaga a neutralidade, sem visualizar que é impossível representar um mundo independentemente de valorações.

Além disso, o juiz pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses:

quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; quando estiver em face dos critérios de antinomias; quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão⁵³.

Por carregarem consigo a característica de não serem cambiáveis, o juiz deve observar tais hipóteses que não permitem a aplicação da lei, no entanto, fora essas situações, existe uma obrigação, uma espécie de dever fundamental quanto a sua aplicação.

Para além dessas contribuições trazidas pela Crítica Hermenêutica do Direito, tem-se também: as três perguntas fundamentais para se identificar ativismo judicial e judicialização, o conceito de constrangimento epistemológico, bem como o “método” hermenêutico, que, embora não se objetive tratar neste trabalho, torna-se relevante elenca-los para fins de informação⁵⁴.

Portanto, a preocupação da Crítica Hermenêutica do Direito é, dentre outras coisas, romper com a discricionariedade, onde o juiz decide conforme sua consciência, sem utilizar parâmetros legais, gerando com isso arbitrariedades e abusos de poder. Isso porque esta teoria se pauta na concepção de que a decisão judicial não é um ato individual, mas fruto de um debate público, que exige o respeito à democracia. Mas será que as

⁵² 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.585.

⁵³ 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.258.

⁵⁴ BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. *O que é isto- a crítica hermenêutica do direito?* Revista Consultor Jurídico, 2021.

decisões judiciais respeitam estes fundamentos, ou pelo contrário, estaria a democracia constitucional condicionada a discricionariedade dos juízes”?

O julgamento do caso Francischini: uma análise da decisão proferida no STF na Tutela Provisória Antecedente nº 39/22- DF, à luz da democracia constitucional

Tratar sobre democracia dentro do Poder Judiciário exige esforço e paciência, já que muitos juízes confundem o direito com liberdade de consciência, decidindo de acordo com sua concepção pessoal, que inclusive pode ser de maneira arbitrária, mas a grande maioria alega estar agindo “em nome da democracia”.

Para abordar sobre este paradoxo, se escolheu uma decisão monocrática de N.M, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) que, em junho de 2022 suspendeu o acórdão proferido em outubro de 2021 pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na Tutela Provisória Antecedente nº 39/DF, acerca do julgamento de um recurso apresentado pelo Ministério Público Eleitoral (MPE), que solicitava a cassação do diploma e a declaração de inelegibilidade do deputado estadual eleito pelo Paraná em 2018, FDF⁵⁵.

O fato imputado a Francischini consistiu na realização de *live* (transmissão ao vivo), por meio da rede social Facebook, durante o primeiro turno das eleições de 2018, na qual ele teria divulgado notícias falsas acerca do sistema eletrônico de votação e promovido propaganda pessoal e partidária, conduta vedada pelo artigo 39, §5º, III da lei nº 9.504/1997^{56 57}.

No entanto, ainda que tal lei proibisse a conduta praticada por Francischini, muitos debates foram levantados em torno do tema, em especial acerca dos argumentos postulados pelo ministro N.M na Tutela Provisória Antecedente nº 39/22- DF, quanto a restauração do mandato deste parlamentar.

Dentre outras questões, o ministro N.M salientou que houve modificação na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em dezembro de 2021, não podendo esta ser aplicada de forma retroativa às eleições de 2018, uma vez que é proibido pela lei eleitoral.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B.

⁵⁷ BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em 10 março 2023.

Compreendo a preocupação do TSE, e compartilho também dessas preocupações, a respeito da anomia em torno do uso da internet e tecnologia associadas no âmbito do processo eleitoral. Mas me parece que não há como criar-se uma proibição posterior aos fatos e aplicá-la retroativamente. Aqui não dependemos de maior compreensão sobre o funcionamento da internet. É questão de segurança jurídica mesmo⁵⁸.

Percebe-se a preocupação do ministro N.M com a segurança jurídica. Porém, poderia num Estado Democrático de Direito, em nome da segurança jurídica, violar a própria democracia?

Vital⁵⁹, questiona se ao abrir a *live* para disferir discurso de ódio em torno da democracia e das urnas eletrônicas, Francischini não percebeu que ele poderia incorrer na prática de abuso dos meios de comunicação. E o autor vai além, será que torná-lo o primeiro exemplo disso, ensejaria ofensa à segurança jurídica?

Ao debater com alguns estudiosos da área, Vital⁶⁰ constatou que Streck, Neisser e Araújo consideraram que não estaria ofendendo a segurança jurídica, vez que a anualidade se aplica a legislação eleitoral quando há a alteração do processo legislativo, o que não houve, ou seja, ocorreu mera atualização da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), não existindo por isso, a violação do artigo 16 da Constituição Federal de 1988⁶¹. Portanto, este Tribunal não legislou, mas aplicou o direito em seu caráter sancionador.

Nesse sentido, cabe destacar ainda o artigo 22 da Lei Complementar 64/1990 que já previa a proibição da utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, sendo o inciso XVI incluído pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), caracterizando a ausência de alteração no processo eleitoral^{62 63}.

Ademais, o ministro N.M alegou em sua decisão que não seria possível considerar, automaticamente, as redes sociais como meios de comunicação na esfera eleitoral, já que nas eleições de 2018, os meios de comunicação envolviam os veículos tradicionais, sendo eles a televisão, rádio, jornais e revistas.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito Francischini, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B, p.25.

⁵⁹ VITAL, Danilo. *Caso Francischini opõe limite sancionador do TSE e segurança jurídica nas eleições*. Revista Consultor Jurídico, 6 de junho de 2022.

⁶⁰ VITAL, Danilo. *Caso Francischini opõe limite sancionador do TSE e segurança jurídica nas eleições*. Revista Consultor Jurídico, 6 de junho de 2022.

⁶¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 março 2023.

⁶² BRASIL. *Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em 20 março 2023.

⁶³ BRASIL. *Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em 20 março 2023.

É claramente desproporcional e inadequado, com a devida vênia, por uma simples analogia judicial — aliás com eficácia retroativa —, equiparar a internet aos demais meios de comunicação. [...] Ninguém poderia prever, naquela eleição, quais seriam as condutas que seriam vedadas na internet, porque não havia qualquer norma ou julgado a respeito⁶⁴.

Ao que parece, houve uma “interpretação” discricionária do ministro N.M, vez que o foco da discussão não é sobre a inserção ou não das redes sociais enquanto meios de comunicação, por óbvio que elas o são. Mas o cerne da questão é sobre a utilização da liberdade de expressão como ferramenta de ataque à democracia, e qual o papel do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, denominado guardião da Constituição, neste cenário.

Juntamente com o relator do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), os ministros “M.C, S.B, E.F, A.M e L.R.B”⁶⁵, (contrários aos argumentos de Carlos Horbach), entenderam que a democracia brasileira precisa restabelecer o mínimo de veracidade e compromisso com o que se fala, pois, as palavras têm poder. As pessoas têm liberdade de expressão, mas elas precisam ter responsabilidade pelo que falam⁶⁶.

Sendo assim, a linguagem não pode mais ser analisada de maneira isolada, mas dentro de um contexto social e cultural na qual ela é usada, pois o que se considera enquanto realidade, nada mais é que aquilo constituído através da própria linguagem⁶⁷, logo, são muitos os reflexos que uma fala pode proporcionar num cenário jurídico.

Estando diante de uma situação como esta, não resta espaço para decisões vinculadas à consciência, ao solipsismo, liberdade de escolha ou até mesmo a discricionariedade judicial, mas a preocupação se direciona para o combate a violação dos princípios constitucionais.

Para Streck e Oliveira⁶⁸,

No andar da carruagem, se não se fizer a diferença entre liberdade de expressão e discurso de ódio, entre liberdade de expressão e disseminar mentiras, entre liberdade de expressão e racismo, mas também entre liberdade acadêmica e negacionismo, etc, daqui a pouco será possível dizer que injúria, calúnia, difamação, além de incitação ao crime ou falsidade ideológica, etc, *não seriam mais crimes, mas mera liberdade de expressão?* Como se alguém tivesse o direito de mentir, de agredir, de injuriar, de infligir dor e sofrimento às/aos outros/as, ainda que com palavras.

Por isso, se deve tomar cuidado com certos discursos, em especial dentro do Poder Judiciário, uma vez que cabe ao juiz decidir conforme a Constituição, compreendendo que

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B, p.18.

⁶⁵ Mauro Campbell, Sérgio Banhos, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário Eleitoral n. 0603975-98*. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Fernando Destito *Francischini*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Curitiba-Paraná, 10 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em 20 março 2023.

⁶⁷ AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Porto Alegre: Artmed, 1990.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção?* *Revista Consultor Jurídico*, 22 de junho de 2020, n.p.

liberdade de expressão envolve o direito de falar e ser ouvido, mas não abrange humilhar as pessoas, ofender a democracia nem a República Federativa.

Dessa forma, “a liberdade de expressão é direito e discurso de ódio é ilícito. Isso porque a liberdade de expressão deve pressupor, como todo direito, o reconhecimento mútuo da igualdade entre cidadãos e cidadãos que participam do debate público, numa democracia”⁶⁹, ou seja, o grande desafio hoje, é lutar por condições que fortaleçam um espaço democrático sustentado no texto constitucional e não em decisões conforme à consciência, estando a democracia a mercê do “almoço dos juízes”.

O ministro N.M também discordou da gravidade da conduta praticada por Francischini, pois segundo ele, os índices mostraram que a transmissão ao vivo do candidato alcançou 70 mil internautas, recebendo 105 mil comentários, 400 mil compartilhamentos e 6 milhões de visualizações, no entanto, estes números foram obtidos um mês após a transmissão⁷⁰.

Para o ministro,

faltam elementos mínimos aptos a comprovarem o comprometimento da disputa eleitoral em decorrência do que veiculado na transmissão. Ora, em que medida a *live*, realizada nos vinte minutos restantes destinados à votação, teve o condão de produzir resultado concreto em benefício do candidato, de modo que se permitisse aquilatar a gravidade dos fatos?⁷¹.

Se está diante de uma visão particular do ministro, vez que ele reproduz o que acredita ser o correto de acordo com suas concepções pessoais, pois juridicamente falando, não há fundamentação que respalde seus argumentos, ou seja, dentro de uma democracia, qual o cabimento para delegar ao juiz este poder discricionário?

Para Streck⁷², o direito não é aquilo que o intérprete diz ser, cabendo a doutrina um papel fundamental de doutrinar, pois se não fosse assim, não teria sentido a existência das faculdades de direito ou dos milhares de livros produzidos anualmente. “E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E afinal, o que fazer com a Constituição, “lei das leis”?”.

Quando se traz a reflexão acerca da democracia, se está alertando que a decisão solipsista e discricionária do juiz não possui espaço, vez que este deve ser preenchido pelo respeito à Constituição e todas as espécies normativas produzidas dentro do país.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção?* Revista Consultor Jurídico, 22 de junho de 2020.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito Francischini, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito Francischini, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B, p.28.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.25.

Assim,

Acreditar que a decisão judicial é produto de um ato de vontade (de poder) nos conduz inexoravelmente a um fatalismo. Ou seja, tudo depende(ria) da vontade pessoal (se o juiz quer fazer, faz; se não quer, não faz...!). Logo, a própria democracia não depende(ria) de nada para além do que alguém quer...! Fugamos disso! Aliás, a hermenêutica surgiu exatamente para superar o assujeitamento que o sujeito faz do objeto⁷³.

Dessa forma, haveria (ou há?) dentro do Poder Judiciário conflitos ideológicos constantes, pois não observando a Constituição e cada juiz sentenciando de acordo com sua consciência (ou seu almoço), cada decisão sairia de uma forma diferente, tornando a vida das pessoas um caos.

E, por fim, o que ensejou a decisão de N.M foi o fato de que o julgamento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) trouxe prejuízo para terceiros, pois outros parlamentares perderam o mandato também, uma vez que como o sistema eleitoral é proporcional, os votos depositados no então deputado, seriam perdidos pela legenda⁷⁴, ferindo por isso o regime democrático.

Ora, para Bobbio⁷⁵, “por regime democrático, entende-se primariamente um conjunto de regras de procedimentos para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”, ou seja, o juiz não possui a permissão para deixar de lado a coerência e integralidade do direito e julgar de acordo com sua vontade.

Nesse sentido, quando a Crítica Hermenêutica do Direito defende a decisão conforme a Constituição, ela está respeitando dentre outras coisas, a democracia representativa, nas quais as deliberações que dizem respeito à coletividade, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade⁷⁶.

Dworkin⁷⁷ estuda em sua obra “Uma questão de princípio”, o papel que as convicções políticas devem desempenhar nas decisões sobre o que é direito e quando este direito deve ser imposto e obedecido. O autor⁷⁸ rejeita a visão

de que Direito e política são exatamente a mesma coisa, que os juízes que decidem casos constitucionais difíceis estão simplesmente votando suas convicções políticas pessoais como se fossem legisladores ou delegados de uma nova assembleia constituinte.

Isto porque a prática política reconhece dois tipos diferentes de argumentos que buscam justificar uma decisão política: os argumentos de política e os argumentos de

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.40.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p.22.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.08.

princípios, sendo que enquanto os primeiros tentam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido, os segundos afirmam, pelo contrário, que programas particulares devem ser levados a cabo ou abandonados por causa de seu impacto sobre pessoas específicas, mesmo que a comunidade como um todo fique pior⁷⁹.

Por isso, Dworkin defende, a tese de que as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, e não por políticas. Logo, ao Poder Judiciário cabe tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional, e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral, porque tanto a democracia quanto o Estado de Direito estariam enraizados num ideal fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais⁸⁰.

Nesse sentido, talvez levando em consideração a Crítica Hermenêutica do Direito, (talvez não) no dia 03 de junho de 2022 a ministra C.L⁸¹ solicitou ao ministro L.F⁸², presidente do Supremo Tribunal Federal, (que acatou) uma convocação extraordinária do Plenário Virtual, devido a impetração de um mandado de segurança com requerimento de medida liminar e indicação de urgência, apontando como ato coator a decisão judicial proferida pelo ministro N.M^{83 84}.

Posteriormente, em 07 de junho de 2022, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal (STF) derrubou a decisão monocrática do ministro N.M, mantendo os argumentos do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quanto a cassação do diploma e a declaração de inelegibilidade do até então deputado estadual eleito pelo Paraná em 2018, F.D.F^{85 86}.

Portanto, para que não haja mais casos como este, que a Crítica Hermenêutica do Direito luta por um Poder Judiciário que decida conforme a Constituição, respeitando a democracia, as leis, a autonomia do direito e sua integridade, de modo a evitar o solipsismo, o livre convencimento, o senso comum teórico dos juristas, a discricionariedade, e consequentemente as decisões conforme a consciência do juiz”.

Considerações finais

⁷⁹ DWORKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?* Revista *Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020.

⁸¹ Ministra do STF Cármen Lúcia.

⁸² Ministro do STF Luiz Fux.

⁸³ SANTOS, Rafa. *STF marca sessão extraordinária para analisar recurso contra Francischini*. Revista *Consultor Jurídico*, 4 de junho de 2022.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 38.599*. Impetrante: Pedro Paulo Bazana. Impetrado: relator da TPA nº 39 e do ARE nº 1.373.504 do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 04 de junho de 2022-A.

⁸⁵ COUTO, Karen. *2ª turma do STF decide manter cassação de deputado bolsonarista paranaense*. Revista *Consultor Jurídico*, 7 de junho de 2022.

⁸⁶ RIBEIRO, Victor. *STF mantém cassação do deputado estadual do PR Fernando Francischini*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/justica/audio/2022-06/stf-mantem-cassacao-do-deputado-estadual-do-pr-fernando-francischini>. Acesso em 20 março 2023.

O positivismo jurídico tem sido considerado pelos juristas e propagado nas academias, como sendo àquele em que o juiz reproduz de forma mecânica o que o texto da lei propõe, sem se utilizar de critérios interpretativos. Ocorre que muitos positivismos foram se forjando com o passar do tempo, sendo negligente reduzir um fenômeno tão complexo a uma só concepção.

Dentre as correntes elaboradas, contemporaneamente o positivismo inclusivo e exclusivo assume importante espaço, vez que ambos defendem a tese das fontes sociais e da não vinculação necessária entre direito e moral, ainda que acabem divergindo em outros pontos específicos. Dessa forma, para o positivismo inclusivo existiam questões que os sistemas jurídicos muitas vezes não conseguiam resolver, abrindo um espaço não preenchido pela norma para que o juiz exercesse o poder discricionário, se utilizando de crenças e valores,

Por outro lado, para o positivismo exclusivo, o direito não deveria incorporar questões morais, ou seja, uma norma poderia ser juridicamente válida e injusta, por exemplo, porém, em alguns casos o juiz também teria autorização para julgar de acordo com sua consciência.

Por isso, visando combater a liberdade de escolha judicial, a discricionariedade, bem como o ativismo judicial, que a Crítica Hermenêutica do Direito foi desenvolvida em 2002 pelo professor Dr. Streck. Ela objetiva romper com o paradigma do positivismo jurídico e tem como uma de suas influências o giro ontológico-linguístico.

A discussão gira em torno da problemática da pesquisa, qual seja, o atual paradigma jurídico da discricionariedade judicial coaduna-se com a democracia contemplada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)?

Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) foi elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte e as leis foram e são produzidas via de regra, pelo Poder Legislativo, cujos parlamentares são eleitos pelo povo para tal função, desempenhando assim, a chamada democracia representativa.

Entretanto, quando um juiz decide de acordo com sua consciência, ignorando a produção normativa do país, incorrendo muitas vezes em posturas arbitrárias, a principal lesionada é a democracia, ou seja, os desejos pessoais e individuais são colocados acima da coletividade.

Portanto, se está diante do seguinte paradoxo: juízes que dizem estar lutando contra o positivismo jurídico, onde em nome da democracia decidem de forma discricionária, de acordo com suas crenças e valores, desrespeitando por isso, o sistema democrático.

Para tratar sobre este antagonismo se abordou a decisão monocrática de N.M, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) na Tutela Provisória Antecedente nº 39/22-DF que, suspendeu o acórdão proferido pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), devolvendo o diploma e anulando a declaração de inelegibilidade do deputado estadual eleito pelo Paraná em 2018, F.D.F.

Nesta decisão, onde o então parlamentar havia realizado uma *live*, por meio da rede social Facebook, durante o primeiro turno das eleições de 2018, divulgando notícias falsas acerca do sistema eletrônico de votação, além de promover propaganda pessoal e

partidária, o ministro N.M, dentre outras questões, chegou a afirmar, de acordo com sua interpretação pessoal, que redes sociais não se configuravam à época como meio de comunicação.

Por esta razão, não se pode mais admitir que a democracia constitucional fique à mercê da opinião do juiz. Isso não pode ser banalizado e nem reproduzido como algo cotidiano e normal do dia-a-dia do Poder Judiciário. Este assunto é sério e preocupante, devendo ser refletido e questionado não só pelos acadêmicos de direito e juristas, mas também pela sociedade.

Portanto, a Crítica Hermenêutica do Direito não proíbe o juiz de interpretar, mas que esta interpretação ocorra de acordo com a Constituição, pois assim sendo, ela também respeitará os princípios constitucionais e a democracia, ambos frutos de grandes lutas sociais.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Porto Alegre: Artmed, 1990.

BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. *O que é isto- a crítica hermenêutica do direito?* *Revista Consultor Jurídico*, 2021.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 março 2023.

BRASIL. *Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em 20 março 2023.

BRASIL. *Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010*. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em 20 março 2023.

BRASIL. *Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em 10 março 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 38.599*. Impetrante: Pedro Paulo Bazana. Impetrado: relator da TPA nº 39 e do ARE nº 1.373.504 do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 04 março 2023-A.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Tutela Provisória Antecedente n. 39*. Requerente: Fernando Destito *Francischini*, Emerson Gielinski Bacil, Paulo Rogerio do Carmo, Partido Social Liberal Comissão Provisória Estadual-PR, Cassiano Caron Sobral de Jesus, Partido Social Liberal. Requerido: Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Nunes Marques.

Brasília, 3 de junho de 2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15351559717&ext=.pdf>. Acesso em 10 março 2023-B.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário Eleitoral n. 0603975-98*. Recorrente: Ministério Público Eleitoral. Recorrido: Fernando Destito *Francischini*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Curitiba- Paraná, 10 de dezembro de 2021. Disponível em:

<https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>. Acesso em 20 março 2023.

COELHO, André Luiz Souza. *O Positivismo e a separação entre o direito e a moral*. Disponível em: https://www.academia.edu/4683168/o_positivismo_e_a_separa%C3%A7%C3%A3o_entre_o_dir_eito_e_a_moral_-_vers%C3%A3o_para_distribui%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 24 março 2023.

COUTO, Karen. *2ª turma do STF decide manter cassação de deputado bolsonarista paranaense*. *Revista Consultor Jurídico*, 7 de junho de 2022.

DWORKIN, Ronald Myles. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

DWORKIN, Ronald Myles. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. *Legal positivism*. Stanford encyclopedia of philosophy, 2019.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

JUNG, Luã. *Hermenêutica filosófica e Direito: o diálogo entre Gadamer e Dworkin*. *Revista Consultor Jurídico*, 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 6.ed. rev. trad. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. *The Nature of Law*. Stanford encyclopedia of philosophy, 2019.

RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. Columbia Law School, Scholarship Archive, 1972.

RIBEIRO, Victor. *STF mantém cassação do deputado estadual do PR Fernando Francischini*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/justica/audio/2022-06/stf-mantem-cassacao-do-deputado-estadual-do-pr-fernando-francischini>. Acesso em 20 março 2023.

SANTOS, Rafa. *STF marca sessão extraordinária para analisar recurso contra Francischini*. *Revista Consultor Jurídico*, 4 de junho de 2022.

STRECK, Lenio Luiz. *Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto*. Revista *Seqüência*, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

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. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 1. ed. Revista e ampliada. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. *Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico*. Revista *UNIFESO- Humanas e sociais*, v.1, n.1, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. *Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?* Revista *Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, out./dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Pode-se, em nome da democracia, propor a sua extinção?* Revista *Consultor Jurídico*, 22 de junho de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é positivismo afinal? E qual positivismo?* Revista *Novos Estudos Jurídicos- eletrônica*, v. 24, n. 3, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. São Paulo: Saraiva, 2017.

VITAL, Danilo. *Caso Francischini opõe limite sancionador do TSE e segurança jurídica nas eleições*. Revista *Consultor Jurídico*, 6 de junho de 2022.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. v.2. Porto Alegre: SAFE, 1995.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo; CITTADINO, Gisele Guimarães. *O direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

Data de Recebimento: 31/05/2023.

Data de Aprovação: 21/11/2023.