

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A outra realidade: o
panconstitucionalismo nos
Isteites**

**Another reality: the
“panconstitucionalism” in the
States**

Thiago Aguiar de Pádua

Fábio Luiz Bragança Ferreira

Ana Carolina Borges de Oliveira

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarrese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

A outra realidade: o panconstitucionalismo nos Isteites*

Another reality: the “panconstitutionalism” in the States**

Thiago Aguiar de Pádua***

Fábio Luiz Bragança Ferreira****

Ana Carolina Borges de Oliveira*****

RESUMO

O presente artigo é fruto de um estudo acerca do artigo escrito por Lênio Streck em sua coluna semanal *Senso Incomum*, no *site* Consultor Jurídico, com o título *O realismo jurídico ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’*. Para tanto, serão analisadas as bases do realismo jurídico nos Estados Unidos e será feita uma breve contextualização do pensamento de Streck, indicando algumas das suas principais teses ventiladas. Passaremos ao estudo do realismo jurídico no Brasil e suas — prejudiciais — consequências. Esse artigo se insere na teoria do Direito Constitucional e Direito Comparado e busca fazer uma análise crítica ao pensamento de Luís Roberto Barroso no contexto constitucional brasileiro. Por fim, a pesquisa utilizou a metodologia analítico-dogmática, em que se partiu de uma dimensão analítica, momento em que foram analisados os conceitos jurídicos como: realismo jurídico, pós-positivismo; para, posteriormente, analisar a crítica a teoria atual do pós-positivismo. Ao final, concluiu-se que não há no Brasil, em alguma medida e em certo sentido, um DNA jurídico a partir da análise das proposições e atuações judiciais do Ministro Luis Roberto Barroso.

Palavras-chave: Panconstitucionalismo. Princípio. Realismo jurídico. Pós-positivismo. Juristocracia.

ABSTRACT

The present article is the result of a study about the article written by Lênio Streck in his weekly column *Uncommon Sense*, with the title “The legal realism or ‘when all might be unconstitutional’” (*Conjur*). Indeed, we analyzed the foundations of legal realism in the United States and provide a brief contextualization about the thought of Lênio Streck, indicating some of its main theses. We pass to the study of legal realism in Brazil and its - harmful - consequences. This article fits into the theory of Constitutional Law and Comparative Law, and seeks to make a critical analysis of the thought of Luis Roberto Barroso in Brazilian constitutional context. Finally, the research used the analytic-dogmatic methodology, where it was based on an analytical scale, at which the legal concepts were analyzed as: legal realism, post-positivism; for later analysis to criticize the current theory of the so

* Recebido em 30/10/2014

Aprovado em 28/12/2014

** Registre-se que as partes foram elaboradas de maneira separada, e cada um dos três autores escreveu uma parte distinta. Em ordem alfabética com relação ao primeiro nome dos autores, Ana Carolina Borges de Oliveira escreveu sobre o último item (“A ausência de DNA jurídico constitucional das decisões, e a conclusão”), Fábio Luiz Bragança Ferreira escreveu sobre o segundo item (“As bandeiras levantadas por Lênio Streck no contexto do Realismo Jurídico”) e Thiago Aguiar de Pádua escreveu sobre o primeiro item (O Realismo Jurídico Norteamericano). Cada autor é responsável por suas próprias elaborações, apenas e tão somente. Agradecemos especialmente ao professor Carlos Ayres Britto, em razão de ter sido o autor mediato da provocação; o artigo foi elaborado como trabalho final da disciplina “Teoria e Realidade dos Direitos Fundamentais”, no primeiro semestre de 2014.

*** Mestrando em Direito pelo UniCEUB. Pesquisador-Discente do CBEC. Advogado. E-mail: tsapadua@gmail.com

**** Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Mestrando em Direito pelo UniCEUB. Bolsista CAPES. Advogado. Email: fabiolbf@outlook.com

***** Mestranda em Direito pelo UniCEUB. Pós-Graduada pelo IDP. Advogada. Bolsista CAPES. E-mail: anacarolinaboliveira@gmail.com

caled post-positivism. At the end, it was concluded that there is not a “Judicial DNA” in Brazil, in some sense and extent, from the analysis of propositions and judicial actions of the Justice Luis Roberto Barroso.

Keywords: Panconstitucionalism. Principles. Legal realism. Post-positivism. Juristocracy.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto de um estudo acerca do artigo escrito por Lênio Streck em sua coluna semanal *Senso Incomum*, no *site* Consultor Jurídico, com o título *O realismo jurídico ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’*.

Assim, analisaremos as bases do realismo jurídico nos Estados Unidos, já que esse tema configura o início dos estudos de Lênio Streck no referido artigo. Após, será feita uma breve contextualização do pensamento de Streck, indicando algumas das principais teses que fundamentaram o trabalho do autor, no do contexto do seu artigo.

E, por fim, após a abordagem sobre o realismo jurídico norte-americano, bem como sobre o pensamento de Lênio Streck, passaremos ao estudo do realismo jurídico no Brasil e suas — prejudiciais — consequências. Tem-se como suporte a afirmação de Streck no sentido de que o “realismo jurídico baseia-se na concepção de que o raciocínio judicial decorre de um processo psicológico”¹; e, por isso, o direito passa a ser o que os tribunais dizem que ele é. Nesse contexto, o ponto de partida da análise sobre o realismo jurídico será a entrevista concedida por Luís Roberto Barroso, ao *Jornal Folha de S. Paulo*, em 22 de dezembro de 2013, à qual Streck se refere no seu artigo.

Importante destacar, também, que o presente trabalho não busca esgotar todas as possíveis análises do texto, mas tão somente trazer alguns comentários e desdobramentos, que podem ser retirados da análise de Lênio Streck, com base em outros autores do Direito Constitucional.

2. O REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO

O artigo de Lênio Streck, em sua coluna semanal *Senso Incomum*, no *site* Consultor Jurídico, intitulado *O realismo jurídico ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’*, começa com a apresentação de um vídeo de famoso desenho intitulado “Pinky e o Cérebro”, que alguns alunos de Filosofia do Direito legendaram em forma de paródia³, e que foi enviado ao articulista pelo seu amigo Dierle Nunes, professor da UFMG.

Menciona-se que o nome do episódio é: “*Are judges humans?*” (tradução livre: os juízes são humanos?), com a clara pretensão de explorar, provocativamente, o “realismo jurídico americano” e servir de ponto de partida para a discussão que permeia todo o restante do texto de Lênio. Daí, esta advertência do autor: “Não leia o resto da coluna sem ver o vídeo”.

1 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

2 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 25 maio 2014.

3 Encontra-se disponível no conhecido site “*youtube*” <<https://www.youtube.com/watch?v=G9D2tyC-w4k>>, e o vídeo já continha, ao tempo do acesso, quase 30 mil “*views*”, e cujo upload ocorrera em 7 de junho de 2010, com a chamada: “Pinky e Cérebro e o Realismo Jurídico Norte Americano”, publicado pelo usuário Mateus Miranda, e com a seguinte descrição: “Episódio em que Pinky e Cérebro planejam dominar o mundo por meios jurídicos. A legenda não reproduz o que as personagens falam, uma vez que foi feita para um trabalho de Filosofia do Direito, com o tema “Realismo Jurídico Norte Americano”, da Faculdade de Direito da UFMG. Trata-se, portanto, de uma paródia.” MIRANDA, Mateus. *Pinky e Cérebro e o realismo jurídico norte americano*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G9D2tyC-w4k>>. Acesso em: 25 maio 2014.

Como a sequência é uma candente crítica a Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, presume-se que a ele também se dirige essa observação, como se esse magistrado estivesse diante de um espelho que reflete o personagem Cérebro, ou até mesmo Pinky. Realizamos, a seguir, a transcrição literal desse diálogo fictício, eis que Lênio o considera fundamental para o restante do seu artigo.

[Narrador]: em seu laboratório secreto, Cérebro arquiteta mais um plano maléfico para dominar o mundo...

[Cérebro]: depois de tantos planos frustrados, cheguei à conclusão de que só conseguirei dominar o mundo por meios jurídicos. Até porque, ninguém respeita um rato cientista...

Mas basta um rato juiz dizer “cumpra-se” e todos obedecem.

Juízes não são seres comuns, são criaturas divinas. E é como juiz que me tornarei um DEUS, serei adorado e então controlarei o mundo!!

Mas primeiro preciso doutrinar alguns idiotas... [Alusão ao seu companheiro Pinky, que passara gritando como um lunático]

[Cérebro]: Pinky, você não vê que para eu me tornar um juiz, é absolutamente necessário que você se concentre e me ajude a memorizar todas as leis?

[Pinky]: isto já não é uma lei?

[Cérebro]: não, Pinky. As leis ... PINKY! Como juiz poderei criar leis!

[Pinky]: claro que pode Cérebro. Não interessa o que as normas dizem, apenas o que os juízes dizem que as normas dizem.

O direito está nas sentenças!! Nós vamos dominar o mundo!! Lálálá... Nós seremos juízes.

[Cérebro]: nós.. hehe... Menos, muito menos. Pinky, você ainda tem muito o que aprender! Deixa eu te explicar melhor meu plano...

[Cantando como eu um musical]: valendo-me do instrumentalismo / O direito servirá para a satisfação / Da minha vontade particular / Juntos nos tornaremos fortes / Juízes em suas cortes / Mas o Mundo, eu é que vou dominar, apenas EU! / MA-NI-PU-LAR / Teorias econômicas / RE-GU-LA-MEN-TAR / A vida das pessoas / Aqui nos Estados Unidos o Direito é realista / O juiz é a justiça / Ao lado da sentença / No Direito não há verdade / E isso não é mentira / É só o nosso plano / Calado, idiota / MA-NI-PU-LAR / Teorias econômicas / RE-GU-LA-MEN-TAR / A vida das pessoas / Minha estratégia para me tornar juiz já está definida, nem o Pinky seria capaz de falhar / Primeiro passar no vestibular / Depois o saco dos professores puxar / Só no último período estudar, para no concurso passar / E nas minhas sentenças / A criação da lei / E quanto mais sentenças / O poder será só meu / A realidade jurídica se concretiza nos tribunais / Aqui, X vezes Y / Não é o Dever-ser / Y é o precedente / E o Dever-ser deve ser o que eu quiser / MA-NI-PU-LAR / Teorias econômicas / RE-GU-LA-MEN-TAR / A vida das pessoas / E nas minhas sentenças a criação da lei / E quanto mais sentenças / O poder será só meu.

[Pinky]: será que dessa vez a gente consegue dominar o mundo, Cérebro?

[Cérebro]: pelo amor do Logos! Claro que sim.⁴ (grifo nosso).

Como paródia, em claro estilo de charge, *mutatis mutandis*, invoca a origem e a explicação mesma desta palavra. Uma das mais expressivas compreensões sobre o que é ou, mais exatamente, o que não é uma “charge” e qual seria a sua função, nos é dada pelo jornalista e professor da Faculdade de Comunicação da UnB, Paulo José Cunha, em sugestivo texto publicado no “Observatório da Imprensa” e abaixo colacionado:

Toda charge é engraçada? Não. Algumas charges são engraçadas? Sim. Mas existem casos em que as charges fazem chorar? Sim. O chargista é um humorista? Não. Então, a charge deve ou não deve ser considerada uma categoria do humor? Sim, deve. Mas como, se muitas vezes a charge não é engraçada, embora seja inteligente? Ah, não complica.

4 MIRANDA, Mateus. *Pinky e Cérebro e o realismo jurídico norte americano*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G9D2tyC-w4k>>. Acesso em: 25 maio 2014

Na verdade, a charge é um bicho muito estranho, meio pedra meio tijolo, situada no limite entre o jornalismo e o desabafo, entre a crítica e o atrevimento. Por isso sai sempre ali, na página de opinião, ao lado do editorial, encostada na coluna das cartas dos leitores. Ou exibida bem na primeira página, só para provocar. A charge perde muito de seu impacto quando vira piada, chiste, gozação gratuita. Vulgariza-se. Pois fazer rir é ofício nobre de humoristas ou palhaços, não de chargistas.

Chargista que se preza não atua no território da gargalhada. O bom chargista é um indutor da reflexão.

Reflexão, eis a palavra-chave que pode explicar a sensação de que alguma coisa está fora da ordem [...] ⁵

Por outro viés, em texto já considerado clássico sobre o tema, em se observando a semelhança/diferença entre a “crônica” e a charge, ou mesmo a caricatura, constata-se que:

quando o tema é político, a sátira contida no desenho possui sempre um caráter corretivo: a crítica serve para denunciar erros e restaurar a justiça ⁶.

Pois bem, o vídeo nos faz refletir — e seu diálogo provocativo contém inequívocos temas políticos e contemporâneos — para além do claro tom denunciante, reforçado pelo restante do texto de Lênio Streck. Fala-se em dominar o mundo, por meio de atos dos juízes, que substituiriam as leis por suas próprias vontades a partir do acolhimento do realismo jurídico, que ajudaria a manipular teorias e regulamentar a vida das pessoas.

A propósito, Lênio menciona que o realismo jurídico não tem nada a ver com o realismo filosófico, pois este seria “a concepção objetivista do mundo” ⁷. Aliás, confira-se pequeno excerto oriundo do artigo desse jurista crítico acerca do realismo jurídico:

Conforme explico em meu *Verdade e Consenso*, realismo e pragmatism(o) são irmãos siameses. As primeiras manifestações pragmaticistas no Direito podem ser encontradas no realismo escandinavo (Alf Ross, Olivecrona) e norte-americano (Wendell, Pound e Cardozo), daí a “semelhança” entre as duas posturas sobre o direito (realismo jurídico e pragmatismo). Para os adeptos do pragmatismo, não se deve conferir “autoridade última a uma teoria, já que o objetivo crítico de raciocinar teoricamente não é chegar a abstrações praticáveis, mas, sim, explicitar pressuposições tácitas quando elas estão causando problemas práticos. Para o pragmatismo jurídico, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do Direito, mas, na ,r parte das vezes (ou, ao menos, frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é a previsão ‘exceto em caso em que fatores preponderantes prescrevam o contrário. Contemporaneamente, o pragmatismo pode ser identificado sob vários matizes, como a análise econômica do direito, de Richard Posner, nos *Critical legal studies* e nas diversas posturas que colocam na subjetividade do juiz o *locus* de tensão da legitimidade do direito (protagonismo judicial). O pragmatismo pode ser considerado uma teoria ou postura que aposta em um constante “estado de exceção hermenêutico” para o direito; o juiz é o protagonista, que “resolverá” os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Trata-se, pois, de uma tese anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do direito. No Brasil, o direito alternativo tinha raízes realistas. Nas práticas judiciárias, não é difícil encontrar uma série de manifestações realistas.

O jusfilósofo espanhol Garcia Figuerola é contundente, ao dizer que “na atualidade, parece haver uma espécie de realismo jurídico inconsciente na “motivação” dos juízes nos processos judiciais. Afinal, o realismo jurídico baseia-se na concepção de que o raciocínio judicial decorre de um processo psicológico. E isso acontece porque os juristas — em especial os juízes — descreem da capacidade justificadora do sistema jurídico. O realismo é cético diante das normas, pois a considera “puro papel até que se demonstre o contrário”. Assim, a vida do direito é “experiência”. Por isso, direito passa ser aquilo que os juízes dizem que é”.

Desse modo, quando você ouve alguém dizer que “o-direito-é-aquilo-que-os-tribunais- dizem-que-é”, bingo! Está diante de uma postura realista (ou de uma *Pantoffel theses* do realismo). Compreendeu? Por

5 CUNHA, Paulo José. *Telejornalismo em close*: charge na TV, por enquanto, pouco a ver. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/showNews/qtv030620031p.htm>> Acesso em 25 maio 2014.

6 NERY, L. M. Caricatura: cartilha do mundo imediato. *Revista Semear* (PUCRJ), Rio de Janeiro, v. 7, p. 127-144, 2002.

7 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acesso em: 26 maio 2014.

isso, a estorinha do Pinky e do Cérebro retrata um pouco dessa velha corrente que — mesmo em tempos de intersubjetividade — ainda aposta no ceticismo em relação às normas e em raciocínios decorrentes de processos psicológicos.

No fundo, as posturas realistas e suas congêneres — lembremos que Posner é um pragmatista, que mata a sede no realismo — desconfiam da malta que vota. Desconfia das Instituições, a não ser a mais imaculada: o Judiciário. Por isso, o realismo (e seus genéricos) é também chamado de positivismo fático. Para quem gosta de estudar os mistérios do positivismo, saiba logo — e tenho insistido muito nisso — que positivista não é apenas o do velho formalismo (exegético-legalista). É muito mais do que isso. Enfim...”⁸.

Necessário distinguir: a) “Realismo” de b) “Pragmatismo”. Um livro seminal que explica a origem das ideias americanas é o famoso “The Metaphysical Club”, de Louis Menand e que é o epicentro da análise realizada por Arnaldo Godoy em seu “Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano”¹⁰.

O chamado “pragmatismo” é o “pano de fundo filosófico do realismo jurídico norte-americano”, cuja preocupação reside em investigar o que pensam as pessoas, sem que se indaguem os motivos pelos quais as pessoas pensam, e tal modelo é apreendido na seguinte sentença, representativa desse ideário: “porque precisaríamos saber algo que já fazemos naturalmente?”¹¹.

O conceito central do pragmatismo, do ponto de vista jurídico, foi formulado por Oliver Wendell Holmes Jr, na afirmação de que “*first we decide, than we deduce*”, vale dizer, primeiro o juiz decide e, em seguida, justifica sua decisão, formulando mecanismos lógicos de dedução¹².

Conforme apontado por Godoy, o pragmatismo abandona tradicionais modelos de verdade, racionalidade e objetividade, promovendo, assim, certo niilismo e ceticismo que subverteriam a liberal democracia; neste sentido, o pragmatismo centrar-se-ia na questão da “verdade”, concebendo-a como aquilo que se admite como tal¹³.

O pragmatismo americano foi fortemente influenciado por Charles Darwin e por John Stuart Mill, e se desenvolveu nos meios acadêmicos, primeiro em Harvard com Charles Sanders Peirce e William James, e depois em Chicago e Nova Iorque, quando se torna filosofia nacional a partir da forte influência de John Dewey. Influenciou, ainda, o cientista Thomas Kuhn, cuja obra *A Estrutura das Revoluções Científicas* tornou-se presença obrigatória no discurso epistemológico contemporâneo¹⁴.

Interessante nisso tudo é o fato de que o núcleo original dos ideólogos do pragmatismo era um grupo que se autointitulava “*The Metaphysical Club*” ou “*O Clube Metafísico*”, e se reunia para discutir temas que vieram a influenciar juízes, professores, políticos e profetas sociais nos Estados Unidos, a partir de 1870¹⁵.

Tomavam parte nessas reuniões os seguintes vultos: William James, então professor em Harvard; Oliver Wendell Holmes Jr., que viria a ser Juiz da Suprema Corte Americana; Chauncey Wright, filósofo da ciência; Charles Sanders Peirce, cientista e também teórico da ciência, além dos advogados Nicholas St John Green e Joseph Bangs Warner. Desse grupo, James veio a ser reconhecido como o divulgador do pragmatismo, Holmes como o ícone da Sociologia Jurídica, enquanto Peirce ganhou o *status* de fundador da teoria dos signos, que viria a ser explorada na Europa por Ferdinand de Saussure¹⁶.

8 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional?”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

9 MENAND, Louis. *The metaphysical club*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

10 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013.

11 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 25.

12 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 27.

13 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 27.

14 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 25-26.

15 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 26.

16 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 27.

A propósito, Pierce mencionava que o uso dos signos é atividade interminável, pois assim como não se consegue sair de um dicionário, porque uma palavra leva a outra, do mesmo modo não conseguimos escapar do universo simbólico, porque cada símbolo nos envolve e nos remete sempre para outras referências¹⁷.

Tal assertiva seria ainda mais evidenciada pelo fato de o pragmatismo ser percebido em autores tão distintos como Benjamin Cardozo, que foi Juiz da Suprema Corte Americana; Artur Scheslinger Jr, que se vinculou à administração Kennedy; e Harold Bloom, famoso e influente crítico literário¹⁸.

O pragmatismo vem impugnar qualquer ideia de neutralidade, insistindo num comportamento comprometido do pensamento, bem como na relação existente entre fins e meios. Afirma-se: “quando se diz a uma criança que o mundo é assim mesmo, não se está fazendo observação neutra ou vazia de intenção prática”¹⁹.

Assim, humanismo, pragmatismo, pragmaticismo e instrumentalismo seriam expressões convergentes para o núcleo conceitual do movimento, segundo o qual “todo o conhecimento o é para alguma coisa”²⁰.

Com efeito, o Realismo Jurídico Norte-Americano seria a versão forense do pragmatismo, pretendendo ler a vida a partir de uma visão relativista, de experimentalismo e otimismo, em que o “jogo da justiça” será dissecado, vale dizer, a verdade dos autos irá ceder à verdade da circunstância, em razão da inadmissibilidade de uma verdade que se possa chamar de real²¹.

Alega-se que o Realismo Jurídico Norte-Americano teria levado ao limite a premissa segundo a qual os juízes primeiro decidem e somente depois deduzem, logicamente, a fundamentação. Ou seja, ao ver dos Realistas, o pensamento seria instrumento para ajuste das condições de vida, enquanto as reflexões jurídicas seriam mecanismos de resolução de problemas concretos²². A propósito, lê-se em Frank que os juízes, intuitivamente, decidem primeiro e só depois, trabalhando “para trás”, saem em busca de fundamentos lógicos para as suas decisões²³. Afinal, como dizia Holmes, “a qualquer conclusão pode-se dar forma lógica”.²⁴

Arnaldo Godoy observa que o pensamento jurídico brasileiro atual vive mais uma crise, na qual patina entre a transição do formalismo de feição positivista para o “neoformalismo” pretensamente crítico, mas “incapaz de transcender à neodogmática” de teorias sistêmicas, neocontratualistas e aliciadoras de uma suposta razão comunicativa, pilares de um discurso vazio, atuando como “agente de um neokantismo que não se tem coragem de abandonar”²⁵.

Os fatos determinariam as decisões e, por essa razão, a crítica à apropriação da lógica pelo direito e à sentença de Holmes, que servia de mote para os Realistas, afirmando que direito não é lógica, e sim experiência²⁶.

Observa-se que a herança e as influências do Realismo Jurídico norte-americano ensejariam o que se denomina de “teoria da ferradura”, para a qual este movimento teria oxigenado tendências que se identificam tanto com a direita quanto com a esquerda do pensamento jurídico americano²⁷. Nesse sentido, mais à direita, evidenciam-se os vínculos do Realismo com o movimento “Direito & Economia” (*Law and Economics*), na versão inicial enunciada por Richard Posner²⁸.

Por outro lado, mais à esquerda, são também claras as relações do realismo norte-americano com o movimento “*critical legal studies*”, na sua percepção originária, a partir de Roberto Mangabeira Unger, Mark

17 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 27.
18 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 27.
19 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 28.
20 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 28.
21 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 33.
22 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 33.
23 FRANK, Jerome Frank. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara, 2001. p. 92.
24 BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, [1951?]. p. 39.
25 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013, p. 5-6.
26 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 5-6.
27 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 5-6.
28 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 6-7.

Tushnet e Duncan Kennedy²⁹.

Não por acaso, tornou-se famoso discurso de Elmira (*Speech before the Elmira Chamber*) proferido por Charles Evans Hughes em 1907, três anos antes de ser nomeado para a Corte Suprema, da qual viria a ser presidente, ao dizer que “Estamos submetidos a uma Constituição, mas a Constituição é o que os Juizes dizem que ela é”³⁰. Essa é a faceta mais recordada quando se pensa em ativismo judicial ou em realismo jurídico.

Outra célebre passagem de Cardozo expõe as vísceras realísticas. Disse ele, então, que: “o que realmente importa é que, dentro dos limites de seu poder de inovação, o juiz tem o dever de manter uma relação entre o Direito e a moral, entre preceitos da filosofia do Direito e os preceitos da razão e da boa consciência”³¹.

Em boa medida, parece que tem razão Canotilho³² quando afirma que, de uma forma, historicamente, a Constituição de uma comunidade organizada assentou sempre em três pilares, quais sejam, o *poder*, o *dinheiro* e o *entendimento*, e que, no modelo liberal e no modelo republicano de constitucionalismo, a articulação desses pilares pressupunha — e pressupõe até hoje — compreensão distinta do estado burocrático, da economia capitalista e da sociedade civil. A disputa pela herança do realismo jurídico entre diferentes grupos parece ser disso uma prova candente.

Talvez também seja este o motivo pelo qual Louis Menand afirmou que já se passara bastante tempo desde as primeiras reuniões dos membros do “Clube Metafísico”, em Cambridge, para discutir o lugar das ideias após a Guerra Civil Americana, e que hoje aquelas pessoas e suas ideias parecem bastante familiares para nós em mais de uma maneira³³.

São esses, em síntese, os elementos críticos contidos no vídeo do “Cérebro e do Pinky”, e é este, a propósito, o eixo crítico da fina ironia de Lênio Streck sobre o pensamento jurídico brasileiro, em geral, e sobre Luís Roberto Barroso, em particular, e mais especificamente sobre a polêmica envolvendo as suas entrevistas e seus votos como “motor da história”, que serão abordados nos itens seguintes.

3. AS BANDEIRAS LEVANTADAS POR LENIO STRECK NO CONTEXTO DO REALISMO JURÍDICO

Pretende-se indicar nesta seção algumas das principais teses utilizadas por Streck em seu artigo *O realismo jurídico ou ‘quando tudo pode ser inconstitucional’*. A seguir, trataremos de apresentar os principais fundamentos de duas teses sustentadas por Streck em suas obras: o chamado pamprincipiologismo — termo cunhado por esse jurista crítico — e o decisionismo ou ativismo judicial.

Como se verá, existe, entre essas duas “categorias”, relação de causa e efeito. Ou seja, o uso indiscriminado de princípios jurídicos (pamprincipiologismo), notadamente no âmbito da jurisdição constitucional, funciona como uma das condições de possibilidade do ativismo judicial³⁴.

Antes de seguirmos em frente, é necessário abrir um parêntese: o termo *ativismo judicial* é utilizado de forma bastante diversa por Lênio Streck e pelo ministro Luís Roberto Barroso — homenageado com a crítica de Streck em razão da sua recente entrevista à *Folha de S. Paulo*³⁵. O mais recente ministro do STF entende

29 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: [s.l.], 2013. p. 7-8.

30 LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*: uma biografia da primeira emenda à Constituição Americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2001. p. 10.

31 CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 98.

32 CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 21.

33 MENAND, Louis. *The metaphysical club*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. p. 442.

34 STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24; STRECK, Lênio Luiz. Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

35 BARROSO, Luís Roberto. Inércia do Congresso traz riscos para a democracia. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26

que o ativismo judicial nada mais é que um modo proativo de interpretar a Constituição Federal e que, no caso brasileiro, essa atitude decorre naturalmente da retração do Poder Legislativo e do descompasso entre a classe política e a sociedade civil, circunstância que impede “que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”³⁶. Streck, por outro lado, emprega de forma pejorativa o termo *ativismo judicial*, entendendo-o como uma forma de atuação inadequada da jurisdição constitucional porque — descumprindo seu papel dentro do Estado Democrático de Direito e de forma ilegítima —, usurpa as funções do Poder Legislativo. O *ativismo judicial*, pela doutrina de Streck, implica a “falta de limites no processo interpretativo”³⁷, possibilitando a conclusão de que “o-direito-é-aquilo-que-os-tribunais-dizem-que-é” — postura típica do realismo jurídico norte-americano³⁸.

Ainda em relação ao parêntese, um último comentário. Quando o ministro Barroso afirma que o antônimo de *ativismo judicial* é *autocontenção judicial*, argumentando que essa autocontenção se caracteriza pela “forte deferência às ações e omissões” dos poderes políticos³⁹, ele parece estar, com a devida vênia, atestando a tese de Streck de que o *ativismo judicial* configura, em ,r ou menor medida, “corrupção na relação entre os Poderes”⁴⁰, ou seja, usurpação de poder político. Nesse sentido basta lembrar a opinião do ministro sobre o Judiciário como *motor da história* na entrevista à *Folha de S. Paulo*. E aqui fechamos o parêntese.

Retornando à linha de raciocínio central, Streck assenta as bases filosóficas da sua doutrina sobre o chamado giro linguístico (*linguistic turn*), a partir do qual a linguagem assume centralidade na solução dos problemas filosóficos e condiciona a atribuição de sentidos. Ou seja, para Lenio Streck, o centro das questões acerca da autonomia do Direito está “nas condições *pelas* quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo”⁴¹. E essa virada linguística teria operado a superação do subjetivismo (*esquema sujeito-objeto*)⁴².

Assentadas as bases filosóficas da sua doutrina, Streck afirma que a “era dos princípios constitucionais” é decorrência não só do surgimento de novos textos e ordens constitucionais, mas também da positivação dos valores, circunstância que “facilita a ‘criação’ de todo tipo de princípio”⁴³. Essa proliferação representa o aumento na dificuldade de se reconhecer o *DNA* jurídico de diversos princípios, o que acarreta uma fragilização do direito e dificulta a busca pela sua autonomia. A criação de um princípio serviria como álibi

maio 2014.

36 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 363-366.

37 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 64.

38 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

39 BARROSO, Luís Roberto. Inércia do congresso traz riscos para a democracia. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2014.

40 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p.65.

41 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 524.

42 A explicação de Streck para as causas que deram impulso ao uso indiscriminado de princípios em terras brasileiras é de cariz filosófica e atinge notável profundidade. Em apertadas linhas nos parece possível afirmar que na visão desse jusfilósofo a raiz do problema da discricionariedade se encontra na não superação do esquema sujeito-objeto a partir do qual o indivíduo cognoscente “assujeita” as coisas/estruturas (paradigma da subjetividade). Esse esquema, segundo Streck, foi superado pelo giro linguístico (*linguistic turn*) a partir do qual todo problema filosófico tem seu *locus* transferido da consciência do sujeito para a linguagem; o sentido não está mais na consciência do sujeito, mas na linguagem. Nesse cenário é que se estabelece a matriz linguística que, nas palavras de Ernildo Stein, “ao mesmo tempo nos sustenta, na qual nos movemos e de quem nunca somos proprietários”. O significado/sentido da linguagem, por sua vez, é obtido a partir da historicidade e “é a partir dela que podemos compreender os limites da interpretação.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 10-ss; e STEIN, Ernildo. Prefácio. In: 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.

43 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 525.

para decisões que violam os limites semânticos do texto constitucional, sendo possível afirmar que “na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo”⁴⁴. Ou seja, seriam enunciados criados *ad hoc*, tautológicos, a partir dos quais qualquer resposta pode ser correta. Nesse contexto, Streck apresenta um elenco de 39 (trinta e nove) princípios que seriam exemplo do “estado das coisas”⁴⁵. Dentre eles, o princípio da não surpresa, o princípio da afetividade, o princípio do processo tempestivo, o princípio da alteridade e o princípio da humanidade.

A questão referente ao abuso de princípios pela jurisdição constitucional também recebeu atenção do destacado jurista Marcelo Neves que, em ácido artigo publicado pelo Observatório Constitucional, citou os casos da declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que autorizava briga de galos⁴⁶ (ADI 1.856/RJ), e o da delimitação de competências do CNJ, em que se debateu a constitucionalidade dos dispositivos da Loman que impunham o julgamento secreto dos magistrados (ADI 4.638/DF). Ambos os casos foram decididos com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o constitucionalista, o primeiro caso deveria ser solvido com base no artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, da Constituição Federal, e o segundo permitiria inferir que “a dignidade da pessoa humana pertence aos magistrados, não aos cidadãos comuns, julgados publicamente.” Defende a tese de que o deslumbre das categorias do “neoconstitucionalismo” e a consequente trivialização/banalização no trato dos princípios constitucionais servem, inclusive, “para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas”, tendo em vista que o uso e a criação indiscriminada de princípios jurídicos justificam sua aplicação “a qualquer situação, comportando todos os sentidos, conforme o contexto do ritual ou da magia. sem critérios.”

Essa é, portanto, uma breve descrição do cenário a partir do qual é elaborada uma parte das críticas de Streck, em que pretende desenvolver a tese de que, dentro daquilo que chama de Teoria da Decisão Judicial, a hermenêutica tenha como tarefa principal preservar a força normativa da constituição e a autonomia do direito⁴⁷. Quanto às ameaças à autonomia do direito, Streck aponta para duas espécies: (i) *predadores endógenos* — o senso comum teórico acrítico da dogmática jurídica; o pan-principiologismo; os embargos de declaração; as teses que relativizam a coisa julgada; e a aposta na discricionariedade judicial; e (ii) *predadores exógenos* — o uso da moral como corretiva do direito; as constantes reformas políticas que fragilizam os direitos fundamentais; e o discurso *law economics*, que pretende colocar o direito como caudatário de decisões pragmaticistas⁴⁸.

Como base no que vimos até aqui, e acolhendo as lições Ferreira, de que “para Jerome Frank, um dos corifeus do movimento norte-americano, as normas legais não constituem a base para a decisão judicial, que estão, em verdade, condicionadas por emoções (o fator primordial para a decretação da sentença são a personalidade do magistrado e as suas convicções pessoais aspecto psicológico)”⁴⁹, nos parece lícito enquadrar o Realismo Jurídico naquilo que Streck chama de predadores exógenos. Ou seja, trata-se de uma teoria que, por sua própria natureza, acaba por desconstruir a autonomia do direito.

Por fim, para rematar essa passagem em que procuramos apresentar os pontos de ligação entre as bandeiras levantadas por Streck (pan-principiologismo e crise das Decisões Judiciais) no contexto do Realismo Jurídico, parece interessante trazeremos à colação o *teste das seis hipóteses*, o qual, com a nítida intenção de

44 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 545.

45 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 526-541.

46 NEVES, Marcelo. *Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 27 maio 2014.

47 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 600.

48 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 602.

49 REALISMO JURÍDICO. In: FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

limitar a atuação dos magistrados em benefício do texto normativo elaborado na arena democrática (Parlamento), indica as únicas situações em que o Judiciário pode deixar de aplicar uma lei, não agindo como predador da autonomia do Direito⁵⁰:

- a. quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
- b. quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, porque, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
- c. quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que mudará será o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição;
- d. quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigkeitsklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo, sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido;
- e. quando for o caso de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;
- f. quando — e isso é absolutamente corriqueiro e comum — for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pan-principiológico. É por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra — pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão — mas exigirão mesmo — aplicação similar, graças à integridade e coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe — no sentido da *applicatio* hermenêutica — a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, ela só persistirá, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto.

4. A AUSÊNCIA DE *DNA* JURÍDICO CONSTITUCIONAL DAS DECISÕES

Após a análise do realismo jurídico norte-americano, bem como do pensamento de Lênio Streck, pasamos ao estudo do realismo jurídico no Brasil e suas — prejudiciais — consequências. Com apoio na afirmação de Streck, de que o “realismo jurídico baseia-se na concepção de que o raciocínio judicial decorre de um processo psicológico”⁵¹, observa-se que o direito passa a ser aquilo que os tribunais dizem que ele é.

Nesse contexto, o ponto de partida da análise sobre o realismo jurídico é a entrevista concedida por Luís Roberto Barroso, à qual Streck se refere, ao jornal *Folha de S. Paulo*, no dia 22 de dezembro de 2013. Nessa

50 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 604-605.

51 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>>. Acesso em: 26 maio 2014.

entrevista, o mais recente Ministro do STF faz uma análise sobre o que representa o julgamento do “mensalão” para a sociedade brasileira e para a política⁵².

Barroso entende que nesse julgamento houve mudança na postura do STF, o qual teria adotado uma posição mais dura e punitiva com relação aos acusados, não sabendo pautar se isso será bom ou ruim para a sociedade no futuro. Para ele, o desfecho do processo “mensalão” transmite a mensagem de que se condenou um modelo político adotado em outros governos.

Também, segundo ele, não estamos diante de um momento de excesso de atuação do Poder Judiciário, e sim de escassez de boa política⁵³, afirmando ainda não achar justo dizer-se que o STF é pautado pela sociedade.

Ora, daí já se extraem algumas conclusões:

- escassez de boa política não seria igual a excesso de atuação do Judiciário?
- já tivemos boa política, em algum momento histórico brasileiro?
- de onde, afinal, o STF retira sua legitimidade, já que não o é da sociedade?

Como as respostas a tais perguntas podem dar ensejo a um tema alheio ao proposto no início do trabalho, ficam valendo apenas como provocações.

Além disso, Luís Roberto Barroso também chamou todos os atuais políticos de corruptos, pois afirmou “hoje, não há como entrar para a política sem pactuar com esse modelo baseado no dinheiro”; mas, ao mesmo tempo, afirmou que o mensalão do PT foi um “ponto fora da curva”. No mínimo, contraditórias essas palavras do Ministro do STF.

Também, com sua mania de sugerir modelos mistos para descrever a realidade brasileira⁵⁴, Luís Roberto Barroso propõe a criação de modelo de voto distrital misto.⁵⁵ E, ainda, corroborando a opinião do ex-presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, Roberto Barroso também entende que o julgamento do STF sobre o mensalão foi político, mas com votos técnicos — realmente, esse método hermenêutico deve ser novo. E, por falar em julgamento político, vale a leitura de instigante artigo, em anexo, sobre o julgamento político do mensalão⁵⁶.

Interessante notar que Luís Roberto Barroso — reitera-se — com o hábito de criar sistemas e modelos novos para o Brasil, acaba sendo, *malgré lui*, o pai do tal pan-principiolgismo, como abordado por Lênio Streck. Passa-se, então, a uma pequena explanação das bases teóricas desse pan-principiolgismo.

52 BARROSO, Luís Roberto. Pós-mensalão: e agora? *Revista Joyce Pascomitch*, Rio de Janeiro, n. 55, p. 54-56, out. 2012.

53 BARROSO, Luís Roberto. Pós-mensalão: e agora? *Revista Joyce Pascomitch*, Rio de Janeiro, n. 55, p. 54-56, out. 2012.

54 É importante, nesse ponto, trazer as observações de Oliveira Vianna sobre o idealismo utópico das elites brasileiras. Segundo Oliveira Vianna, “os países latino-americanos são, com efeito, países todos devastados pela praxe dos ‘transplantes’ ou ‘empréstimos’ culturais em uma infinidade de cousas; mas, principalmente, o são em matéria de instituições políticas e de direito constitucional”. É significativo destacar-se que, no início do século XX, Oliveira Vianna já levantava o problema da tentativa das elites, juristas e legisladores, de importarem modelos para o sistema brasileiro com a intenção de criar novos e melhores costumes, condutas. Em suas palavras, os juristas agem sem nenhum respeito às tradições, à cultura e decretam, por meio de uma nova Constituição, novas condutas que nada têm a ver com a cultura do povo-massa brasileiro. Daí Oliveira Vianna extrai uma das suas principais observações sobre a falta de conexão entre a norma e os costumes, o denominado marginalismo da elite, que decorre do fato de essa elite intelectual do país (juristas) viver entre duas culturas, “a do seu povo, que lhes forma o subconsciente coletivo e a europeia ou norte-americana, que lhe dá as ideias, as diretrizes do pensamento, o paradigmas constitucionais”. VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. Assim, está na hora de os juristas brasileiros pararem de criar modelos mistos [europeu mais norte-americano] para a realidade brasileira.

55 Segundo ele, no modelo distrital misto, o eleitor tem dois votos. Um é majoritário e ele vota em um candidato por distrito [...]; o segundo voto, que vai ser usado para compor a outra metade das vagas do Congresso, é ideológico, ou seja, o eleitor escolhe um partido. Esse voto vai para uma lista preordenada de candidatos elaborada pelo partido. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Pós-mensalão: e agora? *Revista Joyce Pascomitch*, Rio de Janeiro, n. 55, p. 54-56, out. 2012.

56 CÉSAR, Aloísio de Toledo. Desta vez Lula está com razão. *Estadão*. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,desta-vez-lula-esta-com-a-razao-imp-,1160447>>. Acesso em: 26 maio 2014.

Segundo Luís Roberto Barroso, um dos principais formuladores da teoria pós-positivista no Brasil, o direito evidencia um momento de crise existencial, uma vez que o direito positivo não mais consegue responder aos anseios sociais⁵⁷. Para ele, a injustiça “passeia pelas ruas com passos firmes”⁵⁸, e a insegurança é a característica desta era. Por isso, é necessária uma nova forma de pensar o direito, que não tenha apenas a pretensão do império das normas, mas também a visão de novos valores. O pós-positivismo é, para Luís Barroso, a representação dessa nova perspectiva, ou seja, anseia por criar uma teoria que garanta decisões mais justas, como também mais segurança jurídica.

Sob esse prisma, descreve Barroso:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito⁵⁹.

Nesse sentido, segundo seus estudiosos, o pós-positivismo introduziu no ordenamento jurídico, por meio dos princípios, a ideia de justiça e de legitimidade, possibilitando uma reaproximação entre o Direito e a Ética. Foi, então, com o pós-positivismo, que a ideia de valor, atribuído pela sociedade a um determinado fato, passou a ser abrigada pela Lei, como síntese dos valores ideológicos, trazendo harmonia ao sistema.

Com apenas tais palavras, torna-se nítido o pan-principiologismo desencadeado por esse pós-positivismo que, ressalte-se, é apenas uma designação genérica de um ideário difuso sobre alguma coisa. Assim, adentrando a crítica do pan-principiologismo, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a teoria dos princípios.

Lênio Luiz Streck explica que o juiz, ao se deparar com o julgamento de um caso concreto “pode e deve submeter os precedentes a teste de fundamentação racional”⁶⁰, ou seja, ele não deve aceitar cegamente o precedente. Continua afirmando o Autor, com base na teoria dos princípios de Ronald Dworkin, que os juízes decidem por princípio e não por políticas, pois de um precedente se extrai o princípio aplicável às causas futuras, ou, ainda, como ele mesmo denomina, busca-se encontrar o *DNA* do caso.

Ora, o princípio contém o *DNA* do caso, ou seja, a essência do caso a ser enfrentado, baseado em decisões semelhantes anteriores. Já em *terra brasilis*, o princípio não contém nada além das ideias de justiça e de legitimidade, nas palavras de Luís Roberto Barroso⁶¹.

O grande estudioso dessa teoria dos princípios no direito norte-americano foi Ronald Dworkin, que, ao criar uma teoria crítica ao positivismo jurídico, defendeu que, ao lado das regras jurídicas, há também os

57 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006. p. 27-28.

58 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006. p. 27-28.

59 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006. p. 27-28.

60 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 47.

61 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006. p. 27-28.

princípios, que possuem as dimensões de validade e de peso⁶². Essa teoria foi desenvolvida justamente para fundamentar esse poder de escolha do juiz ao decidir um caso concreto, já que o positivismo jurídico, por si só, ao entender o sistema jurídico composto exclusivamente de regras, não permitia que o juiz fundamentasse suas decisões em casos complexos, aos quais nenhuma regra jurídica fosse aplicável.

Logo, para Dworkin, os princípios seriam, de modo genérico, todo o conjunto de padrões que não são regras, mas que devem ser observados, não por promoverem ou assegurarem uma situação política, econômica ou social considerável, mas porque constituem uma exigência de justiça ou de equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade⁶³, possibilitando ao juiz exercer uma tarefa criadora do direito, ao extrair de um precedente o seu princípio aplicável a casos futuros. Sobre essa teoria, explicam Larry Alexander e Kenneth Kress que “a técnica *dworkiniana* de fazer um apanhado das decisões passadas em uma área do Direito e destilar um princípio jurídico dessas decisões, que não seja (necessariamente) o fundamento declarado para qualquer delas é tão corriqueira que é o padrão da ortodoxia”.⁶⁴ Tal atividade pode ser considerada trivial e não específica de certa fase do direito, na qual se critica o positivismo jurídico, quando se verifica que Benjamin Cardozo, no início do século XX, decidiu, no caso *MacPherson versus Motor Company*, que um fabricante tem o dever de inspecionar se seus bens apresentam defeitos que, previsivelmente, poderiam ferir alguém, independentemente da relação contratual entre fabricante e vítima⁶⁵.

Assim, ao decidir esse caso, Cardozo “alegou inferir esse princípio de um caso precedente, embora os casos anteriores nunca houvessem anunciado um princípio tão abrangente”.⁶⁶ Verifica-se, diante disso, o que são princípios para o direito da *common law*, como também para *Dworkin* e porque a teoria que defende uso dos princípios, ao lado das regras, surgiu no direito norte-americano, já que são essas as duas fontes do direito nos Estados Unidos.

Além disso, também se observa o enorme poder de criação concedido aos juízes, fazendo com que Ehrlich chegue a afirmar que a única garantia de justiça é a personalidade do juiz⁶⁷. Tem-se, assim, nessas breves palavras, o processo decisório no direito norte-americano.

Entretanto, para a doutrina pós-positivista brasileira ou do neoconstitucionalismo, encabeçada por Luís Roberto Barroso, a Constituição deve ser compreendida em função dos princípios constitucionais. Agora, pergunta-se: o que essa ideia tem a ver com o conceito norte-americano de *princípios*, já que o neoconstitucionalismo tem no direito estadunidense sua fonte direta, ou melhor, em Ronald Dworkin?

Luís Roberto Barroso ainda explica que o pós-positivismo “é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional”⁶⁸. Ainda segundo ele, há “uma valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”⁶⁹.

62 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35 e ss.

63 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35 e ss.

64 ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 434.

65 ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 435.

66 ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 435.

67 CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

68 HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Lições de direito constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 295.

69 HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Lições de direito constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 295.

Assim, inicialmente, observa-se que Luís Roberto Barroso baseou-se na teoria de Dworkin, ao tratar do caráter normativo dos princípios jurídicos, já que menciona expressamente o reconhecimento dos princípios jurídicos como normas constitucionais, ao lado das regras de direito, possibilitando a reaproximação do Direito com a Ética. Tudo exatamente como tratado por Benjamin Cardozo, Dworkin e outros, ao afirmarem que o uso dos princípios permite que as decisões sejam baseadas nos hábitos de vida, nas instituições sociais que originaram as concepções judiciárias básicas⁷⁰.

Mais expressamente, ainda, é Paulo Bonavides que chega a dizer que a teoria do pós-positivismo, adotada também no Brasil, foi originada da teoria de Dworkin. Segundo ele:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Ronald Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios⁷¹.

E Paulo Bonavides continua ao afirmar que Dworkin, como precursor do pós-positivismo, reconhece a possibilidade de que tanto as regras como os princípios possam impor uma obrigação legal⁷². E, ainda, baseado na teoria de Dworkin, Paulo Bonavides afirma que graças a esse reconhecimento da normatividade dos princípios por Dworkin, “os princípios são o oxigênio das Constituições da época do pós-positivismo” e “graças aos princípios os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”⁷³.

Finaliza Luís Roberto Barroso afirmando que “o pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito de positivismo normativo, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo”⁷⁴. Já que essa teoria faz uma reaproximação da Ética com o Direito, reconhece a normatividade dos princípios e estabelece que as normas constitucionais são formadas por princípios e regras de igual importância dentro do ordenamento jurídico.

Passa-se, então, a um exemplo claro desse pan-principiologismo, ou melhor, de como o STF reconhece a normatividade dos princípios, nas palavras de José Levi do Amaral Junior:

Com efeito, o financiamento de campanhas eleitorais não encontra na Constituição de 1988 parâmetro de controle de constitucionalidade minucioso. Por exemplo, parâmetro claro no assunto encontra-se no artigo 17, inciso II, que proíbe aos partidos políticos o “recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes”. Não é preciso, e esforço de interpretação para aplicar esse dispositivos às campanhas eleitorais. Vale observar que o próprio Relator anotou que não consta da Constituição “tratamento específico e exaustivo no que concerne ao financiamento de campanhas eleitorais” (Informativo 732 do STF, ADI e financiamento de campanha eleitoral — 3).

Tanto isso é verdade que os votos proferidos manejaram, como parâmetros de controle, princípios constitucionais bastante amplos, como o republicano, o democrático, o da separação dos poderes, o da liberdade de expressão e, em especial, o da igualdade[...].

[...] Em obra clássica, Thomas Cooley já ensinava: “Se os tribunais não têm liberdade para declarar leis írritas por causa de sua aparente injustiça ou má política, também não podem fazê-lo porque parecem aos julgadores violar princípios fundamentais do governo republicano, a menos que se pense que esses princípios estão colocados pela Constituição fora da disposição legislativa” (COOLEY, Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the states of the American union*, 6ª edição, Boston: Little, Brown, and Company, 1890, p. 169). Logo adiante completa:

70 CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956. p. 7.

71 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 274.

72 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 275.

73 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 298.

74 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v.1, n. 6, p. 9-44, set. 2001. p. 31.

“Nem sequer as cortes são livres para declarar uma lei írrita porque em sua opinião opõe-se ela ao espírito que se supõe permear a Constituição, mas não expresso em palavras” (COOLEY, *Treatise on the constitutional limitations...*, p. 171).

Ora, não há dúvida: o princípio republicano é essencial à Constituição de 1988 e, por isso mesmo, é indisponível ao legislador. Porém, dele não deriva um determinado modelo de financiamento de campanhas eleitorais. Tanto isso é verdade que o constituinte não se ocupou do assunto de modo explícito e detido⁷⁵.

Por essa razão, é possível chegar-se a afirmar, juntamente com José Levi do Amaral Júnior, que “só resta a nós, cidadãos, nos convenceremos do impensável: a Constituição não é nossa, mas de alguns poucos em quem sequer votamos. O perigo é alguém acabar convencido da inexistência do parágrafo único do artigo 1º da Constituição ou de que dele não consta a fórmula ‘representantes eleitos’.”⁷⁶

Na mesma esfera, Streck defende que “em uma democracia constitucional, são os próprios cidadãos, mediante seus representantes políticos ou diretamente, quem tem o direito de definir o que consideram relevante do ponto de vista da igualdade e da desigualdade, sobre o pano de fundo de uma história política de aprendizado constitucional vivido com a experiência da violação da igualdade, que não deve admitir retrocessos, embora eles possam acontecer”⁷⁷.

Fica a dica: não confundir democracia com juristocracia⁷⁸. E por falar em juristocracia, ressaltem-se as palavras de Luís Roberto Barroso:

“E logo que o povo saiu da rua essa agenda foi desarticulada (se refere à reforma política). Espero que a decisão do Supremo recoloque essa questão na agenda do Congresso⁷⁹. Mas acho que esta é uma competência política, decisão política que tem que tomar quem tem voto. Agora a inércia do Congresso traz riscos para a democracia. E proteger as regras da democracia é um papel do Supremo”⁸⁰.

Na *civil law*, como explica Lênio Streck, “apenas é possível aferir-se a importância da jurisprudência se levarmos em conta sua relação com a lei”⁸¹, já que é um sistema que tem como fonte primordial do direito a lei. Entretanto, como o mesmo Streck explica, ao menos deveria ser assim no Brasil, mas não é o que ocorre, onde há um “imperialismo da jurisprudência”, como se observa do teor da Súmula Vinculante 10, que gera um modo de burlar a aplicação da lei em detrimento dos entendimentos jurisprudenciais.⁸²

Logo, como observa Streck, “em tese, em um sistema com origem romano-germânica, as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas em um texto legal, votado democraticamente”. O que não ocorre no Brasil, pois, com base o argumento da normatividade dos princípios, como normas constitucionais, o magistrado exerce amplamente sua vontade individual ao escolher qual precedente e que princípio irá aplicar, sem nenhuma preocupação com a origem desse princípio.

75 AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. *Inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-29/analise-constitucional-inconstitucionalidade-parametro-supremo>>. Acesso em: 26 maio 2014.

76 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32.

77 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

78 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

79 Agora sim, o STF representa o povo?

80 Parece que o Ministro esqueceu de sua fala ao julgar a ADI dos precatórios e também do financiamento eleitoral. Cfr.: STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

81 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32.

82 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33-32.

5. CONCLUSÃO

Assim, para finalizar este breve estudo, que serve de início a uma extensa análise crítica sobre a inadequada adoção do sistema de princípios norte-americano pelo sistema brasileiro, bem como suas consequências, importante trazer as palavras de Lênio Streck, que expõem essa distorção:

Assim, em tese, em um sistema com origem romano-germânica, as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas em um texto legal, votado democraticamente. Por consequência, o papel da jurisprudência deveria ficar caudatário daquilo que chamamos de direito. Nesse ponto, o direito deve ser entendido como conceito interpretativo, constituindo-se naquilo que é emanado das instituições jurídico-políticas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham *DNA* constitucional, e não na vontade individual do aplicador (o que faria com que o conceito ficasse sem sentido).⁸³

Enfim, nas palavras de Lênio Streck, estamos diante de outra realidade e não a brasileira: trata-se apenas de um *panconstitucionalismo dos Steites*⁸⁴.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. Contra os princípios jurídicos. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação: ensaios de filosofia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello. *Inconstitucionalidade sem parâmetro no Supremo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-29/analise-constitucional-inconstitucionalidade-parametro-supremo>>. Acesso em: 26 maio 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Inércia do Congresso traz riscos para a democracia. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, v.1, n. 6, p. 9-44, set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Brasília: Escola Nacional dos Magistrados, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Pós-mensalão: E agora? *Revista joyce pascovitch*, Rio de Janeiro, n. 55, p. 54-56, out. 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, [1951?].

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.

83 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33-34.

84 STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 maio 2014.

- CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CÉSAR, Aloísio de Toledo. Desta vez Lula está com razão. *Estadão*. Disponível em: <<http://opinio.estadão.com.br/noticias/geral,desta-vez-lula-esta-com-a-razao-imp-,1160447>>. Acesso em: 26 maio 2014.
- CUNHA, Paulo José. *Telejornalismo em close: charge na TV, por enquanto, pouco a ver*. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/showNews/qtv030620031p.htm>> Acesso em: 25 maio 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FRANK, Jerome Frank. *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara, 2001.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano*. Brasília: [s.l.], 2013.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Lições de direito constitucional em homenagem ao professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da primeira emenda à constituição americana*. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2001.
- MENAND, Louis. *The metaphysical club*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.
- MIRANDA, Mateus. *Pinky e Cérebro e o realismo jurídico norte americano*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=G9D2tyC-w4k>>. Acesso em: 25 maio 2014.
- NERY, L. M. Caricatura: cartilha do mundo imediato. *Revista Semear (PUCRJ)*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 127-177, 2002.
- NEVES, Marcelo. *Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 27 maio 2014.
- OLIVEIRA VIANA, Francisco José de. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.
- REALISMO JURÍDICO. In: FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord. Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- ROTHENBURG, Walter Claudis. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- STEIN, Ernildo. Prefácio. In: 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, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. *O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 26 de , de 2014.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. rev. mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.