

## **1. Uma breve introdução ao tema.**

O subjetivismo decisório, por vezes observado nas sentenças judiciais no Brasil, têm contribuído para a fragilidade da dogmática jurídica, gerando, conseqüentemente, insegurança quanto a previsibilidade jurisdicional. Neste sentido, a atividade interpretativa do/no Direito privilegia a o fenômeno solipsista segundo o qual as convicções do juiz (intérprete) se sobrepõem aos critérios ou aos métodos hermenêuticos.

Entretanto, a complexidade da vida moderna assim como os novos reclamos públicos têm levado os tribunais a incorporarem elementos extrínsecos ao direito quanto à fomentação do ato decisório: economia, sociologia, antropologia, filosofia e artes. O Direito, a partir do marco filosófico pós-positivista assume uma feição prática, com conseqüências, naturalmente, à mudança na postura hermenêutica. Este artigo adota o referencial doutrinário construído pela Crítica Hermenêutica do Direito do professor Lenio Streck, bem como a Teoria da Decisão desenvolvida pelo mesmo autor.

Através do desenvolvimento do pensamento deste autor, é possível admitir a introdução de elementos, ainda que não jurídicos, ao ato decisório sem se esquivar da dogmática normativa através de critérios que serão apresentados neste trabalho. No escopo desta orientação teórica, a pesquisa levantou algumas decisões judiciais, incluída uma proferida pela suprema corte brasileira, nas quais o elemento cultural exteriorizados nas letras e poesias musicais passaram a incorporar a construção interpretativa nas decisões.

Portanto, a ideia é contribuir com reflexões na busca de alinhar o uso destes elementos externos ao Direito, a exemplo da música, que conduz o direito para um campo mais prático, visto que esta manifestação cultural, sobretudo no Brasil, é um elemento de resistência, sem fragilizar a dogmática normativa.

## **2. O direito de resistência.**

Não seria demasiado rememorar que um dos primeiros marcos jurídico-normativos na modernidade que evidencia o direito de resistir é a Declaração Universal dos Direitos do

Homem em 1789. O documento, fruto do protagonismo revolucionário francês, reconhece o direito à resistência e à opressão como direito natural e imprescritível<sup>1</sup>.

Neste sentido, a partir do espírito francês oitocentista, resistir assume, sob os aspectos retórico-ideológico, a diretriz que inspira os movimentos liberais seguintes no sentido de superar a opressão do Antigo Regime, responsável por submeter a classe burguesa aos desmandos da coroa absolutista.

Um outro apontamento capaz de relacionar o Direito em geral, e a concepção jurídica-normativa em especial, com a ideia de resistência está na capacidade de admitir hipóteses de negar o cumprimento de atos proferidos pelas autoridades públicas, mesmo que autorizados pela lei, por considerá-las contrárias aos valores constitucionalmente preestabelecidos, a exemplo da liberdade ou da igualdade. Perceba que, neste contexto, *o ato de desobedecer* não se relaciona com apologia à prática de crimes ou atos atentatórios às instituições democráticas (no sentido de *lawfare*). A intenção é abordar a resistência sob a ótica legal ou permitida pelo sistema normativo.

Dito isso, pode parecer um paradoxo as Constituições modernas preverem dispositivos que autorizam o direito de resistir. De fato, regular algo que, por sua natureza, pugna pelo descumprimento do direito positivo, mostra-se um tema desafiador na contemporaneidade.

Contudo, se trata de um aparente paradoxo. A partir do momento que se consegue compreender que o direito de resistência não deve estar alinhado com prerrogativas do Estado, sim, com o campo dos Direitos Fundamentais (assim como já assentava a Declaração francesa em 1789), resistir é um direito que deve estar inserido no complexo normativo Constitucional.

Dito isso, sob o olhar da sociologia jurídica e da ciência política, dá-se conta de que é possível extrair uma relação entre Direito e resistência a partir dos enfrentamentos causados por movimentos sociais, admitindo-os como ferramentas imprescindíveis e causadoras, em certo grau, do aperfeiçoamento do direito. Neste sentido, resistir significa evoluir social e juridicamente.

---

<sup>1</sup> Assim dispõe o art. 2º do referido diploma: a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade e a segurança e a *resistência à opressão*. Na íntegra, pelo site <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>, acessado dia 12 de setembro.

Basta compreendermos que, em virtude do exercício da resistência, o direito passou a reconhecer valores considerados importantes para o desenvolvimento da humanidade, como a liberdade e a igualdade (para ficarmos com os clássicos do período do constitucionalismo liberal e social), até os econômicos e os ambientais (já em uma ótica pós-moderna, digamos assim).

Ao largo do tempo, movimentos de resistência têm se manifestado de variadas formas: atos violentos e pacíficos, marchas, notas de repúdio ou passeatas. A música, em especial, tem representado uma faceta relevante da liberdade de expressão, no sentido de denunciar injustiças sociais, abusos do Estado, discriminação e arbitrariedades. Grandes compositores brasileiros emprestaram sua arte para contar a história de resistência e enfrentamentos contra a ditadura fardada que durou mais de vinte anos no Brasil. Artistas, cantores e bandas clássicas da música popular brasileira, como Chico Buarque de Holanda, Geraldo Azevedo, Raul Seixas, Os Mutantes, Elis Regina, Caetano Veloso, Gilberto Gil, Gal Costa, Tom Zé e outros foram protagonistas de um tempo no qual os direitos fundamentais, sobretudo aqueles ligados à liberdade, eram cerceados pelo ímpeto déspota das autoridades militares de governavam o Brasil.

Em tempos democráticos, em que pese um ambiente constitucionalmente consolidado em 1988, o Brasil ainda convive com inúmeros desafios sociais que marcaram o final do último século que, infelizmente, persistem, em grau menor, nas primeiras décadas deste centenário. É certo que as mazelas brasileiras ainda são incorporadas em composições musicais, sobretudo naquelas enraizadas na cultura do gueto como samba, *funk* e *hip-hop*. Em grande parte, as composições denunciam as desigualdades sociais, a discriminação racial, a criminalidade e a corrupção praticadas pela classe política.

## 2.1.A música como elemento decisório.

O reconhecimento desta importante vertente de manifestação cultural pela música tem ganhado espaço, inclusive em pronunciamentos na Corte Constitucional brasileira. Em março de 2023, no julgamento do *Habeas Corpus* 208240, ação na qual se analisava a licitude de provas geradas, supostamente por abordagem policial motivada pela cor da pele, a defesa sustentou que o auto de prisão em flagrante, que resultou na condenação do réu por tráfico de drogas era nulo, porque a busca policial havia sido baseada em filtragem racial, ou seja, na cor da pele do suspeito.

O relator deste *Habeas Corpus*, ministro Edson Fachin, afirmou em seu voto que os autos não teriam elementos concretos que caracterizariam fundada suspeita para busca pessoal sem ordem judicial. Neste sentido, não seria lícita a realização da medida com base na raça, na cor da pele ou na aparência física. Segundo ele, parâmetros subjetivos ou não constatáveis de maneira clara e precisa não satisfazem a exigência legal.

Ao votar, o ministro relator citou a música Boa Esperança do rapper brasileiro Emicida. Disse o ministro:

Na melodia, é preciso que se reconheça, em uma melodia triste, mas de arranjos corajosos, com tom grave de esperança. Da “Boa Esperança”, título da canção de Emicida, quem, anos passados, esteve em meu gabinete com outros artistas para discutirmos temas de direitos autorais, e a partir daí, passei, nas poucas horas vagas, conhecer o tom triste e esperançoso da “Boa Esperança”, diz ele, e chamando à luz da boa esperança, a missão desta Corte de afirmar-se como presença na vida dos que correm e fazer das vozes que daqui ecoam, os seis de ontem e dos milhões de hoje um repertório de igualdade<sup>2</sup>.

A experiência observada na Suprema Corte brasileira não é a única, embora seja a de maior repercussão.

Outro processo, esse presidido pelo juiz Guilherme Lopes Lamas 2ª Vara criminal de Limeira/SP, envolve o combate ao tráfico de drogas. Na sentença condenatória, o magistrado incluiu a citação da obra Ilusão da Cracolândia, do Dj Alok, MC Hariel, MC Ryan SP, MC Davi, Salvador da Rima e o DJW: "Diante da prova oral colhida, não há como não se lembrar da letra de Ilusão (Cracolândia), de Alok, Grupo GR6, MC Hariel, MC Ryan SP, MC Davi, Salvador da Rima e o DJW, da qual o réu é mais um dos tristes personagens", cita, completando com um trecho da música: “Imagina o mundão mil grau e você aí privado; Falando com os seus parente através de carta; Cê ia ver se é fechamento quem tá do seu lado; E aprender que a liberdade se troca por nada; Essa eu fiz pra molecada que tá na ilusão; Que deixou de correr pro sonho pra correr pro crime; Cadeia não é mamão e o crime não é bombom”. (PEREIRA, 2023)

---

<sup>2</sup> Trecho transcrito a partir da imagem em vídeo fornecida pela página do STF em Foco no YouTube: acesso <https://www.youtube.com/watch?v=LJkKd-DQd7w>, em 19 de abril de 2023.

Segundo o magistrado, o jovem confessou os crimes ao dizer em depoimento que as drogas tinham 'roubado' sua vida. Em resposta, foi condenado, e o juiz lembrou o impacto das drogas citando a música.

Um terceiro caso que tramitou no TJGO, a Enel Distribuição Goiás foi condenada a pagar R\$ 20 mil a um fazendeiro, a título de indenização por danos morais, em razão de vários prejuízos que teve com a queda de energia elétrica, tais como a perda da produção de leite e de mantimentos alimentícios. Na decisão, o juiz Eduardo Perez Oliveira, da comarca de Fazenda Nova, usa trecho de romances e letra da música Admirável Gado Novo, do cantor Zé Ramalho, para retratar a dificuldade enfrentada pelo homem que vive no campo. Na decisão<sup>3</sup>, o juiz cita as “agruras” de quem vive no campo ao fazer alusão à letra de Zé Ramalho, quando diz: “Ôoo...Hei boi, vocês que fazem parte desta massa, é duro tanto ter que caminhar”. Ele explicou, ainda, que todas as obras narradas no processo possuem um elemento em comum: a dificuldade do homem do campo em sua lida com a natureza.

Em outro caso, "O poder transformador da arte não tem fronteiras, não tem limites. O menino tem o coração que pulsa como uma banda de rock. Pulsa forte. Ele tem um coração quentinho. Ele vai ao show". Foi assim que o juiz José Honório de Rezende, da Vara Cível da Infância e Juventude de Belo Horizonte/MG, decidiu autorizar uma criança de 5 anos de idade a participar do show do grupo de rock Kiss, na capital mineira em 2023. Os pais do menino pediram autorização judicial para levá-lo ao espetáculo, que tinha classificação etária de 10 anos.

O magistrado também citou uma parte da letra de uma das mais famosas músicas da banda Kiss, *Rock and Roll all Nite*, que, em tradução livre do inglês, diz: "Você diz que quer dar uma volta, a festa acabou de começar. Eles são os brancos escolhidos"<sup>4</sup>. O juiz José Honório de Rezende disse que a criança tinha o direito de assistir ao show, presencial, na companhia dos pais e considerou a importância da banda americana na história da criança: "E a arte pode muito. O estímulo veio da banda Kiss. Funcionou como uma mágica, a multiplicar os efeitos das terapias e devolver esperança para todos em volta da criança, a família, a equipe médica e,

---

<sup>3</sup> Conteúdo da sentença acessado em <https://www.tjgo.jus.br/images/docs/CCS/relatorio1580989238603enel.pdf>, pesquisado no dia 1 de junho de 2024. (Número do processo: 5665010.35, Nome do magistrado: Eduardo Perez Oliveira - Comarca: Fazenda Nova/GO)

<sup>4</sup> Tradução nossa. No original: “*And you say you wanna go for a spin; The party's just begun, they're the chosen whites (...)*”.

sem mesmo saber, também a banda Kiss", disse.<sup>5</sup> A criança fazia tratamento contra um cancer e era conhecido no hospital por ser fã da banda.

Em um penoso exercício de síntese, visto que há uma pluralidade de artistas preocupados em denunciar as injustiças sociais em seus versos, é possível extrair trechos da música *Killing in the name* da banda estadunidense *Rage Against The Machine*, em voto proferido por magistrado da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barra Mansa, no Rio de Janeiro<sup>6</sup>.

A banda de rock *Rage Against The Machine* é conhecida mundialmente por suas letras extremamente críticas acerca de temas polêmicos, como o sistema macroeconômico mundial, a violência policial, guerra, fome e política.

No caso, o juiz absolveu o acusado dos crimes de desacato e desobediência questionando a legalidade e a seletividade do sistema de segurança pública. Nestes termos, escreveu: *Fuck you/I won't do what you tell me* (Vai se foder, eu não vou fazer o que me manda), trecho da música *Killing in the name* – que trata do racismo nas instituições de segurança pública.

Contudo, não se trata de mera citação da letra da música. Esta sentença, assim como aquela proferida no âmbito da Corte Constitucional, reuniu elementos políticos e sociais coerentes à realidade fática. Os versos das músicas representam um, dos vários elementos que compõem sua fundamentação que, por sua vez, está inserido em um contexto jurídico-hermenêutico interpretativo. Valer-se de instrumentos não jurídicos como fundamento do ato decisório não é errado, visto que, sobretudo em casos complexos, a pura leitura textual da lei não soluciona a demanda. Assim se desenvolve toda e qualquer atividade interpretativa.

### **3. Interpretar é um fenômeno reativo.**

Interpretar é um fenômeno reativo, isto é, para extrair o significado de algo é necessária uma provocação que inste os sentidos do intérprete sobre o objeto. O vinho estimula o olfato e o paladar de um *sommelier*, a música está para os ouvidos de um compositor, a tela está para a

---

<sup>5</sup> Pesquisado em <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/juiz-cita-trecho-de-musica-ao-autorizar-fa-de-5-anos-de-idade-a-participar-de-show-de-rock-em-bh-8ACC82D287B96FDA0187B9C88B183F67.htm#>, acessado em 1 de junho de 2024.

<sup>6</sup> Pesquisado em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/juiz-cita-letra-da-banda-rage-against-the-machine-para-absolver-acusado-de-desacato-e-desobediencia-policial/268223561>, com acesso no dia 23 de abril de 2023.

visão, assim como a escultura está para o tatear de um artista. O fato é que todos os instintos estão para uma atividade cognitiva própria do intérprete.

Curioso notar que, por vezes, um mesmo texto, um mesmo quadro ou uma mesma escultura são assimiladas de variadas formas a depender do olhar do apreciador. O intérprete, ao se debruçar sobre a obra de arte, ou qualquer outro objeto de análise, repousa sobre ele, para fins de interpretá-lo, todas as experiências vividas, construídas por convicções morais, quase sempre influenciadas pela tradição, que marcaram a formação intelectual do intérprete.

A partir de uma tela surrealista de Salvador Dalí, o observador é livre para buscar compreender a mensagem do artista, ou, é desimpedido para não ver mensagem alguma. O fato é que esta liberdade contém um elemento implícito que impede a desconexão entre objeto a ser interpretado e o próprio intérprete, visto que qualquer resultado interpretativo será deduzido por padrões sociais, morais, éticos, históricos que compõem a formação do erudito. Não se interpreta as coisas do nada, sempre haverá uma base sobre a qual sustenta o fundamento da interpretação.

No mesmo sentido, quando a atividade interpretativa recai sobre acontecimentos jurídicos, que reportam à aplicação do Direito, o exercício hermenêutico exige um critério fundado em uma ordem pré-concebida capaz de limitar a atividade criativa do intérprete. Enquanto, para interpretar manifestações artísticas, o intérprete está limitado pela tradição ou pelos costumes que ajudaram a construir sua formação intelectual, para interpretar os fenômenos jurídicos, o intérprete também deve estar condicionado aos elementos normativos que o precede; em outras palavras é dizer que, o fator constrangedor da atividade hermenêutica no Direito é o próprio Direito, de modo a refratar a prevalência as convicções morais, os desejos e os instintos pessoais do exegeta quando emite um ato decisório. Afinal de contas, a atividade jurisdicional (o dizer o direito) não é resultado da vontade, da escolha ou da opinião do juiz, que não é livre para dirimir conflitos conforme sua consciência<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> O professor Lenio Streck (2015) lembra outra fala protagonizada pelo Ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, na posse de novos juízes estaduais no Rio de Janeiro, em 10/01/03: “o processo não é senão o instrumento que o Estado entrega ao juiz para, ao aplicar a lei ao caso concreto, solucionar o litígio com justiça. Justiça que emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo à letra fria da lei”.

Dito isso, se compreende que as manifestações artísticas em geral podem representar, dentro do contexto decisório, um elemento que contribui na interpretação dos fatos em razão da sua justa e fiel visão de mundo que por vezes, ou quase sempre, não compõe a realidade ou as experiências vividas pelo julgador. Em outras palavras, a atividade decisória emanada pelos tribunais são, para o bem ou para o mal, personificadas por juízes e juízas que devem se mostrar sensíveis aos elementos que podem contribuir com versões interpretativas de fatos alheios ao seu contexto cultural. Diferente disso, o julgador tende a decidir de modo a atribuir convicções pessoais às sentenças.

O professor André Del Negri, em sua recomendadíssima obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, registra um episódio que, elegantemente denomina de “arroubos de linguagem e alguns atos falhos” (DELNEGRI, 2019), o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros do STJ no Ag. Reg em EResp no 279.889/AL:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição [...]. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, [...]. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. (DELNEGRI, 2019)

As palavras que se seguem, escritas pelo professor, são irretocáveis para descrever quão descabido é o voto do referido ministro ao anular uma ordem jurídica pré-concebida, ao descredenciar a doutrina crítica que constrange, em prol do protagonismo egocentrista. Sustenta Del Negri:

Assim, de forma espantosa, nessa sucessão de estranhezas, numa outra volta do parafuso, o ministro cava realmente um buraco e é tragado para dentro de um ‘tribunal da razão’. Para o mundo do ‘eu-sei’, um furo estrutural porque nesse empuxo a decisão já é assumida nas justificativas, um ponto de queda na construção de sentido, o que leva justificativas, um ponto de queda na construção do sentido, o que leva a *decisão* para um infinito deslizamento que deságua na impalpabilidade. Nota-se que a decisão

do ministro é como se fosse uma mônada autossuficiente, uma espécie de solipsismo original, uma hermenêutica em la pessoa ou uma ‘fala oracular’. (DELNEGRI, 2019)

É preciso deixar claro que a atividade interpretativa no Direito não é uma tarefa fácil, a final de contas a subjetividade dos termos fazem parte da realidade normativa. A polissemia as expressões podem deixar espaços para variadas visões. Contudo, não significa dizer que se pode atribuir ao termo toda e qualquer visão. Por isso, se torna importante desenvolver uma teoria decisória que esteja alinhada ao Direito e aos fatos pautados para serem julgados.

### 3.1. Notas sobre a Crítica Hermenêutica do Direito.

O professor Lenio Streck reporta o nascimento da atividade hermenêutica em um contexto científico, pelas mãos do filósofo Friedrich Schleiermacher, ainda no século XVIII, para quem “o ‘círculo da compreensão’ recebeu contornos mais definidos no contexto de uma autonomização da hermenêutica” (STRECK, 2017). O pensador polonês adota uma metodologia até então distinta das afeições tradicionais da época, denominando-a de “círculo hermenêutico”, por meio do qual “o intérprete se movimenta do todo para a parte e da parte para o todo, de modo a apurar sua compreensão a cada movimentação efetuada” (STRECK, 2017). Contudo, a contribuição da hermenêutica clássica schleiermacheriana estava limitada a interpretação de textos, que, a partir de um dado momento, precisava ser sofisticada.

A sofisticação veio com Martin Heidegger no início do século XX. Sustenta Streck tratar-se de uma verdadeira ruptura<sup>8</sup> à tradição hermenêutica “até então utilizada exclusivamente para interpretação de textos, [a atividade hermenêutica] passa a ter como ‘objeto’ outra coisa: a faticidade”<sup>9</sup>. Para Heidegger, a faticidade é determinada pelo registro histórico do nosso ser, ou seja, o passado, que, somado ao futuro (ter-que-ser que caracteriza o

---

<sup>8</sup> Em seu livro *Crítica Hermenêutica do Direito, Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Streck elucida que esta ruptura é responsável por conferir ao termo hermenêutica “uma conotação que nunca havia sido pensado antes”, sobretudo porque questionava a doutrina clássica em “pelo menos três questões”: 1) o uso restrito a interpretação de textos; 2) a prioridade da interpretação sobre a compreensão; 3) a estrutura metodológica como meio formal para garantia de certeza e objetividade do processo interpretativo. Desta forma, Heidegger introduz, segundo Streck, o elemento antropológico ao problema hermenêutico: “compreender a nós mesmos e a nossa história é condição de possibilidade para que possamos compreender textos, palavras, histórias etc.”. Dessa forma, Heidegger rompe com a hermenêutica clássica, na qual sustentava a máxima de que “primeiro interpretamos – através de um método – para depois compreender”, para “compreendemos para interpretar” (L.L. STRECK, 2011, p. 96).

<sup>9</sup> O professor gaúcho refere-se à obra *Hermenêutica da Faticidade*, de Martin Heidegger.

modo-de-ser) possibilita uma abertura para a existência. Nesse sentido, a sofisticação hermenêutica de Heidegger confere um sentido existencial à atividade interpretativa, de modo a desenvolver uma compreensão do ser por um viés ontológico através de uma análise fenomenológica, ou seja, a relação do ser com o ente, ambos compondo a existência, o todo.

Parece-me que a leitura de Heidegger por Streck nos ensina que “o ente somente pode ser descoberto” (STRECK, 2017), ou seja, o objeto será mais bem interpretado “quando o ser do ente já está revelado” (STRECK, 2017), de modo que esta revelação é possível a partir de uma pré-compreensão “como marco fundamental para esse entendimento”<sup>10</sup>. Esta construção é importante pois nos permite entender, já no contexto da hermenêutica jurídica, decisões judiciais solipsistas e ativismos judiciais. Ademais, esta distinção contribui para detectarmos equívocos no contexto neoconstitucionalista, de que tudo quer, tudo pode.

A subjetividade decisória marca a sobreposição de juízos morais (decido conforme minha consciência) ao juízo constrangido pela Constituição e pelas leis, contribuindo para a insegurança jurídica e dando margem às decisões lotéricas; e, o mais grave, este desvio hermenêutico (se é que podemos chamar de hermenêutica), estruturado com fortes bases ideológicas e morais, enfraquece o papel do contraditório como base processual dialética, passa a conferir ao judiciário uma legitimidade indevida para dizer o que é certo ou errado, vai ao encontro de qualquer teoria de evolução cognitiva no direito.

Neste sentido, o subjetivismo ganha muito espaço nas decisões judiciais. Para o professor André Del Negri, com apoio da literatura de Dierle Nunes, o

drama da interpretação” chega ao século XX com a proposta do Estado Social e com uma participação ativa do juiz na “tentativa de conciliar entre realidade social, os

---

<sup>10</sup> Para um primeiro contato, o desenvolvimento conceitual/teórico desenvolvido mostra-se interessante, mas aparentemente sem grandes novidades. Ledo engano. Não se trata simplesmente de uma pré-compreensão empírica da vida que conduz ao círculo hermenêutico. Tomadas as lições de Ernildo Stein (Diferença e Metafísica), Streck esclarece que o conhecimento, imbricado à atividade hermenêutica, “não envolve eventos, objetos, processos, ações, relações e pessoas como fossem conteúdos garantidos pela representação e um sujeito”, ademais, não é constituído pela “gramática da objetivação”. Para ingressar no círculo hermenêutico, tarefa que reputa não ser simples, exige-se uma linguagem filosófica que transcende os “discursos dos objetos”. Trata-se de uma linguagem científica que analisa o objeto a partir da renúncia, de um afastamento (um olhar de fora). Mas como buscar conhecer o todo, sob uma perspectiva outsider, se fazemos parte desse todo? Para Streck, o círculo hermenêutico introduz o paradoxo que impossibilita afirmar um absoluto, ou “absolutos objetivados”. Acrescenta, bebendo em Stein, que não seria um problema, pois a filosofia não se preocupa em compreender a totalidade dos objetos, mas sim “com o todo do nosso compreender”. Fantástico. “Bingo”, como o professor gaúcho gosta de dizer.

ditames de ‘bem-estar’, ‘sociedade solidária’... e ‘justiça nas decisões’, ao arrimo da ‘letra fria da lei.’<sup>11</sup> (DELNEGRI, 2019)

Conforme registrado, a atividade interpretativa no direito, não permite extrair algo que não compõe o próprio texto normativo (deve ser estrangida em nome da preservação do próprio sistema). Em outras palavras, é dizer que o exercício hermenêutico jurídico não permite que o juiz (intérprete, em geral) retire qualquer conclusão da lei ou do princípio jurídico.

Por certo, a polissemia das expressões<sup>12</sup>, sobretudo no direito constitucional, torna a tarefa complexa, mas isso não significa personalizar o princípio ou admiti-lo como um *locus* de onde tudo pode ser extraído. Neste sentido, a interpretação não pode ser relativista, devendo estar pautada e estrangida por padrões decisórios retirados de precedentes, da lei, da Constituição e da doutrina.

Curioso notar que os versos e os refrões musicais podem possibilitar uma interessante intersecção com a atividade interpretativa no direito, visto que as letras representam múltiplas experiências, quase sempre relacionadas aos incômodos e às frustrações de grupos marginalizados, traduzindo de forma fidedigna visões de mundo distantes da realidade dos tribunais. Em outras palavras, significa dizer que, para o bem ou para o mal, o ambiente de

---

<sup>11</sup> O movimento do qual se refere Del Negri, identifica o marco transformador na Teoria da Constituição em geral e na hermenêutica constitucional em especial, que esmaece o Estado Liberal frente aos desafios do *well fair state*, centralizando na figura do juiz o papel de justiceiro, ou de agente responsável por corrigir disfunções sociais e políticas. Em nome da justiça (palavra coringa), esta corrente desenfreada adentra aos anos 1990 e 2000, colapsando uma ordem constitucional pré-estabelecida, ainda que isso coloque em risco os direitos fundamentais.

<sup>12</sup> Em Hilary Putnam, Abboud (2020, p. 372) registra que é necessário “pararmos de igualar objetividade com descrição. Existem conceitos que possuem densidade ética e normativa (conceitos espessos). Por conseguinte, eles são acessíveis mediante a sua contraposição, e.g., verdadeiro e falso, correto e incorreto. Esses conceitos não são meras descrições, mas conceitos governados por padrões apropriados a suas funções e contextos particulares. Por essa razão Putnam destaca que a linguagem serve para muita coisa, entre elas a descrição do mundo, todavia ela não se esgota nessa dimensão descritiva. Por meio da linguagem, apresento valores objetivos e conceitos representativos de padrões da comunidade. Ou seja, com Putnam não é apenas a interpretação que não pode ser relativista, a própria linguagem no seu manuseio não pode, mormente no que se refere à transmissibilidade de determinados conceitos”. Ato seguinte, Abboud apresenta uma ideia do pensamento deste autor para quem “questões éticas ou filosóficas também possuem dimensão objetiva, não obstante não possuem a verificabilidade no mundo natural empíricos ou científicos”. A leitura em Abboud permite extrair que Putnam sustenta haver objetividade em valores, exatamente por serem pautados em pelo menos alguns mínimos critérios. Nesse sentido, a atividade do julgador não é mostra da verdade imutável dos fatos: “Quando colocamos para o julgador a necessidade de alcançar a resposta correta, em verdade, impomos a ele a obrigação de evidenciar porque a solução alcançada por ele é a que melhor se adere ao direito, mais precisamente, é aquela em consonância com a Constituição, com as leis, com os precedentes e a integridade do direito.” Por isso a reverência (que falta no direito brasileiro) aos fundamentos de uma sentença para fins de fixação de precedentes. Dito isso, percebam que a imprescindibilidade em fundamentar a decisão é exigida com mais ênfase quando se busca superar um precedente estabelecido. Como diz o Abboud, é necessário que o juiz exponha “os bastidores se seu raciocínio”.

formação de um jurista, sobretudo o brasileiro, é composto por um cenário elitista, branco e católico, ou seja, diverso da maioria dos contextos fáticos e jurídicos que aguardam julgamento.

Neste sentido, Tatiana Bonatto e Lenio Streck lembram passagem de Umberto Eco na qual “as obras literárias nos convidam à liberdade da interpretação, pois propõem um discurso com muitos planos de leitura e nos colocam diante das ambiguidades da linguagem e da vida” (BOTELHO; STRECK, 2008). E seguem sustentando que:

O direito, tido na modernidade como uma ciência de fontes eminentemente normativas, permanece arraigado aos paradigmas da racionalidade, da certeza, da lógica e do positivismo. Tais diferenças demandam uma contribuição mútua, que enriqueça ambas as áreas. O intercâmbio dessas disciplinas é algo ainda por se solidificar; há um terreno fértil que renderá muitos benefícios se devidamente cultivado. (BOTELHO; STRECK, 2008)

Os professores Lenio Streck<sup>13</sup> e Georges Abboud<sup>14</sup> contribuem com propostas bem estruturadas na construção de uma Teoria da Decisão, que tentarei, correndo o risco de simplificar algo complexo, expô-las. Para tanto, torna-se necessário compreendermos as bases doutrinárias que sustentam o pensamento destes autores.

Em O que é isso – Decido conforme minha consciência?, Streck (2015) consolida os fundamentos para o que ele denomina como giro ontológico-linguístico a partir do século XX. Segundo o professor gaúcho, a linguagem passa a incorporar o campo do conhecimento de modo a causar uma ruptura com a filosofia da consciência (de base iluminista) e toda a órbita subjetivista, “assujeitadora” (STRECK, 2015), nas palavras dele. O que isso representa no campo da hermenêutica? Tudo. Tomadas as lições de Stein, Heidegger, Wittgenstein, Gadamer

---

<sup>13</sup> Por óbvio, a leitura das recomendadíssimas obras do professor Lenio trariam maior substrato e compreensão sobre a origem de seu pensamento ao longo dos últimos dez anos a respeito da hermenêutica constitucional. Reputo, para maior entendimento do pensamento de Streck, seus livros: O que é isso - Decido conforme minha Consciência (2015), Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito (2013), e Verdade e consenso Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito (2012).

<sup>14</sup> A percepção a partir da leitura nas obras do professor Georges evidencia o amadurecimento teórico do autor. Para melhor compreender as origens e os fundamentos do pensamento do professor paulista sobre a Teoria da Decisão que, em certo grau, decorrem das lições de Streck, mas com notório grau de ineditismo, ao relacioná-la com paradigmas pós-positivistas, recomendo os livros: Processo Constitucional Brasileiro (2020) e Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais (2011).

e outros, Streck elucida que as discussões filosóficas entorno do ser e do ente são concebidas a partir de uma pré-compreensão, entendida como “elemento prévio de qualquer manifestação do ser humano”, ou seja, o sentido das coisas passa a ser construído através da linguagem já concebida, sem a qual nós não nos relacionaríamos com os objetos; “é pela linguagem que os objetos vêm a mão” (STRECK, 2015).

Nestes termos, a linguagem conduz e permite a interlocução entre os seres e os objetos, trata-se de algo dado, posto. Não sendo, portanto, fruto de um pensamento solitário. Para termos acesso às coisas é necessária a “mediação de um significado” (STRECK, 2015) por meio do qual se compreende o mundo, de modo que a hermenêutica jurídica não pode estar alheia a essa construção. A linguagem no Direito é a Constituição e são as leis, de tal sorte que, a partir delas, e constringida por elas, a decisão deve estar pautada, por maiores que sejam as vontades pessoais do intérprete em subjugá-la<sup>15</sup>.

Neste sentido, Streck (2015) trabalha a necessidade de combater o solipsismo decisório que acredita ter sido originário a partir da Era Moderna, como resultado de falsas concepções a respeito da Jurisprudência dos Valores alemã<sup>16</sup>, com graves consequências na doutrina brasileira que aposta, em geral, na interpretação como ato de vontade do juiz, na consciência

---

<sup>15</sup> Com base em Ernildo Stein, Streck (2015) sustenta ao “afirmar que, superando-se os paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, o acesso a algo não será mais de forma direta e objetivamente; o acesso a algo é pela mediação de um significado e do sentido. Não existe acesso às coisas sem mediação do significado. Então, se não existe acesso às coisas sem mediação do significado, não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição; e este modo de compreender é exatamente este “como” que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertórico algo enquanto algo, algo enquanto algo (etwas als etwas). Esta expressão revela que não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore. Isto é mediação do significado”. A reflexão em Stein levada à hermenêutica jurídica conduz à ideia de que por mais polissêmico seja o enunciado normativo, o intérprete não está autorizado a retirar de lá qualquer significado, ao contrário, há limites interpretativos: “em tempos de viragem linguísticas (...) não pode(ria)m passar despercebidas teorizações ou enunciados performáticos que reduzem a complexíssima questão do ‘atos de julgar à consciência do intérprete, como se o ato (de julgar) devesse apenas ‘explicações’ a um, por assim dizer, ‘tribunal da razão’ ou decorresse de um ‘ato de vontade’ do julgador”.

<sup>16</sup> A tese da jurisprudência dos valores que, segundo Streck, em certo modo, é preponderante no Tribunal Constitucional Alemão vale(u)-se de um contexto histórico que marcada pela pouca legitimidade da Constituição de 1949. Sustenta Streck: “No caso alemão, temos a jurisprudência dos valores serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da Grundgesetz [Constituição alemã] pelos aliados, em 1949, nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* [Tribunal Constitucional alemão] para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão”. Continua: “Daí a afirmação de um jus distinto da *lex*, ou seja, a inovação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam forma da estrutura rígida da legalidade.”

do julgador ou “na crença de que o juiz deve fazer a ‘ponderação de valores’ a partir de seus ‘valores’” (STRECK, 2015).

Dito isso, é construída uma teoria que propõe, segundo Abboud um

redimensionamento do papel da doutrina, que, além das clássicas atribuições de sistematização do conhecimento jurídico, deveria efetuar um efetivo papel de ‘censura das decisões dos Tribunais: uma verdadeira censura epistemológica das decisões.’” (ABBOUD, 2020)

Serão apontados 5 princípios que sustentam a Teoria da Decisão:

(I) Autonomia do Direito: a ideia é preservar o direito diante de instabilidades políticas, morais e econômicas de momento. É respeitar a ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador, fruto da vontade do povo dentro do quadro democrático instituído.

(II) Estabelecer condições mínimas para realizar e controlar a interpretação constitucional: trata-se de marcar limites à interpretação constitucional e a correção no processo interpretativo de modo que, nas palavras de Abboud: “não autoriza o intérprete a escolher um sentido que lhe seja mais conveniente, segundo os ditames da sua ‘consciência’.” (ABBOUD, 2020)

(III) A integridade e coerência do Direito: a lição, conforme apontei acima, vem de Ronald Dworkin. A decisão judicial deve considerar uma história institucional do direito – deve ser alçada à condição de direito fundamental do cidadão. Não resta dúvida que o direito como integridade e coerência nos remete à teoria dos precedentes e, em certa medida, a segurança jurídica.

(IV) O dever de fundamentar as decisões: trata-se dos bastidores da decisão<sup>17</sup>. A fundamentação decisória é dever que o juiz tem de demonstrar as bases sobre as quais estrutura

---

<sup>17</sup> Em que pese a distinção entre os sistemas, a Corte Constitucional brasileira tem se valido de uma técnica por meio da qual se nota a adoção eficaz vinculante da fundamentação. Com origem no direito alemão, a chamada transcendência dos motivos determinantes ou eficácia transcendente da motivação, ou ainda, efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão é uma “técnica jurídica-processual” (MARINONI, SARLET, MITIDIERO, 2020, p. 223,) ou uma construção interpretativa na qual se reconhece eficácia vinculante não apenas da parte dispositiva do julgado (enunciado), mas também aos fundamentos que lhe deram embasamento. Abboud (2020) lembra que: “no âmbito de julgamentos de repercussão geral, o STF tem buscado atribuir uniformidade na redação da tese fixada para assegurar que os fundamentos comuns a todos os votos estão refletidos na orientação geral. Essa metodologia é um paliativo necessário e que deve ser aperfeiçoado enquanto vigorar o modelo de julgamento

sua decisão. Neste contexto, torna-se importante alinhar a decisão de modo a atender os critérios de coerência e integridade.

(V) Garantia da decisão tomada a partir da Constituição: conforme mencionado alhures, o constrangimento constitucional serve de limite à interpretação jurídica, de modo que sua força normativa seja preservada.

(VI) Garantia de uma decisão baseada no caso concreto: segundo o professor Georges Abboud, este princípio tem relação com as “balizas de uma hermenêutica integrativa” (ABBOUD, 2020), isto é, o juiz deve no caso concreto decidir vinculado às decisões do passado, mas com olhos no futuro, de maneira que a sua decisão possa ser aplicada aos casos semelhantes vindouros. O juiz deverá prolatar uma decisão universalizável<sup>18</sup>. Neste sentido, a operacionalização deste sistema se dá com a proximidade do juiz ao caso concreto, mediante a unidade do Direito ou na sistematização da aplicação das regras legais.

Em linhas finais, após debruçar sobre os princípios norteadores da Teoria streckiana da Decisão, Abboud os insere a partir do paradigma pós-positivista. Com uma clara coerência doutrinária, a partir das leituras em Heidegger, Müller e Dworkin, o professor livre-docente pela PUC-SP fala em “condições mínimas para a prolação de decisão correta no caso concreto” (ABBOUD, 2020):

---

seriatim no direito brasileiro”, embora, ele mesmo faz a ressalva: “Trata-se de tema ainda não estabilizado no STF”. Cita, a título de exemplo a Reclamação 5585/MG, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, para quem a teoria da transcendência dos motivos determinantes afronta valores democráticos. Nas palavras do Ministro: “tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio aos órgãos de judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue a lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório”. Outro problema apontado por Abboud está no risco de conferir ao STF a possibilidade de julgar temas, e não a constitucionalidade do ato normativo questionado: “Corre-se o risco de o STF ampliar seu julgamento para além do ato normativo impugnado, julgando o assunto e não a lei contestada, a amplitude da decisão da jurisdição constitucional se tornaria desmedida”, dando margem a ativismos.

<sup>18</sup> É neste contexto que Abboud explica sua versão sobre decisões consequencialistas, ou a maneira que defende a aplicação do consequencialismo como regra de calibragem que vincula a atividade decisória. Segundo o professor paulista, o consequencialismo “não pode ser subterfúgio para o julgador adaptar a legislação ao que considera juridicamente mais adequado.” Exemplificando, o caso do “juiz que, entendendo ser excessivamente custoso ao erário, deixa de invalidar determinado ato administrativo cuja produção ocorreu em desconformidade com os respectivos preceitos legais que disciplinavam sua elaboração”. Para Abboud, o consequencialismo, a partir de uma dimensão para o futuro, é mais que uma “baliza decisória”, trata-se de uma “abertura e convite ao diálogo, seja com os demais poderes da República ou com as outras áreas de conhecimento (novas tecnologias), como forma de reconhecimento pelo judiciário da insuficiência de seu ferramental para resolver questões complexas da atualidade.”

(I) O julgador deve identificar precisamente a facticidade ínsita ao caso concreto: Em uma clara referência aos ensinamentos heideggeriano, a ideia é pautar a decisão do juiz ou do tribunal sem se distanciar do caso concreto, a final de contas o direito não se resume a uma “mera reunião de leis, portarias e decretos” (ABBOUD, 2020), bem como a atividade jurisdicional não deve se resumir a análise de teses jurídicas. Nestes termos é imprescindível atenção à matéria fática.

(II) O julgador deverá identificar a legalidade aplicável ao caso: diante da crise de existência do próprio direito nesta quadra da história, onde se nota, em questões mais extremas, o não reconhecimento de direitos fundamentais em favor de convicções morais do julgador, este item apontado por Abboud (2020) é inescusável. “Não há opção em aplicar ou não a lei” (salvo se inconstitucional), “não há precedente que possa derrocar a incidência da lei” (ABBOUD, 2020).

(III) O julgador deverá identificar as demais fontes jurídicas aplicáveis ao caso: Abboud (2020) valoriza os provimentos judiciais (precedentes e súmulas) como fontes indispensáveis à atividade interpretativa na era pós-positivista. Vale a importante ressalva feita por ele, e já mencionada alhures por mim, a importância de ter em mente que não se trata de aplicação mecânica sumular refratária ao exercício interpretativo, pelo contrário, exige-se um “intenso trabalho hermenêutico e correlação das fontes normativas com os fatos específicos.”

(IV) Recorrer à doutrina, sempre: trata-se do que Abboud chama de “incidência da fonte não positiva do direito, a doutrina” (ABBOUD, 2020). É o resgate teórico do direito como elemento de fundamentação das decisões. “não se pode mais admitir decisão que desconsidere por completo a doutrina, por afirmar que basta a autoridade do tribunal para assegurar a legalidade de sua decisão” (ABBOUD, 2020). Nada surge do zero.

(V) O julgador deve atentar-se a “estrita relação de individualização dos pedidos do autor, bem como das exceções e dos pontos de defesa do réu” (ABBOUD, 2020): diz respeito à devida atenção e plena consciência de quais são todos os pleitos do autor, juntamente com quais seriam os pontos de defesa do réu.

(VI) Decidir a partir de uma “hermenêutica integrativa” (ABBOUD, 2020): em uma clara referência às lições de Dworkin, Abboud reporta a imprescindibilidade do juiz ou tribunal demonstrar as razões jurídicas pelas quais proferiu determinada decisão em detrimento das

outras interpretações possíveis, no sentido de ser ela uma resposta mais adequada àquele caso concreto em específico, valendo-se, “se necessário, de dados de outras áreas” (ABBOUD, 2020) do conhecimento.

(VII) O julgador para construir a resposta correta deve se preocupar com as consequências jurídicas de sua decisão. Abboud (2020) dedica parte do livro para criticar uma versão desviada sobre decisões consequencialistas utilitarista e economicista no Brasil.

#### **4. Notas conclusivas**

Em notas conclusivas, diante da grandiosidade que o tema propõe ao estudioso do Direito Constitucional, estou certo de que as reflexões apresentadas sobre hermenêutica constitucional não representam a complexidade de seu conteúdo. Entretanto, a proposta foi conjecturar as lições de alguns autores, às minhas percepções críticas a respeito do cenário de apagão teórico no direito e à ascensão do subjetivismo decisório que leva à loteria das sentenças.

Meu alento está no fato da doutrina especializada ter observado este problema e que, de alguma forma, tem construído significativos estudos em prol da valorização do Direito. Por isso, importa dar amplitude às teses aqui expostas; se não convence, ao menos exige do crítico um pouco mais do que argumentos morais para contradizê-las.

Portanto, a teoria da decisão importa como mecanismo de alinhamento de três eixos principais: o jurídico, o normativo e o fático. A coexistência destes fatores contribui para um exercício hermenêutico íntegro, intimamente ligado ao contexto social, quase sempre exteriorizados pelas manifestações artísticas e culturais de determinado período da história política social.

Neste sentido, o ato de resistir – manifestado nas letras das músicas – é um elemento que ajuda a aperfeiçoar o Estado Constitucional de Direito, visto que, quem viola abertamente lei injusta, com o fim de preservar seus direitos essenciais, não deixa de estar comprometido com o mesmo Estado Constitucional. Em outras palavras, na mesma linha de pensamento, a resistência deve ser pensada como uma atitude construtiva do Estado Constitucional de Direito, de modo que, a resistência que busca instaurar qualquer outro tipo de sistema político que desconhece os valores democráticos não terá validade.

#### **5. Bibliografia**

ABBOUD, Georges. **O Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2020.

ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2011.

DELNEGRI, André. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Belo Horizonte: D'Placido, 2019.

SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo/SP: Saraiva, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?**, 5a Edição, Porto Alegre/ RS: Editora Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre/ RS: Livraria do Advogado. 2015.