

A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E DE SEUS CRITÉRIOS: RESPONSABILIDADE POLÍTICA DO JUIZ E LIMITE ÀS INTERVENÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Pablo Dietrich

Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Artigo elaborado a partir do trabalho de conclusão de curso orientado pelo Prof. MSc. Feliciano Alcides Dias.

<http://lattes.cnpq.br/2467496149913328>

<https://orcid.org/0009-0003-5447-0550>

E-mail: pablodietrichh@hotmail.com

DOI-Geral: <http://dx.doi.org/10.47538/RNI-2026.V1N3>

DOI-Individual: <http://dx.doi.org/10.47538/RNI-2026.V1N3-40>

RESUMO: Este artigo examina a necessidade de uma teoria da decisão judicial e de critérios claros de decisão, ao lado da reserva de consistência, para medir a responsabilidade política do juiz e limitar as intervenções do Poder Judiciário. Discutem-se três hipóteses: a) o senso comum teórico que orienta os juristas brasileiros é formado por restos do positivismo exegetico e do positivismo de Kelsen, pela teoria da argumentação de Robert Alexy, pela jurisprudência dos valores e pelo ativismo judicial norte-americano; b) esse senso comum não se sustenta, porque essas teorias foram recebidas de modo equivocado no Brasil e produzem efeitos ruins sobre as decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito; e c) há necessidade de uma teoria da decisão judicial e de critérios definidos para medir a responsabilidade política do juiz, limitar as intervenções do Judiciário, estabelecer parâmetros para o uso dos precedentes e preservar o Estado Democrático de Direito. Após expor esse consenso teórico e as críticas de Lenio Luiz Streck — o uso indiscriminado de princípios, a arbitrariedade e o descumprimento da lei —, conclui-se que a necessidade dessa teoria ficou demonstrada e que o senso comum vigente deve ser transformado para abrir espaço a ela.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Teoria da Decisão Judicial. Hermenêutica Jurídica. Protagonismo Judicial. Reserva de Consistência.

THE NEED FOR A THEORY OF JUDICIAL DECISION-MAKING AND ITS CRITERIA: THE JUDGE'S POLITICAL RESPONSIBILITY AND LIMITS ON JUDICIAL BRANCH INTERVENTIONS

ABSTRACT: This article examines the need for a theory of judicial decision and clear decision criteria, alongside the reserve of consistency, in order to measure the judge's political responsibility and to limit the interventions of the Judiciary. Three hypotheses are discussed: a) the theoretical common sense that guides Brazilian jurists is formed by remnants of exegetical and Kelsenian positivism, by Robert Alexy's theory of argumentation, by the jurisprudence of values and by North American judicial activism; b) this common sense is untenable, because these theories were received in a mistaken way in Brazil and produce harmful effects on judicial decisions in a Democratic Rule of Law; and c) there is a need for a theory of judicial decision and defined criteria to measure the judge's political responsibility, to limit interventions by the Judiciary, to establish parameters for the use of precedents and to preserve the Democratic Rule of Law. After

presenting this theoretical consensus and Lenio Luiz Streck's criticisms — the indiscriminate use of principles, arbitrariness and non-compliance with the law —, it concludes that the need for such a theory has been demonstrated and that the prevailing common sense must be transformed to make room for it.

KEYWORDS: Democratic Rule of Law. Theory of Judicial Decision. Legal Hermeneutics. Judicial Role. Reserve of Consistency.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário intervém cada vez mais nas relações jurídicas, seja para extingui-las, seja para criá-las ou modificá-las. Essa intervenção, porém, vem consolidando o protagonismo judicial¹, que não é admissível em um Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo, ganha força a abstração nas decisões: o caso concreto perde espaço para os precedentes, aplicados sem qualquer parâmetro democrático.

Convém esclarecer desde já que o objetivo desta pesquisa não é a intervenção do Judiciário em si, mas a maneira pela qual ele intervém e as questões de interpretação que estão por trás desse ato. A crítica é dirigida ao protagonismo judicial, e não à intervenção, que é inseparável da própria função de julgar.

Quando se determina, por decisão judicial, uma obrigação de fazer com base em contrato de seguro, essa decisão deve ser fundamentada de forma democrática e responsável. Não basta apoiá-la em normas de conteúdo indeterminado, em cláusulas gerais e em pseudoprincípios jurídicos — recursos arbitrários, porque ancorados apenas na consciência de quem julga —, nem se deve limitar a reproduzir decisões anteriores. As intervenções necessárias do Judiciário não podem, portanto, servir de desculpa para o protagonismo do julgador: o consenso atual não é adequado aos fins da Constituição de 1988 nem ao Estado Democrático de Direito por ela erigido. É necessário que a fundamentação da decisão tenha em foco a responsabilidade política do juiz² e uma base de legitimação fornecida por uma teoria da decisão judicial, ligada a propostas de

1 Com esse termo, Streck busca revelar o paradigma da consciência, segundo o qual o direito é aquilo que os juízes dizem que ele é. O protagonismo do julgador é o meio pelo qual se encobre uma atividade subjetiva — não raro arbitrária —, ancorada na ultrapassada filosofia da consciência (Streck, 2010, p. 20).

2 “Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas” (Dworkin, 2002, p. 138).

interpretação compatíveis com o Estado Democrático de Direito e com o atual estágio da ciência jurídica.

Os problemas ligados à intervenção judicial são de duas ordens: a fundamentação das decisões e os limites da intervenção. Embora distintos, a solução para ambos está no mesmo lugar — um conjunto de propostas teóricas de interpretação que tracem limites e condições suficientes para uma jurisdição verdadeiramente democrática, capazes de estabelecer uma teoria da decisão judicial e critérios³ para o julgador decidir. Não basta, porém, um conjunto de critérios capazes de tornar democrática a decisão: é preciso, além disso, escolher um mecanismo para medir a responsabilidade política do juiz. Refere-se aqui à reserva de consistência⁴, cuja função é fixar o conteúdo mínimo e necessário — não só jurídico — que deve constar na fundamentação, funcionando ao lado da teoria da decisão judicial e de seus critérios.

É preciso também que os julgadores mudem de postura quanto à abstração nas decisões. Caminha-se para a análise comparada de casos: se o caso X é levado a juízo e tem razão de direito semelhante ao caso Y, julgado antes, a solução dada ao caso X será idêntica à do caso Y — passando-se ao largo de inúmeras questões particulares. O ponto central está na inexistência de critérios democráticos para comparar um caso com o outro.

Para equacionar o problema, levantam-se as seguintes hipóteses: a) o senso comum teórico em *terrae brasilis* compreende os restos dos positivismos exegetico e kelseniano, a teoria da argumentação de Robert Alexy, a jurisprudência dos valores e o ativismo norte-americano; b) esse senso comum é insustentável, na medida em que essas recepções teóricas são equivocadas e geram consequências ruins às decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito; c) há necessidade de uma teoria da decisão judicial e de critérios, ao lado da reserva de consistência, para medir a responsabilidade política do

3 O termo designa um conjunto de critérios abstratos, democraticamente escolhidos, destinados a embasar e conduzir o julgador no momento da decisão, com o objetivo de tornar esse ato legítimo e correspondente à opinião da maioria. Põe-se fim, assim, ao subjetivismo do julgador.

4 “A reserva de consistência impõe ao juiz, ao efetivar uma norma constitucional, a necessidade de embasar sua decisão de modo convincente, utilizando-se não apenas de argumentos jurídicos, mas também de provas concretas, muitas vezes disponibilizadas por outras ciências, o que possibilita uma ampliação da instrução probatória, visando evitar decisões arbitrárias” (Rocha, 2011, p. 165).

juiz, limitar as intervenções do Judiciário, estabelecer parâmetros para a aplicação dos precedentes e, assim, manter íntegro o Estado Democrático de Direito.

O método utilizado é o dedutivo, por meio do procedimento monográfico. A técnica de pesquisa é a documentação indireta, nas espécies documental e bibliográfica.

O SENSO COMUM TEÓRICO NO BRASIL

O POSITIVISMO EXEGÉTICO E SEUS RESTOS

O positivismo exegético, surgido na França do século XIX, caracteriza-se pelo rigor interpretativo, pois se limitava à análise literal do texto da lei. O juiz, nesse período, era a “boca da lei”, no sentido de que funcionava apenas como porta-voz da estrita vontade do legislador, à época o monarca.

Isso decorre da postura científica dominante naquele momento histórico, cuja base determinava que somente os fatos, por se submeterem à experiência, tinham natureza científica. Daí a escolha, no campo jurídico, desse objeto de natureza científica, que para os juristas passou a ser a lei; os estudos jurídicos limitavam-se, portanto, às leis e aos códigos (Streck, 2011, p. 31). O positivismo era, assim, uma concepção segundo a qual apenas o que estava posto em lei era considerado parte da ciência jurídica; o restante, o direito natural, não fazia mais parte do mundo jurídico (Bobbio, 1995, p. 26). Esse entendimento surgiu com a formação do Estado moderno, após a dissolução da sociedade medieval, que era plural e via o direito como fenômeno social (Bobbio, 1995, p. 26-27).

Afirmava-se que as leis eram autossuficientes e capazes de resolver todos os problemas, a ponto de a lei receber o apelido de sagrada. Os problemas de interpretação, evidentemente, existiam e passaram a incomodar os exegetas, sobretudo porque a realidade muda e o rigor literal das disposições legais de outrora não admitia mudanças (Streck, 2011, p. 32). A solução encontrada, num primeiro momento, foi o uso da analogia e dos princípios gerais do direito, vistos de forma estrita e excepcional; de todo modo, a rigidez durou anos, e a interpretação correta era aquela que reproduzia os termos literais da lei.

Quanto aos restos do positivismo exegetico, constata-se que ele repercute hoje em sentido contrário à sua própria natureza: o juiz, para não ser a boca da lei — algo que atualmente é condenável —, acaba por subvertê-la com o protagonismo judicial (Streck, 2011, p. 31). Não se dá conta de que, ao fugir do rigor legalista, age tão mal quanto se estivesse preso ao legalismo.

Veja-se a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54), em que se assentou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual essa hipótese está tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. O STF não se restringiu ao texto da lei, pois criou uma modalidade de aborto — ou, segundo alguns ministros, apenas de interrupção da gravidez. Houve ativismo judicial, entendido, nesse contexto, como afastamento total da lei, violação à separação de poderes e abalo ao Estado Democrático de Direito. Some-se a isso a confusão de interpretação constitucional, sobretudo quanto aos princípios, que viraram álibis teóricos para introduzir no julgamento posições morais dos julgadores — a sua consciência —, que nada valem juridicamente.

Não se está defendendo a retomada do positivismo exegetico; quer-se apontar o problema do abandono total da lei, pois desconsiderá-la é tão ruim quanto observá-la e aplicá-la de forma absoluta e cega. Aristóteles já observava que o correto é o meio-termo, isto é, aquilo que está entre o excesso e a falta (2002, p. 50-55). Cabe citar, nesse ponto, duas decisões do Ministro Luís Roberto Barroso, do STF, que deixam clara a confusão teórica resultante da adesão, não raro inconsciente, aos positivismos exegetico e normativista.

A primeira se pauta na letra da lei (Ação Penal 565) e afirma que o Congresso Nacional é quem tem o direito de cassar mandatos políticos; a segunda (Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.326), entretanto, determina, com base em argumentos de valor (metajurídicos), a anulação da decisão do Congresso Nacional que não cassou o mandato do Deputado Donadon (Streck, 2013c, p. 1-5). Não se autoriza que, em um momento, o juiz se utilize da formalidade da lei para negar um pedido e, em outro, valha-se da possibilidade interpretativa — *alexiana*, por exemplo — para concedê-lo. Sustenta-

se, portanto, a necessidade de um meio-termo interpretativo capaz de limitar a intervenção do Judiciário e de estabelecer parâmetros para a aplicação dos precedentes.

A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN E SEUS RESTOS

Em razão do aumento dos problemas ligados ao positivismo exegético, buscou-se aperfeiçoar o rigor científico ligado ao direito posto, sobretudo porque a abrangência desse fato aumentou muito com a intensificação, no século XX, da intervenção do Estado na sociedade. Esse aperfeiçoamento é chamado por Streck (2011, p. 32) de positivismo normativista. Nesse contexto surge Hans Kelsen e sua teoria pura do direito (TPD).

Kelsen buscou desenvolver uma teoria do direito pura, isto é, sem intervenções externas. Queria purificar a ciência jurídica da metafísica, das ideologias, da política, da moral e de outros ramos científicos, pois só assim se conseguiria a exatidão do método científico: Kelsen (2006, p. 11) queria que a ciência jurídica de fato fosse ciência, e não aquilo que estava se tornando — e, diga-se de passagem, volta a ser hoje. A própria justiça, segundo ele, não deveria ser computada para fins de ciência jurídica, dada sua indeterminação e seu subjetivismo (Kelsen, 2006, p. 54). Kelsen limitou-se, assim, ao conjunto de normas que compõe o ordenamento jurídico positivo do Estado, ao que atribui o nome de positivismo jurídico (2006, p. 5) — corrente pouco compreendida pelos profissionais do direito atualmente, pois grande parte deles confunde o positivismo exegético com o kelseniano ou, como Streck denomina, normativista.

Deve-se partir do termo norma, conceito fundamental da TPD. Kelsen entendia norma como algo que deve ser ou ocorrer (*Sollen*): se a conduta estiver de acordo com o que ela prescreve, será lícita; se estiver em desacordo, será ilícita. Além disso, a norma serve ao operador do direito como esquema de interpretação, pois é através dela que ele vê a realidade (Kelsen, 2006, p. 4-5). Nem toda norma, porém, tem validade e força vinculante: Kelsen (2006, p. 9) condiciona essas características apenas às normas produzidas segundo regras de competência previamente estabelecidas em norma hierarquicamente superior, que é a Constituição.

Esta, por sua vez, recebe validade de uma regra superior fundante, cuja existência é apenas pressuposta, denominada norma fundamental (*Grundnorm*) — que não é, ao menos necessariamente, a Constituição, mas a norma primeira e suprema que inaugurou a ordem jurídica em dado lugar (Kelsen, 2005, p. 169). O sistema da TPD é, portanto, unitário e pode ser visto como uma pirâmide escalonada: as normas abaixo da norma fundamental devem guardar compatibilidade com ela, sendo compatível aquela produzida nos moldes da norma superior (Kelsen, 2006, p. 33). Daí observar que o direito positivo pode ter qualquer conteúdo, pois o que importa é a forma de produção da norma, não seu conteúdo (Kelsen, 2006, p. 221).

Outro ponto fundamental é a interpretação jurídica, que Kelsen (2006, p. 387) liga à formação escalonada do ordenamento: a interpretação é operação mental que revela o sentido da norma superior para, nos termos dela, fundamentar a norma inferior — que pode ser, por exemplo, uma norma individual expedida por um juiz. Em consequência, a aplicação do direito é apenas uma fase do ordenamento. Quando um juiz decide, não está declarando algo, mas constituindo, pois não descobre um direito previamente estabelecido e acabado: cria uma norma inferior destinada a produzir efeitos sobre uma situação específica (Kelsen, 2006, p. 261-262).

Ocorre que as normas de escalão superior não são completas, de maneira a dar margem de liberdade ao aplicador-criador. Daí Kelsen afirmar que essas normas têm caráter de moldura a ser preenchida (2006, p. 388). Para completar, nos limites da moldura, o espaço vazio deixado pela norma superior, o aplicador-criador exerce ato de escolha/vontade que poderá acarretar mais de uma consequência aceita pelo ordenamento (Kelsen, 2006, p. 392-395). Kelsen (2006, p. 396) lança, assim, outra base de sua teoria: a discricionariedade no ato de aplicação/criação da norma inferior diante da incompletude das normas superiores e da aceitação de mais de uma resposta correta à luz do ordenamento⁵.

5 As teorias pós-positivistas cuidam de aperfeiçoar a questão da discricionariedade propiciada pela TPD (Streck, 2011, p. 31), cada qual a seu modo. As críticas aqui feitas também são dirigidas a essas teorias, que, no entanto, não são apresentadas por figurarem como desdobramento do substrato teórico representado pelo senso comum no Brasil.

DIETRICH, P. A necessidade de uma teoria da decisão judicial e de seus critérios: responsabilidade política do juiz e limite às intervenções do poder judiciário. **Revista Nexus Interdisciplinar**, Natal/RN, v. 1, n. 3, p. 671-701, jul./set., 2026.

Kelsen (2006, p. 77-78) propõe ainda que a ciência jurídica deve ser isenta de moral, pois os padrões morais são relativos e variam conforme o tempo e o lugar, o que os torna inservíveis para a apreciação valorativa do direito. Por fim, a TPD nega o caráter jurídico dos princípios, que teriam natureza diversa da jurídica e estariam relacionados à moral, à política ou aos costumes (Kelsen, 2006, p. 145-156).

Exposta em linhas gerais a TPD, cabe afirmar que, embora ocorra de modo inconsciente, grande parte da jurisprudência — e da doutrina também — está impregnada do positivismo normativista de Kelsen, criando cenário propício para arbitrariedades. As duas decisões do Ministro Barroso já mencionadas deixam clara essa discricionariedade: o segundo julgado destaca a inclusão de argumentos metajurídicos e o uso daquilo que Streck denomina predadores externos do direito, e o primeiro ressuscita o exegetismo do juiz boca da lei. Esse modo de decidir é insustentável no atual momento histórico, de maneira que se apresenta necessária uma teoria da decisão judicial.

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY E A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

Apesar de os positivismos exegetico e normativista guardarem suas diferenças básicas, ambos adotavam, com diferença de grau, a subsunção das normas aos fatos como critério de aplicação do direito, de maneira que essa fórmula foi a única durante muito tempo. Esse raciocínio continua sendo fundamental, mas recentemente a dogmática jurídica sofreu uma mudança de paradigma, ao dar-se conta da insuficiência da subsunção (Barroso, 2009, p. 358).

Barroso (2009, p. 359) traz exemplo pertinente: duas normas que incidem sobre o mesmo conjunto de fatos. De um lado, a liberdade de imprensa e expressão; de outro, a honra, a vida privada e a intimidade — ambas com previsão constitucional expressam. Ocorre que apontam soluções diversas, pois protegem valores diferentes. Dentro da lógica da subsunção, apenas uma seria aplicada, porque a outra seria imediatamente descartada. Já na fórmula da ponderação, o trabalho ocorre de modo multidirecional, isto é, sem descartar normas; ao contrário, elas são reunidas de forma a criar uma síntese aplicável ao conjunto de fatos. Na prática, essa tarefa se torna árdua, pois o intérprete deverá

considerar a importância e a pertinência das normas para o caso, medindo com atenção as consequências de sua decisão.

Essa fórmula é denominada técnica de ponderação, cuja base se encontra na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, e se apresenta como técnica de decidir *hard cases* (casos difíceis). Barroso (2009, p. 361) afirma que a ponderação é um processo formado por três etapas: na primeira, o intérprete detecta as normas incidentes no caso; na segunda, examinam-se os fatos e circunstâncias concretas e sua correspondência com os elementos normativos escolhidos; e a terceira consiste na ponderação propriamente dita, entendida como oposta à subsunção. O ponto central está na terceira etapa, pois é nela que o intérprete aplicará a norma ao caso concreto.

Alexy (2011, p. 90-91) ensina a diferença entre normas-regras e normas-princípios: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes”. Regras, por outro lado, são normas satisfeitas ou não satisfeitas, de forma a não haver possibilidade de ponderação, do que resulta a necessidade de fazer-se exatamente o que a regra determina.

Os princípios são, assim, mandamentos de otimização satisfeitos em grau variado; e as regras, determinações limitadas ao que é jurídica e materialmente possível. Portanto, “a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio” (Alexy, 2011, p. 90-91). Havendo colisão entre princípios, um deles terá de ceder para que o outro seja aplicado, sem que isso implique sua invalidação ou exclusão (Alexy, 2011, p. 92-93).

Daí a existência de decisões em sentidos opostos sobre o mesmo conteúdo e de votos contrários em um mesmo julgamento, pois os intérpretes, diante dos mesmos fatos e normas, chegam a conclusões diversas em razão da própria natureza do processo ponderativo (Barroso, 2009, p. 364). A teoria de Alexy visa a eleger a melhor argumentação: não se presta a fixar a decisão correta, pois para ela não há única decisão correta, e sim fundamentação racional apontando a melhor decisão entre as possíveis (Barroso, 2009, p. 365). Exige, por isso, motivação profunda quando se utilizar a

ponderação, visto que o julgador percorre as etapas com maior grau de discricionariedade e deve guiar as partes por esse caminho interpretativo (Barroso, 2009, p. 366).

Diante desse quadro, surge o problema do controle da racionalidade do discurso jurídico, que se torna mais grave conforme o grau de liberdade concedido a quem decide. Nesse contexto, cabe anotar a jurisprudência dos valores, que serviu para a Alemanha reduzir a tensão produzida após a outorga da *Grundgesetz* (lei fundamental) pelos aliados, no segundo pós-guerra. Houve, nos anos seguintes, um esforço enorme por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar essa outorga, em vista da falta de participação do povo em sua elaboração: o tribunal invocava argumentos que permitiam critérios de decisão além da estrutura rígida da legalidade, de maneira que a indicação de valores começa a aparecer como meio de fundamentar decisões que fugiam ao âmbito da lei fundamental (Streck, 2011, p. 48). Usavam-se os valores, em suma, por necessidade historicamente justificada.

No entanto, Streck ensina que a jurisprudência dos valores foi emprestada pelos teóricos brasileiros para atribuir à Constituição a qualidade de ordem concreta de valores, cabendo aos intérpretes o papel de encontrar e revelar esses valores (2011, p. 48), de modo a instalar o moralismo e legitimar as decisões conforme a consciência de quem julga (Ramos, 2010, p. 88). Se o próprio modelo interpretativo é baseado em discricionariedade e invocação de valores, torna-se quase impossível controlar as decisões judiciais.

O ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO

Cabe analisar o berço do ativismo judicial, que são os Estados Unidos da América. Nesse país, a discussão sobre o papel dos juízes e das cortes no sistema político é profunda e antiga, e inclusive se confunde com o próprio constitucionalismo americano. O ativismo judicial na Suprema Corte foi desenvolvido em ambiente ideológico, político, social e cultural intenso, razão pela qual se tornou de utilidade didática singular (Campos, 2013, p. 96).

O sistema americano opera segundo os ditames da *common law*. Nesse sistema, a decisão judicial define a controvérsia e, ao mesmo tempo, tem valor de precedente, de forma que ocupa o posto de fonte principal do direito: as decisões, além de concretizar direitos, veiculam normas jurídicas destinadas a regular conduta (Ramos, 2010, p. 105). A *common law* designa uma família de direito, em contraposição à família romano-germânica, *civil law*, à qual se vincula o direito brasileiro (Soares, 1999, p. 31).

Farnsworth (*apud* Soares, 1999, p. 41) elenca as qualidades que sustentam esse sistema: *equality*, possibilidade de que casos futuros semelhantes recebam as mesmas decisões; *predictability*, previsão de que os futuros processos serão julgados conforme os já julgados; *economy*, pois, diante de assuntos já assentados, os novos casos serão julgados com mais rapidez; e *respect*, pois a publicidade das decisões tende a gerar obediência ao que já fora decidido. Na *common law*, portanto, a base do sistema reside na ideia de que o direito se volta para a resolução de questões práticas, postas caso a caso; a doutrina é extremamente frágil, raramente servindo de base para as decisões⁶ (Soares, 1999, p. 53).

A família *civil law*, por outro lado, tem base na compilação e codificação do direito romano, o que paulatinamente estabeleceu soluções racionais e transformou o direito em um sistema de preceitos agrupados (Soares, 1999, p. 27). Esse sistema, porém, apresenta certa rigidez lógica trazida pela legislação vigente, do que resultaram posturas em busca de sua redução. O mecanismo inicialmente utilizado foi a equidade, com o objetivo de temperar o rigor da lei e o formalismo da lógica, já que cabe ao Judiciário a realização dos valores da justiça (*suum cuique tribuere*). Disso decorre a suposta legitimação para o julgador ir além dos limites impostos pelo ordenamento, esquecendo a função típica do poder a que pertence e usurpando funções de outros poderes.

6 Nota-se movimento semelhante no Brasil, visto que alguns julgadores entendem pela plena liberdade do Judiciário, quase ao ponto de afirmarem que o direito é aquilo que eles dizem. Veja-se excerto de decisão do STJ: “[...] 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” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, 2002).

DIETRICH, P. A necessidade de uma teoria da decisão judicial e de seus critérios: responsabilidade política do juiz e limite às intervenções do poder judiciário. **Revista Nexus Interdisciplinar**, Natal/RN, v. 1, n. 3, p. 671-701, jul./set., 2026.

Ocorre que o sistema adotado no Brasil é o da *civil law*, no qual a jurisprudência não é fonte do direito⁷. As decisões judiciais são dotadas de normatividade mínima: pode-se regular situações, contanto que essa regulação seja limitada aos atos normativos previamente editados. Daí que os julgadores não são autorizados a expandir, excluir ou reduzir conteúdos normativos estabelecidos anteriormente pelo órgão legislativo competente (Ramos, 2010, p. 107). Quando o Judiciário ultrapassa esse limite, age de maneira ativista e cria, extingue ou modifica direito, usurpando função alheia. Num ordenamento de origem romano-germânica, o ativismo está ligado à disfunção no exercício do poder jurisdicional, pois rompe os limites democraticamente estabelecidos pelo poder ao qual a Constituição atribuiu a função legislativa (Ramos, 2010, p. 107).

No Brasil, o papel do Supremo Tribunal Federal foi amplamente aumentado com a Constituição de 1988 e, por conseguinte, essa Corte sofreu profunda alteração quantitativa e qualitativa no cenário sociopolítico nacional. Ao resolver os casos, o Supremo tem utilizado técnicas de decisão que, não raro, resultam em ativismos, pois possibilitam ampliar os poderes processuais da própria Corte, alterar e intensificar os efeitos de suas decisões e interferir na capacidade jurídica de outros poderes (Campos, 2013, p. 95). O ativismo está presente em todos os graus de jurisdição, mas adquire mais repercussão quando se apresenta na Corte suprema.

A ingerência do Judiciário não se limita ao âmbito do Legislativo, na medida em que o Executivo vem tendo sua função de executor de políticas públicas usurpada pelos juízes. A teoria substancialista, defendida por Dworkin (1999, p. 305-306), autoriza o Judiciário a obter a concretização dos direitos fundamentais, elevando-o à qualidade de transformador. Essa autorização teórica encontra obstáculo, porém, no princípio democrático, visto que os juízes, ao contrário dos legisladores e governantes, não são dotados de legitimação para representar o povo. Adota-se aqui a teoria procedimentalista,

7 Poder-se-ia sustentar, erroneamente, que, por conta das súmulas vinculantes e das decisões com efeito vinculante e eficácia *erga omnes* do STF, a jurisprudência figuraria entre as fontes do direito no Brasil. Todavia, as súmulas vinculantes são, em última análise, leis editadas pelo Judiciário (autorizadas pela Constituição), e as decisões em controle concentrado têm força vinculante em razão do que a Constituição dispõe. A fonte do direito, em ambas as situações, é a Constituição.

que critica a invasão da política e da sociedade pelos juízes, denominada gigantismo do Poder Judiciário (Habermas *apud* Streck; Moraes, 2000, p. 40).

O SENSO COMUM TEÓRICO EM TERRAE BRASILIS

A dogmática jurídica é preenchida por valores, crenças e justificativas fornecidas por disciplinas específicas, cuja legitimação decorre de entes institucionalizados, tais como parlamento, tribunais e faculdades de direito. Warat (1994, p. 57) denomina isso de sentido comum teórico dos juristas, que traduz o acúmulo de práticas jurídicas institucionais, culminando em um emaranhado de representações funcionais decorrentes de conhecimento moral, teológico, metafísico, estético, político, científico, profissional e familiar, que os operadores do direito acatam diariamente como verdade. Em consequência, esse sentido comum propicia uma espécie de *habitus*, do que resulta um conjunto de práticas ocultadas pela *communis opinio doctorum*, que implicam o conhecimento acrítico e confortável das categorias jurídicas: a atividade jurídica passa a ser rotinizada e trivializada, e o profissional do direito se torna mero receptáculo do capital simbólico, isto é, uma combinação entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e grau acadêmico (Bourdieu *apud* Faria, 1991, p. 91).

Esse sentido comum opera em quatro funções: a normativa, que se limita a atribuir conteúdo aos textos legais; a ideológica, que homogeneiza valores sociais e jurídicos; a retórica, que efetiva a função ideológica ao propiciar um complexo de argumentos e condições de sentido retórico; e a política, que reassegura as relações de poder destinadas aos fins buscados pelo Estado (Warat, 1994, p. 91). Conclui-se que o cotidiano dos operadores do direito não guarda em si a faculdade de conhecer baseada em padrões fáticos, lógicos, éticos, científicos e epistemológicos, pois o sentido comum teórico implica o conhecimento de valores sem, contudo, explicá-lo — do que resulta o conformismo dos operadores do direito e sua dificuldade de superar vícios cotidianos.

Nos itens anteriores expuseram-se os restos dos positivismo exegético e normativista, a teoria da argumentação de Alexy, a jurisprudência dos valores e o ativismo judicial norte-americano, com a finalidade de sintetizar o senso comum teórico presente na maioria das decisões judiciais proferidas no Brasil. Embora não se constate expressa e

diretamente, esse senso comum é permeado por essas teorias, de maneira que as ações dos profissionais jurídicos são norteadas por elas, conscientemente ou não. Entender e detectar esse contexto dominante é trabalho da crítica do direito, que ataca diretamente a base da dogmática jurídica ao negar os pressupostos sobre os quais o processo conformista dos profissionais do direito se inicia e se mantém. Para tanto, é preciso ter em foco que o direito é mais do que palavras: consiste também em comportamentos, símbolos e conhecimentos expressos por meio da linguagem (Streck, 2004, p. 239-241).

AS CRÍTICAS ELABORADAS POR LENIO LUIZ STRECK

QUESTÕES PRELIMINARES

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Streck (2011, p. 486) propõe que qualquer discussão atual sobre o direito brasileiro deve levar em consideração os parâmetros do Estado Democrático de Direito, visto que essa espécie de Estado é responsável pela superação dos autoritarismos e totalitarismos surgidos no século XX.

O Estado Democrático de Direito tem conteúdo muito mais amplo que o dos Estados Liberal e Social de Direito, principalmente porque visa a transformar a realidade — o Estado Social era limitado a uma adaptação contínua das condições sociais de existência (Streck; Moraes, 2012, p. 97). Sua essência ultrapassa a simples busca pela concretização de uma vida digna, de forma que se qualifica como fomentador da participação pública (Streck; Moraes, 2012, p. 98), entendida como o ato de todo cidadão auxiliar a construção e a reconstrução da sociedade na qual está inserido. Opera segundo os princípios da constitucionalidade, da organização democrática da sociedade, do sistema de direitos e garantias fundamentais, da justiça social como corretiva de desigualdade, da igualdade substancial, da separação de poderes, da legalidade como forma de excluir o arbítrio e da segurança jurídica (Streck; Moraes, 2012, p. 98-99).

Enquanto ao modelo liberal basta limitar a ação estatal por meio de lei geral e abstrata, e o Estado Social exige atuação positiva dos governantes, o Estado Democrático tem o escopo da igualdade concreta: seu alvo é a transformação do *status quo* por meio

da participação popular (Streck; Moraes, 2012, p. 100). Assim, a vontade de poder de um ou de alguns não deve substituir a produção democrática do direito, de modo que o caráter subjetivista deve ser rejeitado em favor do princípio democrático. Em uma só frase: “[...] o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade” (Streck, 2011, p. 264).

O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O termo neoconstitucionalismo é usado com frequência por juristas brasileiros, porém conduz a erros relacionados às recepções equivocadas. Ele serviu bem para, inicialmente, afirmar a força normativa da Constituição; mas, no Brasil, vem incentivando os operadores do direito a receberem acriticamente a jurisprudência dos valores, a ponderação alexyana, o ativismo judicial norte-americano e, mesmo que inconscientemente, o normativismo kelseniano (Streck, 2011, p. 35).

Para afastar tais ambiguidades teóricas, Streck (2011, p. 36) formulou o conceito de constitucionalismo contemporâneo. No atual estágio dogmático constitucional brasileiro, a questão democrático-normativa e a integridade da jurisdição estão claramente superadas devido à Constituição de 1988, de modo que o termo neoconstitucionalismo só se presta a gerar contradição e a incentivar as recepções equivocadas. Essa ideia dá margem à conclusão de que houve a superação do constitucionalismo anterior; porém, o que ocorreu foi a continuidade do movimento com novas conquistas (Streck, 2011, p. 37).

Equivocaram-se os autores segundo os quais o neoconstitucionalismo representa a superação do positivismo — autores que, ao fundamento de necessidade de superação da letra da lei, se tornaram valorativistas. Nota-se ainda uma aposta no termo como sendo ele a esperança da realização do direito, que se efetivaria por intermédio dos juízes (Streck, 2011, p. 36); daí surgir o protagonismo judicial. O constitucionalismo contemporâneo significa, ao contrário, uma ruptura com os positivismos, visto que suas características são opostas aos ditames positivistas (Streck, 2011, p. 65).

A HERMENÊUTICA JURÍDICA EM CRISE

A Constituição não é efetivada devido à crise de paradigma que obstaculiza o seu acontecer, de forma que os objetivos da justiça social, da igualdade e da função social da propriedade se tornam meras promessas (Streck, 2004, p. 294). A crise responsável por isso se circunscreve a dois pontos: o esquema sujeito-objeto e a filosofia da consciência, ambos com base na concepção liberal-individualista do direito.

O esquema sujeito-objeto é caracterizado pela crença na existência de um significado primeiro, ao qual se encaixarão os fatos posteriormente. O operador do direito seria um mensageiro de uma mensagem previamente existente, sem que precisasse se deslocar até ela (Streck, 2004, p. 297) — o conhecimento estaria no próprio sujeito. Ocorre que o mensageiro já deve vir com a mensagem e antes disso se deslocar até ela, de modo que não há algo previamente posto e separado da interpretação e da linguagem (Heidegger *apud* Streck, 2004, p. 297). A linguagem é aquilo pelo qual se interpreta o objeto e, posteriormente, se chega ao conhecimento, razão por que deve servir de base para a hermenêutica atual.

Embora se tenha superado o modelo liberal-individualista no Brasil com a Constituição de 1988, os operadores do direito continuam a se utilizar das técnicas de outrora, não mais compatíveis com o que determina o novo centro do ordenamento jurídico (Streck, 2004, p. 294). O operador olha o novo com os olhos do velho e esquece que a Constituição é razão suficiente para abandonar as posturas antigas. Não pode, ainda, sobrepor o sujeito que conhece ao objeto a ser conhecido, culminando na prevalência da vontade de um sobre a dos demais (Streck, 2004, p. 295) — e é exatamente nisso que se baseia a filosofia da consciência, que considera o sujeito o ponto central do conhecimento. Além de antidemocrática, tal corrente não mais se sustenta em face da filosofia da linguagem, que transfere os problemas filosóficos para o âmbito da linguagem, no qual o mundo é descoberto e entendido (Streck, 2010, p. 14).

O rompimento com esse esquema acarretará a perda do poder de dizer o mundo por parte do operador jurídico, que passará a utilizar a linguagem sem atribuir valores e fixar aspectos morais, isto é, não protagonizará mais e será um operador democrático do direito, aplicando adequadamente as normas erigidas pelo povo, sem ditar as suas próprias

(Streck, 2004, p. 295). O problema é que isso assusta alguns operadores do direito, que não querem perder esse poder.

AS CRÍTICAS

OS POSITIVISMOS EXEGÉTICOS E KELSENIANO

O positivismo exegético foi superado há muito tempo, na medida em que não se concebe o juiz como mero reprodutor de textos legais, a exemplo de um computador que opera de forma limitada um sistema rígido. Entretanto, repercutem ainda certos restos, pois os operadores do direito, em um momento, fogem da lei e, em outro, se agarram a ela, sempre com a finalidade de assegurar a observância de sua consciência, como se a lei fosse um líquido que coubesse em qualquer recipiente, conforme a vontade do sedento⁸.

Existe, diante disso, uma mistura teórica entre os positivismos exegético e normativista e os neopositivismos. Os operadores do direito, embora não notem, usam como base de seus raciocínios as três vertentes citadas e, com efeito, produzem insegurança jurídica e, não raro, arbitrariedade mascarada de discricionariedade. Streck (2011, p. 33) não busca criticar a estrutura da TPD; dirige suas críticas ao problema lançado por Kelsen, relacionado à ideia de discricionariedade do intérprete (moldura da norma), que sobrevive no inconsciente dos operadores do direito no Brasil. O próprio Kelsen afirma que o desvio implicado pelos subjetivismos no momento da interpretação não pode ser corrigido.

Para Streck (2011, p. 34), Kelsen não tratou do principal problema do direito, que é a aplicação da norma (interpretação concreta), de modo que sua tese foi profundamente afetada por isso. Tanto em relação ao positivismo exegético quanto ao normativista, não se admite atualmente que o operador do direito seja conduzido por argumentos antidemocráticos e fundados na vontade de superar a literalidade do texto legal (Streck, 2011, p. 35). Logo, os positivismos ou seus aprimoramentos com sufixo “neo” não mais

8 “[...] I) acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: ‘A norma legal propicia ao juiz (...) meios para completar sua convicção e, assim, *decidir com tranquilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz*’; II) acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: ‘Ao Juiz, como destinatário da prova, e só a ele, cabe, *diante de sua consciência*, para proferir decisão, determinar a realização de nova perícia’” (Streck, 2010, p. 27).

subsistem em face do princípio democrático e do atual estágio da ciência jurídica e da filosofia.

Streck (2011, p. 261) constata que as correntes positivistas em geral foram se petrificando, de modo a tornarem-se instituições e conduzem o modo de ser do operador do direito: fazem parte de dispositivos legais e funcionam como meios de resistência ao novo. O autor cita, como exemplo, a Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), cujo art. 4º — em conjunto com o art. 126 do Código de Processo Civil — funciona como fechamento do sistema jurídico brasileiro, ao dispor que o juiz, quando a lei for omissa, decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Esses dispositivos são manifestamente contrários a uma leitura hermenêutica atual do ordenamento e inconstitucionais por violarem o Estado Democrático de Direito (Streck, 2011, p. 262). Daí se observar a necessidade de uma teoria das fontes e das normas, ao lado da já citada necessidade de uma teoria da decisão judicial.

AS RECEPÇÕES EQUIVOCADAS

A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY E A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

Observa-se uma recepção míope desse aparato teórico, na medida em que os operadores do direito no Brasil conjugaram a ponderação alexyana com a jurisprudência dos valores, sobretudo porque se utilizam da ideia de que a Constituição é uma ordem de valores. Essa ideia, que serviu de base para a jurisprudência dos valores, serve, no Brasil, também para a ponderação alexyana, de forma que a racionalização propugnada por esta corrente teórica se tornou inalcançável (Streck, 2011, p. 48). Dito de outro modo, os pressupostos da ponderação alexyana são desconsiderados, pois se retorna às estratégias de fundamentação da jurisprudência dos valores (Streck, 2011, p. 49), segundo a qual a rigidez da norma deve ser reduzida por meio de valorações e moralizações operadas pelo intérprete.

Os constitucionalistas foram seduzidos pela teoria alexyana nos moldes equivocadamente recepcionados no Brasil, de modo que essa complexa teoria foi reduzida a simples operação na qual se colocam dois princípios em uma balança para observar qual deles terá maior peso no caso em julgamento. A teoria alexyana, porém, não autoriza a escolha direta no processo ponderativo; ao contrário, busca conduzir o intérprete à formação de uma regra que, como em Kelsen, será aplicada ao caso por subsunção. O principal problema de seu uso indiscriminado é o respaldo pleno à discricionariedade do julgador, que passa a ter uma porta aberta para decidir conforme sua consciência e fundamentar tal decisão na panaceia alexyana, cujos pressupostos nada têm a ver com o que Alexy propunha na fórmula original (Streck, 2011, p. 50).

Streck (2011, p. 50) sustenta a irracionalidade do método ponderativo na existência de votos discrepantes em um único julgado, a despeito de todos os julgadores terem conduzido os seus discursos com base nas mesmas premissas. Podem ser citados os casos de saúde pública e suplementar, nos quais o julgador corriqueiramente põe de um lado da balança o direito à saúde e do outro o valor necessário ao custeio de medicamento ou procedimento, de modo a, em simples escolha pessoal, fazer prevalecer o direito à saúde em detrimento de qualquer argumento oposto.

O ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO

O ativismo judicial foi recepcionado e vem sendo aplicado no Brasil de um modo *tabula rasa*, ou seja, como se fosse uma folha em branco a ser preenchida. O que se observa nitidamente é a tendência a legitimar posturas ativistas responsáveis por romper o texto normativo, sobretudo constitucional (Streck, 2011, p. 51-54).

Deve-se destacar a distinção elementar entre judicialização e ativismo. Judicializar implica submeter certa matéria à análise do Judiciário (judicialização da política, da saúde etc.); ao passo que ser ativista consiste em sobrepor-se ao Estado Democrático de Direito e violar a separação de poderes, na medida em que essa conduta acarreta a substituição do legislador, que é eleito e representa o interesse do cidadão (Streck, 2013a, p. 1-3). Para Streck (2013b, p. 1-6), a judicialização é contingencial e não representa mal em si mesma; o problema é o ativismo como comportamento, que respalda

e institucionaliza a já criticada discricionariedade judicial, pois o operador do direito ultrapassa os limites democráticos e acaba por criar lei, como se legislador fosse.

Em se tratando do Supremo, a questão é mais complexa, pois, em virtude da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante de algumas de suas decisões, a regra estipulada valerá para toda a administração pública e para os demais poderes e órgãos do judiciário abaixo da Corte. A institucionalização do ativismo preocupa Streck (2013b, p. 5), porque revela a judiciariocracia e a politização das decisões judiciais; a violação da Constituição por parte do Judiciário é, afinal, a pior espécie de ofensa, visto que ele é o seu guardião principal.

Streck (2013b, p. 6) traz o exemplo do art. 212 do Código de Processo Penal, que estabelece a ordem de inquirição nas audiências de instrução e julgamento: o artigo é violado constantemente e tal ofensa é admitida pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, pois estes negam vigência ao dispositivo. Cita também o caso do Município de São Paulo, cujos gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais ativistas em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões além do previsto no orçamento do ano (Streck, 2013b, p. 7) — tem-se, portanto, o Judiciário intervindo em políticas públicas de saúde.

TRÊS CONSEQUÊNCIAS RUINS

O USO INDISCRIMINADO DE PRINCÍPIOS (PANPRINCIPIOLOGISMO)

O senso comum teórico é formado, entre outros fatores, pelas recepções equivocadas e, nesse contexto, apresenta o problema do panprincipiologismo, que consiste na crença segundo a qual os valores foram positivados e se transformaram em princípios capazes de resolver casos difíceis ou corrigir as incertezas da linguagem (Streck, 2011, p. 518). Os princípios se tornaram a panaceia hermenêutica, de modo a criar ambiente favorável para a introdução da moral e da opinião do julgador na resolução dos casos.

Streck (2011, p. 519-534) elenca mais de quarenta supostos princípios usados cotidianamente pelos operadores do direito e demonstra que não passam de *standards*

interpretativos, que têm caráter pragmático inicialmente e, num segundo momento, adquirem foros de universalização. O autor (2011, p. 538) ensina que a proliferação de princípios enfraquece o direito, ofende sua autonomia e desvaloriza a Constituição e o Estado Democrático, uma vez que os supostos princípios são dotados de conteúdo corretivo, no sentido de possibilitar ao operador do direito vencer os limites do texto normativo. Além disso, o fenômeno ressuscita a denominada completude que caracterizava o positivismo novecentista, segundo a qual, em caso de ausência ou de leis inapropriadas, o intérprete deve lançar mão dos princípios gerais ou até criá-los (Streck, 2011, p. 539).

Para a maioria dos autores, os princípios são normas jurídicas e, em consequência, dotados de caráter normativo. No entanto, indaga Streck (2012, p. 1), qual é o sentido normativo do princípio da confiança no juiz da causa? Do princípio da cooperação processual? Da afetividade? Da felicidade? Esses pseudoprincípios não passam de alibis para julgar conforme a consciência do julgador, visto que não há normatividade presente neles.

A ARBITRARIEDADE

Losano (*apud* Streck, 2011, p. 38) ensina que no século XX a razão é substituída pela vontade do julgador, de modo a abandonarem-se as leis da lógica. Streck (2011, p. 38) afirma que, desde a Escola do Direito Livre, passando pela jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart e, posteriormente, por argumentativistas como Alexy, há uma constante: a crença segundo a qual no momento da decisão sempre haverá um espaço livre para ser preenchido pelo julgador, que procederá conforme sua vontade. Nesse contexto, não haveria meios para eliminar o referido espaço livre (discrecionariade judicial), pois a lei jamais preveria plenamente os fatos sociais.

Dá Streck (2011, p. 38) defender que a discrecionariade e a vontade são duas faces do mesmo problema. O autor entende discrecionariade como o poder arbitrário delegado em favor do juiz para preencher os espaços livres da legislação — espaços que decorrem de um processo de qualificação, pois é livre aquilo que o julgador entende como

tal, de modo que o próprio intérprete poderá ampliar a zona na qual atuará livremente (Streck, 2011, p. 39). Streck conclui que, no plano da linguagem, discricionariedade e arbitrariedade são sinônimos e nada têm a ver com a separação simplista operada pelo direito administrativo, entre atos vinculados e discricionários. Em verdade, discute-se o grau de liberdade conferido ao operador do direito em um Estado Democrático.

Hart (*apud* Streck, 2011, p. 40), ao enfrentar o problema da aplicação da regra jurídica, apresentou a tese de que no direito existe uma textura aberta, e com isso fez aparecer uma gritante diferença entre a discricionariedade administrativa e a judicial. O administrador está livre para eleger meios necessários à consecução dos fins estabelecidos em lei, sempre observando o princípio da legalidade; já a discricionariedade judicial enseja a criação de nova regulação para o caso em análise, que não encontrava precedente ou respaldo legal até então. Em consequência, o que se chama atualmente de discricionariedade judicial nada mais é do que uma desculpa para implicitamente legitimar a arbitrariedade, agora perpetrada pelo Poder Judiciário (Streck, 2011, p. 42).

O juiz não é um mero reproduzidor de textos legais, tampouco um computador por intermédio do qual operam programas previamente formatados; no entanto, não se admite como adequado o *status quo* em que ele decide livremente quando entende estar diante de uma lacuna legal ou de um caso supostamente difícil. A arbitrariedade, mascarada de discricionariedade, toma conta das Cortes, sobretudo das superiores. Vejam-se como exemplos os crescentes requisitos de admissibilidade do recurso especial: há divergência entre tribunais? A matéria foi prequestionada? O acórdão recorrido está conforme a jurisprudência dominante da Corte? São perguntas respondidas conforme a consciência de quem as analisa. Não raro, dois recursos com as mesmas questões de mérito e interpostos nos mesmos moldes têm desfechos diferentes, a depender de quem foi designado para julgar.

O DESCUMPRIMENTO DA LEI

Uma lei editada nos ditames de uma democracia só pode ser afastada em hipóteses rígidas e excepcionais: a) a lei for inconstitucional; b) aplicar-se interpretação conforme a Constituição; c) declarar-se nulidade parcial sem redução de texto; d) declarar-se

nulidade parcial com redução de texto; e) em caso de resolução de antinomias; e f) em se tratando de confronto entre regra e princípio, levando-se em conta as ressalvas quanto ao panprincipiologismo. Fora dessas hipóteses, o abandono da lei culminará em ativismo, protagonismo judicial e arbitrariedade (Streck, 2013d, p. 1).

Os julgadores, em sua maioria, pretendem retificar as imperfeições do processo legislativo, visto que vigora atualmente a fama (equivocada) de que a elaboração legislativa não é dotada de técnica e segue apenas os ditames da política. Nesse cenário, o juiz abdica de sua função de resgatar a historicidade dos fatos e julgar de forma imparcial, sobretudo porque expede juízos morais sobre o certo e o errado, o justo e o injusto, e toma partido⁹.

Streck (2013d, p. 2) afirma que não raro cumprir estritamente a lei é um avanço, tendo em vista que por anos se lutou no sentido de sua promulgação, e adverte que o texto legal deve ser levado a sério, sobretudo no Estado Democrático. Não há sentido em que a legislação construída democraticamente seja — no dia seguinte a sua promulgação — descumprida com base em decisões que simplesmente não a querem seguir (Streck, 2013d, p. 4); em regra, o fundamento implícito encontra eco no protagonismo, na arbitrariedade, no panprincipiologismo e na pseudoponderação.

A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL E DE SEUS CRITÉRIOS

A RESERVA DE CONSISTÊNCIA COMO MEIO DE MEDIR A RESPONSABILIDADE POLÍTICA DO JUIZ

O juiz está vinculado ao que o precede, bem como aos ditames da sociedade em que está inserido. A esse cenário Dworkin (*apud* Passari, 2010, p. 103) dá o nome metafórico de romance em cadeia, em que cada julgador escreverá um novo capítulo (decidirá) e que, embora diferentes, constituirão a mesma história, do que deve resultar a

9 “Um dos dispositivos que simboliza isso é o artigo 212 do Código de Processo Penal. Ali claramente está escrito que o juiz só pode fazer perguntas complementares quando da oitiva das testemunhas. Ali está inscrito o sistema acusatório. Juiz não faz prova. As partes é que fazem. [...] O resultado, entretanto, é que o Judiciário, em sua maior parte, respaldado por equivocadas leituras do STJ e do próprio STF, rasgou o texto legal” (Streck, 2013d, p. 1).

coerência e a integridade do sistema jurídico. Surge, assim, a responsabilidade política do juiz, que é justamente a obrigação de ser coerente e íntegro com esse romance em cadeia. É aceitável que o juiz decida de maneira diversa da anterior, ou seja, rompa com a linha de decisões, porém deve justificar mediante argumentos a diferença do caso em questão em relação aos anteriores, isto é, sempre deve ter em vista o sentido geral do romance (Passari, 2010, p. 103).

Paralelamente, elenca-se a reserva de consistência como meio para medir e ampliar essa responsabilidade: além de ser coerente e íntegro com o sistema jurídico, o juiz deve ser consistente ao escrever um novo capítulo. A reserva de consistência é uma exigência destinada ao juiz, com a finalidade de lhe impor a necessidade de fundamentar suas decisões de modo convincente, levando em conta argumentos em geral (e não só jurídicos), além de provas concretas e auxílio de outras ciências, do que resultaria a ampliação da instrução probatória e o afastamento de decisões arbitrárias (Rocha, 2011, p. 165).

Américo Bedê Freire Júnior (*apud* Rocha, 2011, p. 165) ensina que a reserva de consistência se confunde com a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, de forma a afirmar que uma decisão fundamentada em termos jurídicos será sempre consistente. Todavia, o referido autor está equivocado: razões meramente jurídicas — apesar de atenderem às exigências do ordenamento quanto à fundamentação — não são suficientes para resolver certos casos, cuja abordagem exige o auxílio de ciências não jurídicas.

Tomando-se o exemplo das decisões que cuidam do direito fundamental à saúde, tem-se que, obrigatoriamente, devem valer-se de elementos fornecidos pela ciência médica (laudos, informações técnicas prestadas por especialistas etc.), e o próprio julgador deve buscar tais informações e julgar levando-as em conta (Rocha, 2011, p. 166). Há casos, é certo, nos quais se dispensam maiores informações estranhas ao mundo jurídico; porém, configuram exceção e devem ser justificáveis à luz de suas circunstâncias fático-jurídicas (Rocha, 2011, p. 166).

Infere-se, assim, a relação estreita entre a responsabilidade política do juiz e a reserva de consistência, ambas a reforçarem os deveres de transparência, fundamentação,

clareza e democraticidade no momento de proferir a decisão. A responsabilidade política é, com maior precisão, medida mediante a reserva de consistência, que faz constar na decisão dados e informações estranhos à ciência jurídica (mas que a reforçam significativamente), do que resulta fundamentação robusta e, em consequência, maior facilidade de medir como será escrito o novo capítulo do romance em cadeia.

A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL PARA LIMITAR AS INTERVENÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Já se advertiu sobre as recepções equivocadas e suas consequências ruins, bem como se evidenciou o senso comum teórico prejudicial ao Estado Democrático de Direito. É preciso ainda tratar, em linhas gerais, de outros argumentos que corroboram a necessidade de uma teoria da decisão judicial.

A decisão judicial é o produto de juízes e tribunais, que contém um dispositivo no sentido de declarar, condenar ou constituir, e que pode seguir os mais variados raciocínios, conforme os paradigmas de decisão eleitos e as influências externas¹⁰. Nesse cenário, surgem os problemas apontados por Lorenzetti (2010, p. 44-68): o *big bang* legislativo, o direito *ad hoc* e a feudalização do direito.

O crescimento exorbitante de leis esparsas e a resolução de questões jurídicas com base nelas recebeu o nome de *big bang* legislativo: o Código perdeu sua centralidade, visto que a explosão legislativa produziu um fracionamento da ordem, e a igualdade legislativa, a coerência e a integridade do sistema legal se tornaram um sonho distante (Lorenzetti, 2010, p. 44).

O direito *ad hoc*, por sua vez, consiste na produção autônoma de regras, cujo interesse é fugir do direito posto e criar — intuito hoje implícito na ponderação alexyana, na busca pelo ideal da justiça ou da verdade real (Lorenzetti, 2010, p. 52). Diante disso, a imperatividade, qualidade básica da lei, vem se tornando fraca e esquecida, do que

10 “O sistema atual abre um amplo campo para o intérprete, que deve ‘reconstruir’ o direito do caso mediante um processo de seleção de leis, costumes, normas administrativas, normas constitucionais, princípios e valores. O problema é como deve fazê-lo, o que nos leva ao estudo da decisão judicial e da argumentação jurídica” (Lorenzetti, 2010, p. 35).

resulta a lei como mero conselho e o direito feudalizado, uma vez que os feudos se afastam do Estado nacional e se regem conforme suas próprias regras (Lorenzetti, 2010, p. 54). Esses são, em linhas gerais, os problemas que formam o *status quo* do cotidiano forense brasileiro, e a teoria da decisão judicial adequada à Constituição visa a eliminá-los ou, ao menos, reduzi-los.

Os paradigmas são conceituados como modelos de decisão anteriores às regras e condicionantes das decisões judiciais (Lorenzetti, 2010, p. 227). Sua eleição não é o objeto deste trabalho; pretende-se aqui apenas expor o assunto e demonstrar a necessidade de debatê-lo, com o intuito de, futuramente, construir-se ou eleger-se uma teoria da decisão judicial adequada à Constituição. Quanto aos critérios, tenha-se em mira que são requisitos obrigatórios que o julgador deverá seguir durante o caminho que conduz à decisão, obedecendo a regras objetivas e inafastáveis aplicáveis a todos os casos, do que resultaria, em tese, o afastamento da discricionariedade/arbitrariedade, do descumprimento de lei e do panprincipiologismo.

Também não se busca defini-los aqui; visa-se apenas a fomentar o interesse em construí-los ou elegê-los, visto que critérios objetivos e previamente estabelecidos romperão com o atual *status quo*, cuja negatividade reside em possibilitar decisões arbitrárias e pautadas na consciência de quem julga.

No seio do Estado Democrático, os critérios serão definidos com base na participação ou representação do cidadão e estarão previstos em normas jurídicas. A teoria da decisão judicial que os leve em conta servirá de base para o julgador percorrer — e não estabelecer — o caminho do discurso jurídico, sob pena de violar a democracia e a legalidade.

O juiz que decide conforme seu entendimento moral ou com base em falsos princípios jurídicos descuida dos pressupostos básicos da democracia, do sistema *civil law* em que está inserido e do atual estágio da dogmática jurídica; mais: cria o caminho que ele mesmo percorrerá, de modo a se tornar, em realidade, um legislador. Paradigmas e critérios em conjunto — o primeiro estabelece o caminho e o segundo os critérios utilizados no percurso — propiciarão ao julgador um campo adequado à Constituição.

Quanto às intervenções do Poder Judiciário, elas são necessárias, porém sua forma e seu limite merecem amplo reparo, pois vêm evidenciando o protagonismo judicial — algo condenável numa democracia. A intervenção consiste no ato pelo qual se extingue, constitui ou modifica relações jurídicas públicas ou privadas, de modo que não há reparo a ser feito na necessidade natural de intervir, visto que a sociedade busca tais ações por parte do Estado. É possível concluir, portanto, que uma teoria da decisão judicial se faz indispensável para que a Constituição seja devidamente respeitada e as intervenções do Poder Judiciário limitadas aos ditames constitucionais. Não se esqueçam os mencionados critérios de decisão, pois servem de instrumento para medir o modo pelo qual o julgador decidiu, ou seja, se sua decisão se adequou à Constituição.

A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL PARA ESTABELECEER PARÂMETROS NA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Chamou-se a atenção, no início deste trabalho, para o fato de os juízes decidirem cada vez mais com base em precedentes. Pretendeu-se fomentar a dúvida quanto aos critérios utilizados no momento dessa decisão abstrata, pois o julgador não se debruça sobre as minúcias do caso concreto, que, no entendimento dele, não apresenta relevância para a resolução da questão controvertida. Como se disse, está-se caminhando para a análise comparada de casos, e o ponto central figura na inexistência de critérios democráticos para essa comparação.

Uma das repercussões da abstração nas decisões judiciais é a transformação do juiz em um “Carlos pós-moderno”¹¹, cuja única função é produzir. A mera menção a precedentes no momento da decisão não lhe confere legitimidade e consistência; ao contrário, transforma-a em mera repetição de textos, separada das peculiaridades do caso concreto sobre o qual é proferida.

Por outro lado, tem-se como necessária a pacificação da jurisprudência em favor da segurança jurídica — o que não significa repetição de textos sem o menor grau de parametrização. Torna-se, em consequência, indispensável a fixação de critérios

11 No filme *Tempos Modernos*, Charlie Chaplin interpretou Carlos, operário de uma fábrica.

DIETRICH, P. A necessidade de uma teoria da decisão judicial e de seus critérios: responsabilidade política do juiz e limite às intervenções do poder judiciário. **Revista Nexus Interdisciplinar**, Natal/RN, v. 1, n. 3, p. 671-701, jul./set., 2026.

comparativos para fins de aplicação de precedentes, pois só assim se obterão meios de medir a legitimidade das decisões judiciais¹². Ao lado disso, deve-se ter presente a reserva de consistência enquanto meio de medir a responsabilidade política do julgador.

Para os fins deste trabalho, precedentes são decisões judiciais anteriores que, por força de seus argumentos, são levadas em conta futuramente em casos semelhantes. O ponto é saber o que é semelhante e como essa decisão anterior será aplicada ao caso presente, sem que haja prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. Os parâmetros propugnados para essa aplicação não são, propriamente, objeto deste trabalho; busca-se aqui evidenciar a necessidade de sua criação, a fim de evitar os arbítrios apontados acima e a negação indireta de justiça.

Não se advoga aqui uma transformação do direito brasileiro em *common law*. Busca-se a integridade e a coerência necessárias à segurança jurídica mediante a aplicação criteriosa de precedentes, que são instrumentos de celeridade e devem ser amplamente utilizados, desde que haja critérios objetivos e claros que regulamentem sua aplicação. Com isso, evitam-se as consequências negativas de sua implementação, tais como análise superficial das nuances do caso concreto, aplicação de precedente desconexo do caso *sub judice*, violação à ampla defesa e ao contraditório e desconsideração prévia de argumentos da parte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema formulado neste trabalho consiste em saber se há necessidade de uma teoria da decisão judicial e de critérios, ao lado da reserva de consistência, para medir a responsabilidade política do juiz e limitar as intervenções do Poder Judiciário.

Para responder a essa pergunta, discorreu-se inicialmente sobre o positivismo exegético e sobre a teoria pura do direito de Hans Kelsen, com o objetivo de apresentar os problemas de decisão decorrentes da repercussão dessas teorias no âmbito jurídico

12 Embora não seja diretamente o objeto deste trabalho, vale apontar o problema do descuido representado pela transcrição, quase integral, de decisões anteriores em casos novos. É fato que a jurisprudência serve como pacificadora no âmbito jurídico, porém isso não dá lugar a análises superficiais de demandas. O magistrado tem responsabilidade política no sentido de convencer o jurisdicionado do acerto das decisões proferidas, mesmo diante de questão pacífica do ponto de vista jurisprudencial.

brasileiro, na medida em que o consenso dominante no Brasil busca, mesmo que inconscientemente, seu fundamento nelas — teorias que, como se demonstrou, atualmente não são mais admissíveis, sobretudo diante do Estado Democrático de Direito e do atual estado da ciência jurídica.

Tratou-se, em seguida, das recepções equivocadas no direito brasileiro — a teoria da argumentação de Robert Alexy, a jurisprudência dos valores e o ativismo judicial norte-americano —, a fim de expor o consenso em *terrae brasilis* no que se refere às decisões judiciais.

Demonstrado o consenso, cuidou-se das questões preliminares às críticas, quer dizer, do Estado Democrático de Direito, do constitucionalismo contemporâneo e da atual hermenêutica em crise. Expuseram-se, então, as críticas elaboradas por Lenio Luiz Streck — entre elas o panprincipiologismo, a arbitrariedade e o descumprimento da lei —, de modo que se comprovou a necessidade de uma teoria da decisão judicial e de critérios, ao lado da reserva de consistência, para superar o consenso estabelecido, limitar as intervenções do Poder Judiciário e estabelecer parâmetros democráticos para aplicar os precedentes.

Conclui-se que o objetivo geral foi alcançado: a necessidade de uma teoria da decisão judicial e de critérios, ao lado da reserva de consistência, para medir a responsabilidade política do juiz e limitar as intervenções do Poder Judiciário foi devidamente apresentada. Em outros termos, apontaram-se críticas construtivas ao consenso vigente e, em consequência, fomentou-se a mudança de postura por parte dos julgadores. Por fim, deve-se esclarecer que este trabalho não pretendeu criar ou eleger uma teoria da decisão judicial, pois se trata de matéria própria de dissertação de Mestrado e tese de Doutorado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DIETRICH, P. A necessidade de uma teoria da decisão judicial e de seus critérios: responsabilidade política do juiz e limite às intervenções do poder judiciário. **Revista Nexus Interdisciplinar**, Natal/RN, v. 1, n. 3, p. 671-701, jul./set., 2026.



BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgReg em EREsp n. 279.889/AL**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 14 ago. 2002. T1 – Primeira Turma.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A evolução do ativismo na suprema corte norte-americana. **Instituto de Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 2, n. 6, p. 4693-4741, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem e Claudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PASSARI, Alessandro Antonio. **Democracia e tutela jurisdicional sob a ótica hermenêutica de Ronald Dworkin**. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, jan./jun. 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Brasília: Os Constitucionalistas, 2013a.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Consultor Jurídico, jun. 2013b.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum. **O panprincipiologismo e o sorriso do lagarto.** Consultor Jurídico, mar. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum. **O Supremo não é o guardião moral da nação.** Consultor Jurídico, set. 2013c.

STRECK, Lenio Luiz. Senso incomum. **Por que tanto se descumpre a lei e ninguém faz nada?** Consultor Jurídico, nov. 2013d.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito I.** Porto Alegre: Fabris, 1994.

Submissão: maio de 2026. Aceite: junho de 2026. Publicação: agosto de 2026.