



FACULDADE DE ILHÉUS



CESUPI

**COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE TCC
ARTIGO CIENTÍFICO**

**A INFLUÊNCIA DA ESCOLA DA LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO E DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NAS DECISÕES JUDICIAIS
BRASILEIRAS**

**Ilhéus, Bahia
2022**



FACULDADE DE ILHÉUS



**COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE TCC
ARTIGO CIENTÍFICO**

GABRIEL DE SOUZA MELHOR PEREIRA

**A INFLUÊNCIA DA ESCOLA DA LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO E DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NAS DECISÕES JUDICIAIS
BRASILEIRAS**

Artigo científico entregue para acompanhamento como parte integrante das atividades de TCC II do Curso de Direito da Faculdade de Ilhéus.

**Ilhéus, Bahia
2022**

**A INFLUÊNCIA DA ESCOLA DA LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO E DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NAS DECISÕES JUDICIAIS
BRASILEIRAS**

GABRIEL DE SOUZA MELHOR PEREIRA

Aprovado em: __ / __ / ____

BANCA EXAMINADORA

Profº. Ícaro de Souza Duarte.
Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
(Orientador)

Prof.
Faculdade de Ilhéus - CESUPI
(Avaliador I)

Prof.
Faculdade de Ilhéus - CESUPI
(Avaliador II)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 REVISÃO DE LITERATURA	06
2.1 DA ESCOLA DA LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO	06
2.2 DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO PARA ELABORAÇÃO DA SENTENÇA	11
2.3 DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	13
2.4 DA INFLUÊNCIA DA ESCOLA DA LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO E DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NAS CONTEMPORÂNEAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS	15
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS	20
REFERÊNCIAS	22

A INFLUÊNCIA DA ESCOLA DA LIVRE CRIAÇÃO DO DIREITO E DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

THE INFLUENCE OF THE SCHOOL OF FREE CREATION OF LAW AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS IN BRAZILIAN JUDICIAL DECISIONS

Gabriel de Souza Melhor Pereira¹, Ícaro de Souza Duarte²

1. Discente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia. E-mail: gabriel.melhor@outlook.com
2. Docente do curso de Direito da Faculdade de Ilhéus, Centro de Ensino Superior, Ilhéus, Bahia. E-mail: icaro_duarte@hotmail.com

RESUMO

Para a Escola da Livre Criação do Direito, o único modo de solucionar o problema do direito legislado, lacunoso por essência, seria por meio da liberdade do magistrado para resolver os conflitos ao proferir a sentença. A Hermenêutica Constitucional estuda e sistematiza os processos buscando aflorar o espírito das leis, ao nortear não somente o labor exegético, mas também os mecanismos de colmatação de lacunas normativas e os critérios idôneos. O objetivo da pesquisa foi analisar como essa escola do pensamento jurídico e a Hermenêutica Constitucional têm influído sobre as decisões judiciais no Brasil. O estudo trata-se de uma revisão de literatura, desenvolvido a partir do método dedutivo de abordagem combinado com o procedimento bibliográfico de pesquisa. Reconheceu-se que as ideias da referida escola influem sobre as decisões judiciais a partir do estímulo à formação da convicção subjetiva com liberdade por parte do magistrado, o qual pode mascará-la por meio da argumentação jurídica justificadora da sua decisão. Notou-se que, por meio do desenvolvimento da tarefa hermenêutico-jurisdicional, as decisões do STF concretizam as normas constitucionais, ressaltando-se a importância da aplicação conjunta dos princípios e métodos da hermenêutica contemporânea e da abordagem clássica aliada com a técnica de ponderação de valores, a fim de solucionar casos em que preceitos constitucionais são violados. Concluiu-se que as ideias da Escola da Livre Criação do Direito têm possibilitado que decisões *contra legem* sejam proferidas na prática judiciária e que a adoção dos princípios e métodos da Hermenêutica Constitucional pelo Pretório Excelso nos casos envolvendo controle de constitucionalidade ou antinomias jurídicas têm promovido a efetividade da justiça.

Palavras-chave: Escola da Livre Criação do Direito. Hermenêutica Constitucional. Decisões judiciais.

ABSTRACT

For the School of Free Creation of Law, the only way to solve the problem of legislated law, which is essentially flawed, would be through the magistrate's freedom to resolve conflicts when delivering the sentence. Constitutional Hermeneutics seeks to study and systematize the processes seeking to bring out the spirit of the laws, by guiding not only the exegetical work, but also the mechanisms for filling normative gaps and the suitable criteria. The objective of the research was to analyze how the School of Free Creation of Law and Constitutional Hermeneutics have influenced judicial decisions in the national territory. The study is a literature review, developed from the deductive method of approach combined with the bibliographic research procedure. It was recognized that the ideas of this school influence judicial decisions by stimulating the formation of subjective conviction with freedom on the part of the magistrate, who can mask it through legal arguments justifying his decision. It was noted that, through the development of the hermeneutic-jurisdictional task, the decisions of the STF concretize the constitutional norms, emphasizing the importance of the joint application of the principles and methods of contemporary hermeneutics and the classical approach allied with the technique of weighting of values, in order to resolve cases in which constitutional precepts are violated. It was concluded that the ideas of the School of Free Creation of Law have made it possible for decisions against *legem* to be rendered in judicial practice and that the adoption of the principles and methods of Constitutional Hermeneutics by the Federal Supreme Court in cases involving control of constitutionality or legal antinomies has promoted the effectiveness of justice.

Keywords: School of the Free Creation of Law. Constitutional Hermeneutics. Court decisions.

1 INTRODUÇÃO

A Escola do Direito Livre, datada do começo do século XX, foi construída por Hermann Kantorowicz ao desenvolver uma doutrina que defendia a plena liberdade do magistrado no tocante a decisão dos litígios, o qual, poderia, inclusive, agir em dissonância com a previsão legal. Assim, compreende-se que o juiz, além de deter o poder decisório, acabava exercendo a função de legislador positivo com base na sua convicção do que considerava ser justo.

Ao seguir essa linha de raciocínio, ressalta-se que um dos pontos mais relevantes para a referida escola gira em torno da ideia de que o único modo de solucionar o problema do direito legislado, lacunoso por essência, seria por meio da liberdade do magistrado para resolver os conflitos ao proferir a sentença.

Já a Hermenêutica Constitucional pode ser compreendida como a ciência, cujo propósito é estudar e sistematizar os processos buscando aflorar o espírito das leis, “mens legis”, ao nortear não somente o labor exegético, mas também os mecanismos de colmatação de lacunas normativas e os critérios idôneos, por meio dos quais as antinomias jurídicas são dirimidas.

A interpretação do direito fixa e revela o verdadeiro sentido e alcance das normas jurídicas em consonância com as novas circunstâncias fáticas dentro do campo social. Assim, a atividade exegética busca assegurar um dos valores magistras do direito: espargir justiça.

Partindo do reconhecimento que as ideias das escolas do pensamento jurídico transcendem no tempo e espaço e da importância da interpretação conforme a Constituição na atualidade, esta pesquisa limita-se ao estudo da base teórica construída pela Escola do Livre Direito e dos métodos da hermenêutica constitucional ao analisar as suas influências no direito brasileiro.

Com base nas ideias apresentadas, questiona-se: na atualidade, de que forma as ideias da Escola da Livre Criação do Direito e a hermenêutica constitucional têm influenciado as decisões judiciais no Brasil?

O objetivo geral do presente Trabalho de Conclusão de Curso foi analisar como a Escola da Livre Criação do Direito e a Hermenêutica Constitucional têm influenciado sobre as decisões judiciais em território nacional. Especificamente se buscou explicar a base teórica construída pela Escola da Livre Criação do Direito; discorrer sobre o livre convencimento motivado do juiz no decorrer da elaboração da

sentença; abordar os métodos da Hermenêutica Constitucional na aplicação do direito no Brasil; discutir a influência da Escola da Livre Criação do Direito e da hermenêutica constitucional nas contemporâneas decisões judiciais brasileiras.

A seguinte hipótese foi trabalhada: Enquanto as ideias da Escola da Livre Criação do Direito têm possibilitado que decisões judiciais *contra legem* sejam proferidas na prática judiciária, a adoção dos métodos da Hermenêutica Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo controle de constitucionalidade ou antinomias jurídicas têm promovido a efetividade da justiça.

O estudo trata-se de uma revisão de literatura, desenvolvido a partir do método dedutivo de abordagem combinado com o procedimento bibliográfico de pesquisa, cujas fontes, utilizadas como pressupostos teóricos, consistiram em leis, livros, jurisprudências e em estudos científicos, publicados entre os anos de 2010 e 2022 e escolhidos em banco de dados como Public Medline (PubMed), Google Acadêmico e Scientific Library Online (SciELO), nos quais se buscou os seguintes descritores: a) Escola da Livre Criação do Direito; b) Hermenêutica Constitucional; c) Decisões judiciais. O estudo ocorrerá em três etapas, cujas diretrizes são apresentadas por Lakatos e Marconi (2010) ao envolver, portanto: a) pré-análise; b) exploração do material; c) tratamento e interpretação dos dados coletados com o propósito de responder o problema formulado, alcançar os objetivos propostos e ampliar o conhecimento científico sobre o tema em estudo.

Discutir como as ideias da Escola da Livre Criação do Direito têm influenciado sobre as decisões judiciais brasileiras, dando ensejo a prolação de decisões *contra legem*, junto a análise da hermenêutica constitucional é bastante relevante, posto que, em pleno século XXI, observa-se ainda que argumentos jurídicos falaciosos, fundamentados em princípios inventados por vários juízes para motivar as sentenças, são utilizados de modo que, em alguns casos, ditames constitucionais e leis infraconstitucionais acabam sendo violadas ao comprometer a teleologia deontológica do direito: a efetividade da justiça. Nesse contexto, reconhece-se a importância da análise constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal ao dirimir, em especial, antinomias jurídicas por meio da ponderação de valores e dos métodos da referida hermenêutica.

Sabe-se que, na atualidade, muitos magistrados acabam decidindo como bem querem, cada qual buscando preservar a sua própria ideia de justo. Ademais, por meio do presente projeto, busca-se contribuir com a mudança desse cenário a

partir da difusão de dados relacionados ao tema eleito e da formação e expansão de uma consciência jurídica fulcrada na supremacia da Constituição e na imparcialidade do juiz.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Da Escola da Livre Criação do Direito

A Escola do Direito Livre, oriunda da Alemanha, é integrante do conhecido Sistema Moderno de Investigação, cujas ideias principais são tratadas na obra intitulada "A luta pela ciência do direito" de autoria de Hermann Kantorowicz. A criação e evolução da referida escola ocorreu em três fases. Segundo Araújo (2017, p. 3)

[...] a primeira ocorreu entre 1840 e 1900 e teve destaque devido as críticas apoiadas por diversos juristas à tese da *plenitude hermética da ordem jurídica*; e a defesa da diminuição da dependência da atividade do juiz em relação a lei. A segunda, há destaque para Eugen Ehrlich, jurista austríaco que intercede pela liberdade do juiz em caso de carência de norma escrita ou costumeira, em sua obra "Livre Determinação do Direito e Ciência Jurídica Livre", 1903. A terceira é considerada a fase clímax da Corrente do Direito Livre, iniciada por Hermann Kantorowicz, [responsável pela realização de] uma comparação do Direito Livre com um "direito natural rejuvenescido, destacando que para o magistrado, deve importar a realização do que é justo, sendo essa justiça baseada ou não na lei.

Para a referida escola, as normas jurídicas provindas dos grupos sociais de modo espontâneo são o mais importante para o direito. Segundo Silva (2016, p. 33):

O direito livre não é o direito estatal, contido nas leis, mas aquele que está constituído pelas convicções predominantes que regulam o comportamento, em um certo lugar e tempo, sobre aquilo que é justo. Para ele é inaceitável a construção do direito por meio de conceitos abstratos, porque não se funda em realidades concretas, sendo incompatível com a simples necessidade da existência. Logo, condena a elaboração do direito positivo por meio de uma jurisprudência de conceitos. O juiz deve ouvir o sentimento da comunidade, não podendo decidir, exclusivamente, no direito estatal ou com base em lei.

De acordo com Dellagnezze (2019) para Kantorowicz, as técnicas jurídicas giram em torno da vontade do juiz ou do intérprete da lei, sendo que a sentença é uma lei especial. Dessa forma, distingue-se da livre investigação científica desenvolvida por François Géný, haja vista se afastar legalismo apresentado por sua escola. Assim, o juiz procura alcançar justiça, sendo o seu maior propósito perante a sociedade, mesmo que para isso determinada lei seja ignorada, devendo, portanto, analisar o caso concreto baseando-se no seu senso subjetivo de justiça para proferir uma decisão e tendo em mente que o direito

positivado não pode prevalecer sobre o direito da sociedade (DELLAGNEZZE, 2019).

Silva (2016, p. 37) explica que a interpretação jurídica, com base nas ideias de Kantorowicz, deve atentar para as seguintes diretrizes:

a) Se o texto da lei é homogêneo e não fere os sentimentos do povo, deve aplicá-lo; b) Se o texto legal conduz a uma decisão injusta o juiz deve ignorar e sentenciar segundo sua convicção e pensando como o legislador ditaria se tivesse pensado no caso; c) Se o magistrado não conseguir formar uma convicção sobre como o legislador resolveria o caso, deve então aplicar o direito livre de acordo com o sentimento da coletividade; d) E por último, caso não consiga encontrar este sentimento, deverá decidir de forma discricionária.

Compreende-se que a Escola do Direito Livre permite o julgamento em face da lei desde que o juiz entenda que, ao vislumbrar o caso concreto, o legislador iria agir do mesmo modo. Além disso, ressalta-se, conforme visto, que a referida Escola considera que o Direito é lacunoso a partir do seu nascimento, estando o magistrado apto para colmatar esse problema por meio da liberdade em suas decisões (ENGISCH, 2011).

Outro ponto que merece destaque nessa Escola é a relevância do fato social, haja vista acreditar que a verdade jurídica se encontra na seara social e não nas codificações. Assim, entende-se que não deve ocorrer o vínculo da compreensão jurisdicional ao Estado, mas aquele deve ser legitimado pela sociedade (MACHADO, 2018).

Cabe ainda fazer menção à admissão do julgamento em face da lei, caso o magistrado entenda que o legislador agiria de modo distinto frente a um caso concreto não previsto. De essência alemã, a escola da livre criação do direito livre não se confunde com a escola francesa da livre investigação científica, haja vista possuir um consistente caráter de cunho sociológico e subjetivista.

Os causídicos da ideia do direito livre sustentam que todas as decisões judiciais decorrem, essencialmente, de uma atividade pessoal, sendo falaciosa a crença que tais decisões fundam-se na aplicabilidade lógica do direito ao caso *sub judice*. Em contrapartida, o sociólogo Eugen Ehrlich buscou tornar a aplicação da lei pelo juiz mais objetiva alegando que o magistrado não deve abdicar de certos axiomas individuais ao aplicar a norma, devendo, preliminarmente, satisfazer a necessidades ou interesses sociais importantes ao considerar os fatos sociais

originadores e condicionantes da violação legal, bem como os valores orientadores da moral e dos costumes (SILVA, 2016).

Em síntese, observa-se que foi criado um modo de interpretação voluntarista, no qual o direito corresponde a vontade do juiz, o qual, porém, deve sempre buscar o alcance da justiça diante dos casos concretos e não somente aplicar a lei seca fora de determinados contextos sociais, devendo-se, portanto, formar sua convicção subjetiva com liberdade.

2.2 Do livre convencimento motivado do juiz para elaboração da sentença

O julgador, diante dos fatos e provas apresentados e colacionados ao processo, com fulcro no seu livre convencimento motivado, tem a difícil tarefa final de estabelecer a sanção. No entanto, este exercício precisa ser norteado por um parâmetro que tenha respaldo legal, a fim de dar a cada um a quantidade correta da reprimenda a ser imposta pelo Estado ao agente que infringiu a lei (PRIANTE, 2012).

Sabe-se que a principal limitação do sistema do livre convencimento motivado, reside nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade em que se funda a motivação, adotados pelo juiz na formação do seu convencimento. Entretanto, é mediante a prova que o juiz compreende melhor os fatos suscitados, pois através desta o magistrado tem condições de desenvolver seu convencimento e a fundamentação da decisão que, posteriormente, sustenta a solução da lide na qual as partes estão envolvidas, não devendo ser, portanto, contaminado por influências externas, a exemplo da mídia sensacionalista, e nem pela formação da sua convicção subjetiva com liberdade, ideia defendida pela Escola do Livre Direito, uma vez que a busca verdade real e a imparcialidade devem ser resguardadas.

No sistema do livre convencimento motivado, segundo Didier Júnior (2019, p. 60):

O juiz não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas; a convicção está na consciência formada pelas provas. As limitações ao livre convencimento motivado residem no condicionamento situado inicialmente nos fatos nos quais se funda a relação jurídica, posteriormente às provas destes fatos colhidas no processo e por fim às regras legais de prova e às máximas da experiência.

O sistema de prova legal se opõe à prova livre, tendo-se em mira as normas jurídicas que limitam o poder do juiz de formar livremente a sua convicção, como as que estabelecem presunções legais ou que exigem determinada forma para que repute existente ou prova do ato. A sentença não constitui prova legal, ela não define propriamente os fatos, mas as relações jurídicas. A linha de separação entre a prova legal e a coisa julgada é a mesma que separa o juízo de fato do juízo de direito. Por fim, a constitucionalidade dos resquícios de prova legal que permanecem no ordenamento pátrio é discutível, em face do princípio constitucional da livre admissibilidade das provas consagrado no art. 5º, LVI da Constituição Federal.

Segundo Fernandes (2020, p.7):

Se internamente o juiz deve pautar sua conduta por uma atitude autônoma, com maior razão não poderá se sujeitar a influências do meio externo ao Judiciário, capazes de desviá-lo da correta execução de sua tarefa. Quer-se, portanto, que o juiz esteja vinculado tão somente à lei e ao seu convencimento diante dos fatos, sendo assim, a independência e imparcialidade do juiz existem frente ao próprio Estado. O magistrado deve buscar a imparcialidade, pois como profissional do direito e vivendo em um estado democrático de direito, os seus deveres são de suma importância para o correto cumprimento da justiça no país.

Reconhece-se que o magistrado não deve ser influenciado pela mídia sensacionalista, desatentando-se à notícia divulgada para formar o seu convencimento, ao manter, assim, a sua imparcialidade, ainda mais quando se reconhece que os danos gerados a imagem do indivíduo, o qual passa a ser visto como delinquente, demonstram a ocorrência de graves violações aos Direitos e Garantias Fundamentais, além das Convenções de Direitos Humanos, das quais o Brasil é signatário.

Haja vista inexistirem elementos legais objetivos, nem sequer um tabelamento no tocante à quantificação do valor de determinadas indenizações, a exemplo do dano moral, o procedimento de avaliação passa a possuir uma essência subjetiva, cabendo ao juiz a complexa atividade de quantificar o valor da indenização, invocando o princípio do livre convencimento do juiz, os princípios gerais regidos pelo direito, a analogia e os costumes e se valendo da aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade sobre cada caso concreto (MACHADO, 2018). Mesmo compreendendo que o magistrado forma sua convicção a partir da análise das provas apresentadas, ao ponderar acerca da qualidade e a força probante destas, constata-se que a subjetividade do juiz corrobora uma indefinição de

quantum debeatur, já que cada juiz possui o seu próprio entendimento com relação aos valores a ser fixado o que torna uma das causas de fragilidade do instituto do dano moral na atualidade, haja vista inexistirem critérios objetivos concernentes à quantificação do valor da indenização (LIRA, 2011). Entretanto, sabe-se que, na tentativa de solucionar o problema das ações envolvendo fixação de danos morais, os tribunais brasileiros têm observado os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para versar sobre a reparação desses danos.

Por fim, é relevante pontuar, com base nas ideias Cintra, Grinover e Dinamarco (2020) que, em síntese, a garantia da motivação abarca o enunciado das escolhas do magistrado concernente à individuação das regras aplicáveis e as suas consequências jurídicas, bem como o nexo de implicação e coerência entre elas.

2.3 Da Hermenêutica Constitucional

Sabe-se que é por meio do desenvolvimento da tarefa hermenêutico-jurisprudencial que as decisões do tribunal constitucional federal concretizam as normas constitucionais. Barroso (2018) pontua que os princípios que norteiam a hermenêutica constitucional são: o da unidade da constituição; da conformidade funcional; da máxima efetividade; o da concordância prática; o efeito integrador; o critério da força normativa da Constituição; e da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.

Na visão de Holthe (2017) o desenvolvimento do direito mediante a concreção hermenêutico-jurisprudencial é consubstanciado na efetividade dos princípios constitucionais, em especial, do princípio do Estado de Direito, do qual derivam preceitos jurídicos a exemplo da certeza jurídica e da justiça no caso concreto, bem como a adequação da Constituição com a realidade fático-axiológica.

Massaque (2017, p. 33) explica que a Interpretação conforme a Constituição não consiste na interpretação do texto constitucional, mas na interpretação das leis conforme a Lex Matter, essencial para realização da tarefa jurídico-funcional, posto que se assenta no princípio da unidade da ordem jurídica, ao envolver não apenas as normas de exame de constitucionalidade, mas também a normatividade material. Ademais, essa interpretação trata-se, em essência, de um mecanismo de controle, cuja função precípua é garantir um razoável nível de constitucionalidade das regras no decorrer da atividade de interpretação das leis.

Nota-se, portanto, que o referido mecanismo de controle estabelece que a conformidade com a Constituição deve ser preservada pelo aplicador do direito quando se deparar com a normas polissêmicas ou com múltiplos significados.

A força normativa da Constituição diz respeito a plena efetividade dos dispositivos legais previsto na Lex Mater de um Estado. Sobre o princípio em comento, Hesse (2011) explana a importância de norma de cunho constitucional revestir-se de um mínimo de eficácia, a fim de não configura “letra morta em papel”.

As ideias de concordância prática e de proporcionalidade estão ligadas de forma estrita diante da exigência voltada para solucionar problemas constitucionais por meio do acomodamento dos direitos fundamentais de modo que todos tenha uma “eficácia ótima”, ressaltando, todavia, a existência de uma distinção marcante entre ambas no tocante a exigibilidade de sopesamento. Hesse (2011) esclarece que concordância prática não implica sopesamento de bens ou de valores.

A atuação do princípio da conformidade funcional ocorre no sentido de impossibilitar que os órgãos responsáveis pela interpretação da Constituição, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), alcancem a um resultado dissonante ao esquema organizatório funcional firmado pela própria Carta Constitucional (CERA, 2012).

Originado do princípio da unidade da Constituição, o princípio do efeito integrador reconhece que como a Lei maior consiste em um elemento essencial de integração comunitária, a interpretação da mesma deve ter o propósito de preservar a unidade político-constitucional (BARROSO, 2018).

Por meio do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, também conhecido como princípio da interpretação efetiva, deve-se atribuir o sentido de maior eficácia no decorrer da interpretação das normas provindas da Constituição, ao utilizar, ao máximo, todas as potencialidades disponíveis. Reconhece-se que, comumente, esse princípio é invocado na esfera dos direitos fundamentais (ARAÚJO, 2017).

No tocante aos princípios, sabe-se que Böckenförde não propôs um conjunto de métodos complementares, mas desenvolveu uma lista de métodos (método hermenêutico clássico, método tópico-problemático, método científico-realista, método hermenêutico-concretizador) buscando apresentar uma síntese do estágio de debate. Amplamente divulgadas no Brasil, as listas de Hesse e

Böckenförde têm sustentado a discussão sobre os métodos hermenêutico clássico; tópico-problemático; hermenêutico-concretizador; científico-espiritual; e o normativo-estruturante, aos quais, normalmente, são acrescidas as teses de Häberle e Alexy. Considera-se que a questão do sincretismo metodológico presente nas recentes alterações acerca da interpretação constitucional tem dificultado o avanço da discussão acerca da atividade da interpretação constitucional (DELLAGNEZZE, 2019). Por isso, comumente não se observa na doutrina e nem sequer nas jurisprudências, exemplos concretos sobre a aplicação prática desses métodos.

Ressalta-se, com base em Holthe (2017) a importância da aplicação conjunta dos princípios e métodos da hermenêutica contemporânea e da abordagem clássica. Nesse contexto, reconhece-se que parte majoritária dos princípios de interpretação constitucional não são distintos da base tradicional da interpretação jurídica. A problemática que orbita os métodos trata-se do sincretismo metodológico. Ademais, compreende-se que os métodos são adotados de modo complementar. Por isso, escuta-se, comumente, a expressão “conjunto de métodos” o qual tem se associado com os princípios da hermenêutica constitucional.

2.4 Da influência da Escola da Livre Criação do Direito e da Hermenêutica Constitucional nas contemporâneas decisões judiciais brasileiras

Apresentadas as principais ideias relacionadas a Escola da Criação Livre do Direito e a Hermenêutica Constitucional, já se pode visualizar suas influências no âmbito judicial brasileiro no tocante, respectivamente, a prolação de decisões judiciais *contra legem* na prática judiciária e a resolução de antinomias jurídicas, dentre outros casos envolvendo a violação de preceitos constitucionais, respectivamente.

Barba (2018) explica que Kantorowicz considera que as lacunas do Direito não são colmatadas por meio dos métodos tradicionais de interpretação tradicionais, mas pela vontade do magistrado em obter o resultado almejado e já determinado de forma prévia.

É relevante fazer menção à Streck (2015, p. 4), segundo o qual a Escola do Livre Direito tem influenciado sobre algumas decisões judiciais no Brasil. Como exemplo, aponta-se uma:

[...] decisão da Turma Regional de Uniformização (TRU) dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região — em que ficou afirmada jurisprudência no sentido de que em casos de coexistência de relação conjugal e extraconjugal, tanto a mulher como a companheira devem receber a pensão, determinando que a pensão por morte de um homem seja dividida entre sua mulher e seu amante. No caso, a parte pediu pensão por morte de segurado com quem mantinha uma relação extraconjugal. A autora alega que o “concubinato impuro” não tira dela o direito ao benefício. Ao analisar o pedido, a TRU deu razão à amante, prevalecendo o entendimento da 2ª Turma Recursal de Santa Catarina, que concedeu pensão em caso semelhante.

Reconhece-se que a referida decisão consiste em apenas um de inúmeras outras que ocorrem na prática judicial. Embora se reconheça a possibilidade de o magistrado deixar de aplicar a lei em circunstâncias específicas, a exemplo de casos envolvendo controle de constitucionalidade ou resolução de antinomia jurídicas, dentre outras hipóteses, fora isso, conforme menciona Streck (2015, p. 6) “represtinará coisas serôdias como a Escola do Direito Livre e outros quetais”.

Com base nas ideias de Philipp Heck, Barba (2018, p. 12) pontua que, apesar de as ideias da Escola da Criação Livre do Direito dar margem para que decisões judiciais *contra legem* sejam proferidas, cabe ressaltar seu relevante papel sobre as diversidades conceituais e interpretativas compreendidas nos dispositivos legais. Nesse esteio, considera que as referidas decisões também têm a pretensão de promover a justiça no caso concreto, sendo, portanto, o combustível e o centro de gravitação que orbita as Ciências Jurídicas (BARBA, 2018). Tomazete (2011, p. 169) considera que “a lei já não constitui todo o direito; é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa, na solução dos casos específicos”.

Com base em Nóbrega (2020), partindo do reconhecimento da existência de decisões contra legem que promovem a efetividade da justiça, a exemplo daquelas que concederam o uso do canabidiol para tratamento de doenças psiquiátricas ou neurodegenerativas¹, reconhece-se que a influência das ideias da Escola da Livre Criação do Direito, no tocante a criação de decisões proferidas com divergência legal, não é a mais comprometedora no que concerne ao alcance da justiça no caso concreto, mas sim, a sua influência na formação da convicção subjetiva com liberdade por parte do magistrado, o qual pode mascará-la por meio

¹ Agravo de Instrumento nº 2028403- 23.2015.8.26.0000 Decisão nº 8554- TJ/SP (SÃO PAULO, 2015); Ação Civil Pública MPF/PB nº 0802543- 14.2014.4.05.8200, ajuizada em 31 de julho de 2014 (BRASIL, 2014); Processo de nº 027/5.15.0000239-8 proposto no TJ do E.R.G.S (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

da argumentação jurídica justificadora da sua decisão, especialmente nos casos em que não for possível encontrar uma solução sem que algum imprescindível elemento de valor considerado fundamental, sob a perspectiva jurídica e/ou moral, seja sacrificado.

Passa-se a análise da influência da Hermenêutica Constitucional sobre as decisões judiciais brasileiras.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio da utilização da técnica de ponderação de valores em combinação com os métodos da hermenêutica constitucional, tem dirimido antinomias jurídicas a partir da análise casos concretos ao influir sobre as decisões judiciais em território nacional.

Massaque (2017) em sua Dissertação, com propriedade, pontuou que a hermenêutica constitucional tem sido utilizada na prática judiciária ao analisar o caso da cantora mexicana Glória Treviño Ruiz, a saber:

Recl 2040 Glória Trévi - Direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho versus o direito à honra e imagem dos Policiais Federais acusados de estupro da extraditanda. Este caso tomou contornos excepcionais pela divulgação na mídia de um suposto “estupro carcerário” sofrido pela autora da ação, o que propiciou sua gravidez. (BRASIL, 2002)

No mérito, o Pretório Excelso decidiu, quase unanimemente, a favor da realização do exame de ao alegar, de modo expresso, que fora realizada uma ponderação entre os valores constitucionais conflitantes: o direito à intimidade e à vida da artista mexicana *versus* o direito à honra e à imagem dos policiais e da própria Polícia Federal.

Massaque (2017, p. 40-1) demonstrou a preocupação do ministro relator Nery da Silveira

[...] em desenvolver um procedimento racional e sistêmico no que cerne à aplicação da técnica de ponderação de valores no caso analisado. Assim, mencionou que diante da inviabilidade no caso em análise da contemporização do direito fundamental da intimidade com os valores jurídicos constitucionais em contraste, por meio da aplicação do princípio da concordância prática responsável pela proibição do sacrifício de um direito em detrimento do outro, é imprescindível que se realize, como método de resolução de conflitos, a ponderação de bens, através de um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais que se encontram neste dilema ao desenvolver um balanceamento a fim de verificar qual dos princípios terá o maior peso para que uma decisão justa seja proferida. Deve-se, portanto, de forma imperativa, restringir o âmbito de proteção de pelo menos um dos mencionados direitos de modo a assegurar a efetivação da justiça. [...] Ao ponderar o direito à intimidade de cantora que, de forma caprichosa, recusou submeter sua placenta para análise genética da paternidade da criança, com os bens jurídicos constitucionais envolvidos no

problema (a moralidade administrativa e da segurança pública), prevaleceu-se estes valores em detrimento do direito à intimidade de Glória Treviño.

Observa-se que, frente a um conflito entre princípios de cunho constitucional, é imprescindível a realização de uma considerável discussão e análise concernentes aos seus valores intrínsecos por meio da hermenêutica constitucional e dos princípios e técnicas interpretativas. Através desta apreciação na qual ocorre uma redução da força principiológica pelos intérpretes, analisa-se as variadas circunstâncias hipotéticas com base no caso em julgamento com o propósito de solucionar o conflito a partir da flexibilização de um dos princípios. Após o convencimento justificado e formado na decisão, estabiliza-se a força normativa de ambos os princípios (BARROSO, 2018).

Na prática sociojurídica, comumente, percebe-se muitos conflitos entre princípios constitucionais, a exemplo do da liberdade de imprensa contra o da intimidade, sendo possível, com base em precedentes, criar um critério específico para solucionar essa colisão. Ao criar parâmetros gerais e particulares, observa-se que a ponderação de valores em abstrato possibilita uma maior segurança e conformidade no tocante a interpretação dos ditames constitucionais, posto que a ponderação em concreto é realizada frente situações inusitadas, casos novos não submetidos à ponderação em abstrato ou casos já ponderados que não se enquadram no novo conflito por causa de uma determinada particularidade (HOLTHE, 2017).

Os parâmetros preferenciais voltados à ponderação de valores não limitam a atuação do intérprete, haja vista servir como indicadores para que a decisão seja tomada de forma razoável e proporcional, levando-se em consideração a complexidade do caso concreto (MASSAQUE, 2017).

A Lex Mater determinou como centro o princípio dignidade da pessoa humana, da qual decorre os direitos fundamentais. Ademais, nota-se que diante de entre princípios constitucionais, prevalece-se os direitos fundamentais que se relacionam com a dignidade humana sobre as demais regras.

Segundo Nóbrega (2020, p. 38):

A interpretação normativa faz parte da consolidação dos dispositivos constitucionais o que de plano aponta para a imprescindibilidade da atenção às infundáveis necessidades sociais que vão se construindo com o desenrolar da vida em sociedade. [...] Neste cenário fecundo de reflexões encontra-se a atual Constituição ao trazer em seu bojo de intenções

elementos taxativos que impedem qualquer negociação, a exemplo das cláusulas pétreas, mas também abre possibilidades a interpretações de várias ordens o que pode ter sido a real intenção do legislador originário visando mesmo que o olhar sobre os direitos nela abarcados pudessem ter os mais amplos sentidos. A tarefa é complexa e a ponderação parece ser o caminho necessário à busca da eficácia normativa evitando-se potencialização de excessos da interpretação ou ao contrário, redução do alcance na satisfação das necessidades sociais ao interpretar o direito positivado de forma restrita.

É oportuno fazer menção a outros casos envolvendo a análise constitucional, a exemplo do reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivo em decisão oposta ao art. 226, § 3º da Lei Maior (ADI 4.277 e ADPF 132) e da derrogação do crime do aborto de feto anencefálico (HC nº. 124.306/RS) ao reconhecer que, nas palavras de Nóbrega (2020, p. 54) “[...] a discussão sobre os limites do poder jurisdicional não se refere a problemas semânticos, mas à justificação da explícita reavaliação das opções políticas do legislador”.

Com base no exposto, observa-se, que a adoção dos princípios e métodos da Hermenêutica Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo controle de constitucionalidade ou antinomias jurídicas têm influenciado, positivamente, as decisões judiciais brasileiras ao promover efetividade da justiça.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De início foi pontuado que a Escola do Direito Livre permite o julgamento em face da lei partindo da compreensão que o Direito é lacunoso a partir do seu nascimento, estando o magistrado apto para colmatar esse problema por meio da liberdade em suas decisões. Assim, observou-se a criação de uma forma de interpretação voluntarista, na qual o direito corresponde a vontade do juiz, o qual, porém, deve sempre buscar o alcance da justiça diante dos casos concretos e não somente aplicar a lei seca fora de determinados contextos sociais, devendo-se, portanto, formar sua convicção subjetiva com liberdade.

Ao tratar do sistema do livre convencimento motivado, destacou-se que a sua principal limitação se insere no contexto dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade em que se funda a motivação, adotados pelo juiz na formação do seu convencimento. Enfatizou-se, ainda, que é por meio da prova que o juiz compreende melhor os fatos suscitados, através da qual tem condições de desenvolver seu convencimento e a fundamentação da decisão que, posteriormente, sustenta a solução da lide, não devendo ser contaminado por influências externas e nem pela formação da sua convicção subjetiva com liberdade, ideia defendida pela Escola do Livre Direito, uma vez que a busca verdade real e a imparcialidade devem ser resguardadas.

Foi posto que, não obstante as ideias da Escola da Criação Livre do Direito propiciar a prolação de decisões judiciais *contra legem*, deve-se notar seu relevante papel sobre as diversidades conceituais e interpretativas compreendidas nos dispositivos legais, levando-se em consideração que as referidas decisões também têm a pretensão de promover a justiça no caso concreto. Reconheceu-se que as ideias dessa escola influem sobre as decisões judiciais a partir do estímulo à formação da convicção subjetiva com liberdade por parte do magistrado, o qual pode mascarar-la por meio da argumentação jurídica justificadora da sua decisão.

Notou-se que, por meio do desenvolvimento da tarefa hermenêutico-jurisprudencial, as decisões do STF concretizam as normas constitucionais, ressaltando-se a importância da aplicação conjunta dos princípios e métodos da hermenêutica contemporânea e da abordagem clássica aliada com a técnica de ponderação de valores, frente ao sincretismo metodológico existente, a fim de dirimir

antinomias jurídicas e solucionar casos em que preceitos constitucionais são violados.

A hipótese de pesquisa foi confirmada, uma vez ter ficado patente que as ideias da Escola da Livre Criação do Direito têm possibilitado que decisões *contra legem* sejam proferidas na prática judiciária e que a adoção dos métodos da Hermenêutica Constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo controle de constitucionalidade ou antinomias jurídicas têm promovido a efetividade da justiça.

Recomenda-se a presente pesquisa para o público em geral, e, em especial, aos estudantes da área jurídica e para os operadores do Direito, a fim de que possam compreender os pensamentos da escola jurídica analisada e os princípios da Hermenêutica, aplicando-os devidamente na prática com o propósito de contribuir com a justiça no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jailton Macena de. A propagação do Direito Livre na atualidade: O processo hermenêutico e os Métodos hermenêuticos como meio de realização da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-99/a-propagacao-do-direito-livre-na-atualidade-o-processo-hermeneutico-e-os-metodos-hermeneuticos-como-meio-de-realizacao-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. Decisões judiciais contra legem. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-12/diario-classe-decisoes-judiciais-legem-nao-deveriam-nenhuma-surpresa#_ftn5>. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Recl 2040. Glória Trévi - Direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho versus o direito à honra e imagem dos Policiais Federais acusados de estupro da extraditanda. STF, Brasília, 2002. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur15185/false>>. Acesso: 03 mai. 2022.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

CERA, Denise Cristina Mantovani. Conformidade funcional. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/2570266/no-que-consiste-o-principio-da-conformidade-funcional-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em: 18 mai. 2022.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DELLAGNEZZE, R. A hermenêutica jurídica. Parte 1: Sistemas e meios interpretativos. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72774/a-hermeneutica-juridica-parte-1-sistemas-e-meios-interpretativos/3>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

DIDIER JÚNIOR., F. **Direito processual civil**. 14. ed. Salvador: Edições Jus Podivm, 2019.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Baptista Machado (trad.). Lisboa: Gulbenkian, 2011.

FERNANDES, Daniela. A influência da mídia nas decisões do Poder Judiciário. **Jus Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://danielafernandes03.jusbrasil.com.br/artigos/202016928/a-influencia-da-midia-nas-decisoes-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 2011.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Metodologia do trabalho científico**: Procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIRA, Valéria Negreiros Portugal Calixto de. **Dano Moral nos Juizados Especiais**. 2011. 31 f. Artigo (Pós-graduação). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/ValeriaPortugal.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

MACHADO, Rosana Dias. **Estudo sobre as escolas do pensamento jurídico**. 2018. 65 f. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/04/ESCOLAS_PENSAMENTOJURIDICO.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2022.

MASSAQUE, Aristóteles Boaventura da Costa. **A ponderação de valores no contexto da hermenêutica constitucional**: estudo de caso. 2017. 80 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/9201-aristoteles-boaventura-da-costa-massaque/file>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

NÓBREGA, Sônia Correia Assis da **A importância das decisões contra legem para a garantia dos direitos fundamentais**: o caso do Canabidiol [recurso eletrônico] Patos: Edição do autor, 2020. Disponível em: <<https://educapes.capes.gov.br>>. Acesso em: 21 mai. 2022.

PRIANTE, G. T Da aplicação da pena de multa nos Códigos Penal e Eleitoral. **Rev. Jus Navigandi**, 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3147/da-aplicacao-da-pena-de-multa-nos-codigos-penal-e-eleitoral#ixzz2CcEs3AJ0>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

SILVA, Paula Jaeger da. Principais escolas da interpretação jurídica com enfoque no sistema moderno de investigação e sua utilização na justiça do trabalho. **Conteúdo Jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/artigos/341-artigos-set-2016/7760-principais-escolas-da-interpretacao-juridica-com-enfoque-no-sistema-moderno-de-investigacao-e-sua-utilizacao-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

STRECK, L. L. O Brasil revive a Escola do Direito Livre. **Consultor jurídico**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 03 mai. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação e a justificação das decisões contra legem. **Direito e Práxis**, v. 3, n. 2, p. 151-70, 2011. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/1877>>. Acesso em: 21 mai. 2022.

VAN HOLTHE, L. **Direito constitucional**. 5. ed. Salvador: Podivm, 2017.