

A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO BARREIRA PARA O ATIVISMO JUDICIAL

PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS AS A BARRIER TO JUDICIAL ACTIVISM

William Andrade¹

IMED-RS

Salete Oro Boff²

IMED-RS

Resumo

Este trabalho propõe uma discussão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário, em face da inefetividade dos direitos garantidos pela Constituição Federal. A discussão de temas como déficit legislativo, promessas não cumpridas e jurisdição constitucional surge como base para a pesquisa, que visa buscar uma resposta a esse crescente apelo à jurisdição, sem que se incida em julgamentos ativistas. O trabalho defende um combate aos julgamentos subjetivos de juízes e tribunais, mas adverte da importância da jurisdição constitucional para a efetivação de direitos constitucionalmente garantidos, fazendo-se necessária uma diferenciação entre ativismo e judicialização. Amparar-se-á na Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer e na Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, buscando-se o estabelecimento de respostas no Constitucionalismo Contemporâneo. A pesquisa é qualitativa e emprega o método utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica em fontes secundárias.

Palavras-chave

Ativismo judicial. Constitucionalismo Contemporâneo. Democracia. Hermenêutica Filosófica.

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED. Bolsista Prosup/Capes. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdades, vinculado ao CNPq, e do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual. Advogado especialista em Direito Ambiental e Urbanístico. Email: andradewadv@gmail.com

² Doutora pela UNISINOS. Estágio Pós-Doutoral na UFSC. Pesquisadora Pq CNPq. Coordenadora e Docente no Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* em Direito da IMED (RS). Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Novas Tecnologias e Grupo de Estudos GEDIPI. Professora da UFFS. Orcid <https://orcid.org/0000-0002-7159-1878>. Email: salete.oro.boff@gmail.com

Abstract

This paper proposes a discussion about the limits of the Judicial Branch performance, given the ineffectiveness of the rights granted by the Federal Constitution. The discussion of themes such as legislative deficit, broken promises and constitutional jurisdiction emerges as basis for the research that seeks an answer to this growing appeal to jurisdiction, without incurring in activist judgment. The paper defends a fight against the subjective judgment of courts and judges, but observes the importance of constitutional jurisdiction for the actualization of constitutionally granted rights, making it necessary a differentiation between activism and judicialization. It will be supported by Philosophical Hermeneutics by Hans-Georg Gadamer and Hermeneutics Critique of Law by Lenio Streck, seeking to establish answers in Contemporary Constitutionalism. The research is qualitative and employs the deductive approach and the technique of bibliographic research in secondary sources.

Keywords

Judicial Activism. Contemporary Constitutionalism. Democracy. Philosophical Hermeneutics

1. INTRODUÇÃO

O estudo da atuação do Poder Judiciário brasileiro e dos limites que a ele devem ser observados justifica-se pelo intenso destaque que os órgãos superiores alcançaram nos últimos anos. Trata-se de um cenário de intensa judicialização, no qual ampliam-se as demandas judiciais e se discute a esfera de atuação dos Poderes.

Acontece que, na prática, o STF vem, reiteradas vezes, ocupando o espaço da política, e discutindo temas que deveriam ter sido abertos para uma discussão democrática pelos outros poderes – em especial o Legislativo – e que, inerte, não o fez. Temas político-sociais que deveriam ter sido pauta do legislador infraconstitucional, a fim de concretizar as garantias previstas na Carta Magna, acaba(ra)m sendo deixados para apreciação dos Tribunais, que não detém representatividade popular.

É nesse contexto que o Judiciário assume um papel fortemente intervencionista. A partir daí, começa(ra)m a aparecer decisões judiciais eivadas de discricionarismo e subjetivismo. Essa postura pós-positivista acabou por autorizar o que se chama de ativismo judicial. Argumentos políticos, morais e ideológicos, buscando guarita na teoria da ponderação alexyana, passaram a predar os argumentos jurídicos, trazendo imensos prejuízos para a democracia e isso oportuniza uma profunda reflexão.

O objetivo central da pesquisa está em buscar resposta(s) para a crescente demanda social/judicial, não positivada, sem que se incorra no fenômeno do ativismo judicial, a fim de preservar os pilares do Estado Democrático de Direito, tendo como marco teórico a Hermenêutica Filosófica.

Para a resposta da problemática, apresenta-se a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, a partir do que se denominou Constitucionalismo Contemporâneo. Trata-se de um movimento (giro hermenêutico-ontológico) que supera o esquema sujeito-objeto, implicando em um novo olhar sobre o fenômeno jurídico, por meio de teorias: das fontes, da norma e da interpretação. Streck propõe uma teoria da decisão judicial que visa superar o positivismo jurídico e o problema da discricionariedade, com aportes na Hermenêutica Filosófica de Hans Gadamer e nas respostas corretas de Ronald Dworkin.

Inicialmente, o artigo irá analisar o fenômeno das promessas não cumpridas, o déficit legislativo e a jurisdição constitucional, para, então, estabelecer a diferenciação entre ativismos judiciais e judicialização da política, a fim de melhor entender o problema apresentado. Posteriormente, analisar-se-á o problema do ativismo judicial como um ato de vontade do intérprete, buscando compreender como este fenômeno apresenta-se no contexto do Judiciário brasileiro. Por fim, responde-se o problema central do trabalho, perpassando pela Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, e ancorando-se, enfim, na Crítica Hermenêutica do Direito, apresentada por Lenio Streck.

Assim, trata-se não apenas de uma discussão teórica acerca do papel do juiz no Estado Democrático de Direito, mas uma abordagem hermenêutica filosófica, analisando a problemática da judicialização da política e do ativismo judicial, a fim de apontar a ‘via certa’ para seu enfrentamento, buscando respostas adequadas à Constituição.

2. IMPLICAÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para desenvolver a temática proposta, inicialmente, deve-se compreender o papel dos juízes e tribunais no Estado Democrático de Direito e o contorno da sua atuação.

Na sentença, o juiz demonstra seu sentimento, sua ligação com o fato, seu afeto. Sentença advém – do latim – de *sententia*, gerúndio do verbo *sentire*, ou seja, sentir. Conforme Enrico Tullio Liebman (1981) se a palavra *sententia*, por si só, significa “opinião”, tecnicamente indica o final do processo, com o qual o juiz formula seu juízo, sendo ele então um ato de autoridade, dotado de eficácia vinculante, como formulação normativa do Estado para o caso submetido a Juízo.

Entretanto, o que se quer demonstrar é que sentença não é simplesmente sentir. Sentença é decisão (de-cisão). Há, por traz da sentença, uma responsabilidade política do juiz, sobretudo com a democracia, o que implica em abandonar a premissa de sentença como sentir, como vontade individual, como sentimento pessoal.

Percebe-se aqui o início de uma discussão sobre o papel dos juízes e dos tribunais os limites a eles impostos. Para tanto, faz-se necessário esclarecer alguns pontos importantes que implicam no entendimento do real problema (e da solução) deste trabalho: o ativismo judicial.

2.1 Facetas da democracia representativa: déficit legislativo e a jurisdição constitucional

A ideia de democracia nasce na Grécia Antiga, constituindo-se na tomada de decisões do governo pela maioria do povo. Proveniente das palavras gregas *demos* (povo), e *kratos* (força, autoridade, poder) – “o poder do povo”. Ou seja, o povo grego que tomava as decisões importantes do governo grego (OSSORIO, 1997, p. 304). Ressalva-se, contudo, que em Atenas o “povo” equivalia aos homens livres e naturais da cidade, não havendo, portanto, igualdade ou isonomia nessa tomada de decisões.

Posteriormente, a partir da Idade Moderna, começou-se a pensar em qual seria a maneira de garantir a igualdade de participação dos indivíduos nas decisões sobre o destino das suas sociedades, contrapondo o ideal absolutista e despótico. Criou-se o mecanismo da representação, onde muitos elegem os poucos que os representam.

O conceito de representação apresentado por Hobbes, em *Leviatã*, consistia em proteger a sociedade dos homens contra os próprios homens, a fim de evitar uma guerra de todos contra todos. John Locke,

em seus *Tratados sobre o magistrado civil*, atentou para a representação como uma maneira de proteção da propriedade. Mas somente Rousseau, no século XVIII, desenvolveu o ideal de “igualdade” do povo. Na obra *Contrato social* é a vontade geral que predomina, como uma união de forças destinada à realização de uma utilidade geral, de um bem comum, que não se confunde com a vontade particular, mas se coloca na posição de representar o interesse comum (BITTAR; ALMEIDA, 2012).

Dessa concepção de democracia representativa que nasce o ideal republicano, como sendo um governo, do povo, pelo povo e para o povo. Contudo, essa representação constante na democracia representativa e no modelo republicano é simbólica. Não há garantia de vínculo entre representante e representado. Nota-se somente uma autorização do cidadão para que um representante o substitua, manifestando a sua “vontade” na tomada de decisões políticas.

Norberto Bobbio (1986) traz a ideia de democracia como o conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. Para o autor, o processo democrático seria a organização das regras do jogo e a escolha antecipada dos jogadores, no sentido de quem vota, onde vota e quais os procedimentos adequados.

A Constituição Federal de 1988 vem defender esse ideal democrático estabelecendo um pacto federativo, de modo que se atinja um desenvolvimento econômico dos estados, priorizando àqueles menos favorecidos, valendo-se do pensamento de que democracia significa muito mais do que direito na participação política e nas decisões do país. É o que se depreende da leitura do artigo 1º da Constituição. Além disso, a Constituição previu o sistema de separação de funções/poderes. O Legislativo é o responsável pela criação das leis, representando a vontade do povo, como se o próprio estivesse criando as normas a que se submete (poder do povo para o povo).

Entretanto, considerando as transformações da sociedade contemporânea, cumulado com a lentidão ou ineficiência da atuação pública, surgiu o que Bobbio chamou de “promessas não cumpridas”. Pode-se dizer que essa ineficiência do Estado em responder aos avanços da sociedade, bem como em implementar os direitos que o próprio Estado

garante³, acabou por gerar um grande aumento da busca pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, uma aproximação do direito e da política.

Ainda, é importante destacar a influência de outro fenômeno que contribuiu amplamente para o aumento da litigiosidade e, conseqüentemente, da pró-atividade do Poder Judiciário. Trata-se de um problema social contemporâneo com raízes fundadas na insuficiente atuação do Poder Legislativo, que há algumas décadas acarretou uma ferrenha participação do Judiciário na vida social.

Questões morais – decorrentes das transformações sociais -, que poderiam gerar um ônus para os políticos, são deixadas para o Poder Judiciário, tendo em vista o seu caráter neutro e imparcial, acabando por geral um ‘déficit legislativo’ que, mais uma vez, acabou aproximando o direito e a política. Nesse sentido é o raciocínio de Cappelletti, vez que a existência de polêmica dificulta a tomada de posição por parte do Judiciário. O Legislativo acaba por legislar em abstrato, abrindo espaço para a presença do “juiz legislador”.

[...] exatamente em razão do enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa, verificou-se o fenômeno de obstrução (“*overload*”) da função legislativa, e este *overload*, que representa tema central da política atual, tornou-se típica característica, na verdade típica “praga” dos estados modernos, pelo menos daqueles com regime não autoritário e pluralístico-liberal. Nesses estados, os parlamentos amiúde são excessivamente abundantes e por demais empenhados em questões e discussões de política geral e partidária, para estarem em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação. Paradoxalmente, os parlamentos atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade de transferir a outrem grande parte de sua atividade, de maneira que suas ambições terminaram em abdicação (CAPPELLETTI, 1993, p. 43).

³ Nesse ponto, trata-se de direitos que a legislação prevê, mas não há eficácia. São as “promessas” do legislador que não são cumpridas pelo poder público, por exemplo, o direito à saúde e à moradia. Ambos são previstos no texto constitucional (art. 6º), mas as políticas públicas são falhas e acabam por não dar eficácia à demanda.

Nesse sentido, impôs-se um novo desafio ao Poder Judiciário, que não pode ficar calado ante as profundezas das transformações do mundo real. Guido Calabresi (apud CAPPELLETTI, 1993, p. 46) vê no crescimento da criatividade dos juízes o remédio contra a obsolescência das leis, a obstrução e a inércia do Poder Legislativo.

Além disso, cabe trazer à tona um terceiro evento que causou esta guinada na atuação dos tribunais, principalmente em território brasileiro: o controle de constitucionalidade. Esse “poder” concedido ao Judiciário de declarar inconstitucional uma lei criada pelo órgão competente, eleito de maneira democrática, é o que se chama de Jurisdição Constitucional ou, nas palavras de Hans Kelsen (2007, p. 123-124), “a garantia jurisdicional da Constituição”.

Contudo, Luis Roberto Barroso (2008) aponta, nessa postura do Judiciário, riscos para a legitimidade democrática, vez que os juízes, desembargadores e ministros não são agentes públicos eleitos, mas apresenta duas justificativas para a legitimidade do juiz ao invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular.

A primeira é a normativa, decorrente da própria Constituição que atribuiu ao Judiciário esse poder, inclusive com o controle de constitucionalidade, o qual é um dos mais abrangentes do mundo, sendo que qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada pelo Supremo Tribunal Federal. A segunda é a filosófica, pois entre democracia e constitucionalismo, vontade da maioria e efetivação de direitos fundamentais, podem surgir inúmeras situações de conflito aparente. Dessa forma, a Constituição deve assegurar a democracia e proteger os valores e direitos fundamentais. Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco (BARROSO, 2013, p. 110-116).

Em meio a tantos posicionamentos, cabe fazer um questionamento quanto ao tema: seriam os juízes constitucionais mais qualificados para resolver questões de princípios e de escolhas do que os representantes do povo? Ocorre que os juízes não estão sujeitos a fatores externos ou qualquer pressão pública que os façam decidir parcialmente questões sobre direito. Não se está a falar aqui de legitimidade democrática dos magistrados, mas de sua legitimidade essencial (BARCELLOS, 2008, p. 122). Além disso, não há argumentos para demonstrar que as decisões

legislativas sobre direito sejam mais corretas do que as decisões judiciais, porque a técnica e o estudo jurídico dos juízes constitucionais são, em regra, muito mais desenvolvidos e coerentes para examinar reivindicações do direito do que a do legislador. Assim, o Poder Judiciário não pode exercer um papel passivo na atual conjuntura. Pelo contrário, deve ser progressista e buscar a implementação dos direitos previstos na Constituição.

Seguindo essa premissa, o papel do Judiciário pró-ativo, preocupado em resolver demandas não abrangidas pelo legislador, visando a proteção e a efetivação de direitos fundamentais, não estaria ferindo princípios democráticos, mas indo ao encontro da preservação da democracia, no sentido de dar garantia e respeito aos direitos previstos na Constituição.

Por outro lado, se adotando tal posicionamento, estar-se-ia a mitigar a soberania popular, tendo em vista que os juízes não são representantes eleitos pelo povo, ou desapossando o povo de seu lugar soberano, perdendo-se a democracia em troca de uma *juristocracia*.⁴

Cabe trazer à baila o argumento trazido por Cappelletti para refutar a tese do Lord Devlin, o qual escreve que a tentativa de elevar o judiciário que não é eleito, sobre o legislativo, que o é, é antidemocrática. Para o autor: “o controle do judiciário sobre o legislativo, ou seja, sobre as leis, de modo nenhum significa superioridade do primeiro sobre o segundo, se constitui um aspecto de bem equilibrado sistema de controles recíprocos” (1993, p. 93).

Cappelletti (1993) finaliza seu argumento de legitimação democrática das decisões judiciais trazendo uma noção de democracia diferente daquela majoritária. Para ele, democracia significa também “participação, tolerância e liberdade”, sendo que um judiciário “independente de caprichos” pode dar grande contribuição à democracia. Seria um Judiciário ativo, dinâmico e criativo, garantindo a preservação do sistema dos freios e contrapesos, de *checks and balances*.

⁴ Sistema de governo baseado em decisões de juízes, normalmente não democrático. Segundo Ran Hirschl *apud* Tassinari (2013, p. 51), trata-se de uma tendência existente no mundo todo, por se caracterizar como consequência da “era do segundo pós-guerra”, possibilitando este amplo processo existente de constitucionalização e de afirmação do controle de constitucionalidade.

2.2 Judicialização da política *versus* ativismo judicial

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a jurisdição pátria sofreu severas modificações e a política passou a ter maior relação com o direito, assim como passou a estar cada vez mais presente entre juristas e nas mesas dos tribunais brasileiros.

A partir daí expressões como ‘ativismo judicial’ e ‘judicialização da política’ passaram a ser corriqueiras no vocabulário jurídico, demonstrando a ideia do crescente grau de judicialização no cenário do Direito nacional. Portanto, faz-se necessária a apresentação de tais institutos.

Como ponto comum entre ambos, justamente o fato de serem empregados para demonstrar a ideia do acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura. Entretanto, a autora justifica sua diferenciação no perigo de afetarem-se as bases democráticas que se fundam o Estado brasileiro, o que facilmente aconteceria se resumíssemos o direito como mero produto das decisões judiciais (TASSINARI, 2013, p. 27).

A judicialização da política está na relação entre Direito, Política e Judiciário. Ora, não há que se negar que Direito e Política são elementos distintos, mas é inegável que se inter-relacionam. Mas o ponto principal para a diferenciação é entender que: conceber a existência de um elo entre Direito e Política não é compactuar com o decisionismo, ou seja, afirma-se que a Política está inter-relacionada com o Direito, mas se nega que ela seja o elemento que justifique o decisionismo, ou o ativismo judicial (TASSINARI, 2013, p. 27).

A problemática é tratada por Barroso (2008) de maneira distinta. Para ele, a judicialização da política, no Brasil, tem como causa a redemocratização do país com a constituição de 1988, momento em que o Judiciário passou a ser um poder político, fazendo valer a Constituição e as leis e a expansão do Ministério Público, aumentando a demanda por justiça na sociedade brasileira; a constitucionalização abrangente que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária; e a incorporação de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que combina as modalidades difusa e concentrada.

Segundo o autor, o ativismo judicial e judicialização da política como fenômenos primos, da mesma família, mas com origens distintas, portanto, só os diferenciando nas causas. Ocorre que os elementos trazidos pelo jurista para caracterizar o ativismo judicial nada mais são do que o verdadeiro papel do judiciário em um Estado Democrático de Direito. Não se pode imaginar um juiz, neste momento histórico, despreocupado com a concretização dos valores e fins constitucionais, ou com a realização efetiva de um controle de constitucionalidade e com o cumprimento das finalidades da Constituição (BARROSO, 2008).

Luiz Werneck Vianna trata a questão como um fenômeno social. Para ele, a judicialização da política é decorrente da democratização social e da nova institucionalidade da democracia política, com o fito de positivar direitos fundamentais trazidos pela Constituição, redefinindo as relações entre os três Poderes o que ensejou na inclusão do Poder Judiciário no espaço político (1999, p. 22). Por meio da visão do autor, é possível constatar que há uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços que, há pouco, eram inacessíveis a ele, como certas dimensões da vida privada. Ou seja, há uma publicização da esfera privada, criando-se uma relação entre os Poderes, sendo que o Judiciário passou a interferir fortemente nas relações sociais.

De outro modo, Lenio Luiz Streck apresenta uma ‘teoria da decisão judicial’, abordando o pensamento jurídico e a tradição constitucional desenvolvida no Segundo Pós-Guerra. Faz-se uma análise crítica da concretização dos direitos fundamentais presentes no texto constitucional, por meio da proliferação indiscriminada de princípios. Nessa abordagem, Streck identifica o assunto proposto da seguinte forma:

Um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]) (2014, p. 621).

A partir desse ponto, o autor alerta para o perigo de o ativismo judicial estar abrindo caminhos para um “governo de juízes”, uma vez que o constitucionalismo proporcionou essa dilatação do mundo jurídico, o que, somado com a gama de direitos previstos na Constituição, estabeleceu uma imutabilidade de intervenções por parte da jurisdição constitucional. Faz-se necessário, portanto, precisar-se controles efetivos de decisões judiciais, para que se possa, ao menos, diferenciar ativismos de judicializações, e, assim, estabelecerem-se limites aos axiologismos e pragmatismos (STRECK, 2014, p. 621).

Nessa esteira, pode-se dizer que a judicialização da política é muito mais que uma postura, implicado em desejo ou vontade do órgão judicante. Trata-se de um fenômeno com causas alheias à jurisdição, que caminha junta a ineficácia da implementação de direitos pelo Estado e acaba por aumentar a litigiosidade jurisdicional. Por outro lado, o ativismo judicial deve ser tratado como uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais. O problema se apresenta quando o Judiciário, eivado de supremacia, se manifesta em competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. O segundo, evitável. O primeiro, talvez não.

3. O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é compreendido como uma conduta do Judiciário a extrapolar os limites estabelecidos aos seus atos. Da mesma forma, o ativismo judicial exsurge estritamente da conduta dos juízes e tribunais, enquanto a judicialização não nasce no interior do sistema jurídico, mas num sistema político e social, sendo que é tratado como inexorável, na medida em que sua causa independe da atuação única e exclusiva do Judiciário.

Antes de adentrar no assunto desse capítulo, cabe fazer menção ao pensamento de Elival Silva Ramos, o qual expõe sobre o ativismo judicial “o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo” (2015, p. 119). Trata-se, portanto “da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão

insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (2015, p. 119).

Necessário, portanto, reafirmar tais conceitos, pois é de imensa importância compreender o problema do ativismo - como uma conduta do judiciário a extrapolar seus poderes - para entender o contexto histórico onde surgiu a problemática e os fatores que levaram com que ela chegasse até os tribunais brasileiros.

3.1 Ativismo judicial como “ato de vontade”: um problema discricionário e subjetivista

É importante compreender o ativismo judicial como um problema de teoria da interpretação do direito, que decorre do ato de vontade do intérprete, conforme afirma Streck: “por vezes, a ‘vontade da lei’ e a ‘essência da lei’ devem ser buscadas com todo o vigor; em outras (e, às vezes, ao mesmo tempo), há uma ferrenha procura pela solipsista ‘vontade do legislador’; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é ‘suficiente’, põe-se no topo a “*vontade do intérprete*” (2014, p. 471).

O autor faz uma crítica à chamada interpretação como ‘ato de vontade’, expressão que remete à abordagem feita por Hans Kelsen. Percebe-se que a *vontade* aparece nos textos de Kelsen como elemento característico do ato de aplicação do direito pelo jurista, pois afirma que a interpretação dos órgãos judiciários são atos de vontade (o que pode ser entendido como discricionariedade). O autor diferencia a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação (científico-jurídica, por exemplo), ao passo que a interpretação do Direito por um órgão judicante “combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva” (KELSEN, 1998, p. 249). E complementa afirmando que esta interpretação - de um órgão judicante - diferencia-se das outras pelo fato de ser autêntica, ou seja, pelo fato de criar Direito⁵.

⁵ Para Kelsen, “só se fala em interpretação autêntica quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um Tratado de Direito Internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto, mas para todos os casos iguais [...] Mas autêntica, isto é, criadora do Direito é-o a interpretação feita através de um órgão

Portanto, para o autor, o ‘ato de vontade’ é o diferencial da interpretação do aplicador do Direito. Nesse mesmo sentido, no famoso *capítulo VIII da Teoria Pura do Direito*, apresenta-se a metáfora da *moldura* dentro da qual se enquadram várias possibilidades de aplicação da norma para o caso concreto, preenchendo a *moldura* em qualquer sentido possível. Nesse caso, não se pode dizer que a interpretação da lei deve conduzir a uma única resposta correta, mas sim a várias soluções, e que apenas uma delas se tornará Direito ao adentrar na *moldura* do intérprete (deste modo, fica evidenciada a fiel relação entre vontade e discricionariedade).

Na metáfora da *moldura* de Kelsen reside a subjetividade do intérprete, ao passo que a interpretação do direito é eivada de subjetivismos, como se nada fosse proibido ao intérprete (já que ele terá um espaço – na moldura – para conformar sua soberana vontade) (STRECK, 2014, p. 57). Ainda que Kelsen admita que a interpretação do direito seja coberta de subjetivismos provenientes do solipsismo do intérprete, sabe-se que, para a Teoria Pura do Direito, esse desvio é impossível de ser corrigido.

No mesmo sentido é o pensamento de Mario Giuseppe Losano, que já no século XX alertou quanto ao problema da discricionariedade judicial, pois “a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um espaço completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz” (apud STRECK, 2014, p. 48). O problema, nesse ponto, é que, no momento da decisão judicial, acaba-se sobrando espaço para a vontade discricionária do intérprete, abandonando-se a decisão eivada na razão.

Esse fator também pode ser demonstrado na tese de Herbert Hart, o qual apresenta a ‘textura aberta’ do direito, onde o julgador efetivamente cria a regra para o caso em que não existia solução legal. O autor afirma ter o juiz poder discricionário toda vez que uma regra clara e preestabelecida não seja oferecida pelo ordenamento legal. Hart exemplifica sua tese afirmando que “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias

aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção.” (1998, p. 249-250)

que o futuro pode trazer” (2001, p. 141). Esta incapacidade humana de prever acarreta uma relativa ‘indeterminação de finalidade’. Dessa forma, defende que, quando surge um caso não contemplado pela lei, pode-se resolver a questão pela escolha entre os interesses concorrentes, incorrendo mais uma vez na *vontade* subjetiva do intérprete.

A partir dessa indeterminação defendida por Hart é que repousa a crítica de Ronald Dworkin (2010). A afirmação de que, em qualquer sistema jurídico sempre haverá casos não regulados juridicamente, sendo que o Direito se torna incompleto ou indeterminado (“textura aberta”), o que autorizaria o intérprete a criar o Direito para o caso, é fatalmente rejeitada por Dworkin⁶. Faz-se necessário, portando, analisar o problema da discricionariedade dos juízes sob a perspectiva trazida pelo estadunidense na crítica ao modelo positivista.

Dworkin fala em três sentidos para o termo *discricionariedade*: um sentido forte e outros dois sentidos fracos. No primeiro sentido fraco, discricionariedade significa que os padrões que uma autoridade pública deve aplicar exige o uso da capacidade de julgar. No segundo sentido fraco, significa que um funcionário público tem a autoridade para tomar decisões, sem poder de revisão. Já no sentido forte, poder discricionário seria a ideia de que, em alguns casos, o juiz não está limitado a padrões preestabelecidos (DWORKIN, 2010, p. 51-52).

Nesse ponto, Streck é preciso ao explicar a dualogia existente entre Hart e Dworkin: “É nesse sentido forte da discricionariedade que Dworkin assenta sua crítica ao positivismo hartiano quando este afirma ter o juiz poder discricionário toda vez que uma regra clara e preestabelecida não esteja disponível” Ao criticar o poder discricionário, “Dworkin afirma que, nesses casos, os “padrões que os juízes tipicamente empregam” são, na verdade, *princípios* que os guiam em suas decisões e que os obrigam no momento de determinar qual das partes possui direitos” (STRECK, 2014, p. 53).

⁶ Sobre o embate Dworkin X Hart, cabe a leitura do pós-escrito de *O Conceito de Direito* (2001, p. 299-341) onde Hart responde às críticas de estudiosos da importância de Ronald Dworkin, Lon Fuller e John Finnis. Redigido pelo próprio autor, o pós-escrito só foi descoberto depois da sua morte, tendo sido organizado e preparado para publicação por Joseph Raz e Penelope Bulloch.

Veja-se, portanto, a importância da crítica dworkiana ao positivismo de Hart, assim como o de Kelsen, os quais aceitaram em suas teorias a dificuldade de se fugir da discricionariedade judicial, ou seja, a discricionariedade é tratada como um erro difícil de ser corrigido.

Em continuidade a este pensamento, Antoine Garapon relaciona a decisão judicial a critérios de *desejo*, de *vontade* do julgador. Afirma que “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar” (1996, p. 54). Percebe-se que Garapon associa o fenômeno do ativismo judicial com desejo e escolha. Dessa forma, a argumentação apresentada pelo autor aproxima-se daquela referida por Kelsen como próprio da aplicação do direito por um órgão judiciário. Ademais, menciona que o ativismo se revela sob duas formas: de um clericalismo dos juristas (quando a corporação dos juízes é poderosa), ou pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos *media*⁷ (nos casos em que a magistratura não tem grande independência).

Portanto, associando os contributos destes autores, é possível demonstrar o quanto a questão do ativismo judicial está associada a um ato de vontade do Judiciário. Ademais, nota-se a intensa relação entre as expressões vontade e discricionariedade, elementos caracterizadores da postura ativista dos juízes e tribunais.

3.2 O fenômeno do ativismo judicial no Brasil

Em um contexto de ruptura com os regimes ditatoriais, vários países da América Latina adentraram em um processo de redemocratização, abrindo espaço para a participação dos cidadãos na tomada de decisões políticas. No Brasil, esse processo se consolidou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual apresentou um vasto rol de direitos sociais garantidos aos cidadãos. Além disso, a nova Constituição trouxe as garantias da magistratura, o que abriu a

⁷ Garapon trata do termo *media* como um instrumento que atrofia o fundamento da instituição judicial agitando o ordenamento ritual do processo. Trata-se de uma concorrência pela encenação da democracia. Os *media* – sobretudo a televisão – despertam uma ilusão de democracia direta, ou seja, o sonho do acesso a uma verdade isenta de qualquer mediação processual (1996, p. 77).

possibilidade de o Judiciário se tornar um verdadeiro poder político (fenômeno da judicialização da política), fazendo valer as leis e a própria Constituição, inclusive em confronto com outros poderes, através do sistema de controle de constitucionalidade que reuniu as formas difusa (modelo americano) e concentrada (modelo europeu).

Consequentemente, essa redemocratização do Brasil acabou por acarretar numeroso apelo à jurisdição, em decorrência da insatisfação da população causada pela ausência de cumprimento das promessas trazidas pela Constituição Federal.

Nesse ambiente, possivelmente com influências do ativismo judicial norte-americano (*Supreme Court*) e da jurisprudência de valores (*Bundesverfassungsgericht*), ocorreu uma mudança radical no perfil dos juristas, que abandonaram a função de operadores e assumiram o papel de atores jurídicos (TRINDADE, MORAIS, 2011, p. 152).

Ademais, o que se verifica é que, como já alertado nos anos 80 por Cappelletti (1993, p. 47), o Poder Judiciário se tornou o “terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”, ao invés do discurso da preservação das garantias constitucionais através do Poder Judiciário, da preservação da democracia e da soberania popular. Ocorre que, durante esse processo de redemocratização, os tribunais brasileiros acabaram por recepcionar equivocadamente os elementos do ativismo norte-americano e da jurisprudência de valores, inspirados na teoria – também recepcionada equivocadamente – da ponderação alexyana (STRECK, 2014, p. 57-66).

Nota-se que o cenário jurídico brasileiro se diferencia muito dos contextos alemão pós-guerra e norte-americano no século XIX, o que dificultou de sobremaneira a recepção de tais institutos. Entretanto ambos os contextos podem ser caracterizados pelo protagonismo judicial. Veja-se que através da jurisprudência de valores, juízes e tribunais desvinculam-se da legalidade; com o ativismo da *Supreme Court*, o judiciário assume uma atuação de grande interferência política; por fim, no Brasil, através da teoria do jusfilósofo Robert Alexy, ganha lugar a ponderação⁸, abrindo-se

⁸ Para Alexy: “Princípios contêm, pelo contrário [das regras], um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. [...] A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva o do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo” (2008, p. 37).

espaço à *vontade* do jurista, consistindo na escolha dos princípios que serão colocados em xeque.

Evidentemente que este posicionamento pró-ativo dos julgadores encontra guarida na desilusão cotidiana e nas promessas não cumpridas pela classe política, que parece alheia aos desafios da República e do Estado Social. Só não se pode atropelar o devido processo legal, burlar as “regras do jogo”, julgar a partir de gritos de uma multidão. Não é esse o papel do judiciário. Pelo contrário. O STF e qualquer órgão jurisdicional tem o dever de cumprir com as expectativas constitucionais, buscando a máxima eficácia dos direitos presentes na Constituição.

4. HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: UMA BLINDAGEM NECESSÁRIA

A partir do que fora apresentado, o que se quer é responder aos seguintes questionamentos: é (im) possível responder à crescente demanda social-judicial sem que se incorra no fenômeno do ativismo judicial, ferindo o Estado Democrático de Direito? Ainda, como a jurisdição constitucional pode(rá) resolver questões como déficit legislativo e promessas não-cumpridas, atendendo ao princípio democrático? Por fim, é possível superar o solipsismo do intérprete, desprendendo-se de atos de vontade de subjetivismo e de julgamentos morais, a fim de superar a percepção de sentença como “sentire”?

Nesse ponto apresenta-se a Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer como resposta ao problema central, mediante uma superação de paradigmas e o estabelecimento de um círculo interpretativo. Analisar-se-á, posteriormente, a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, a qual também apresenta respostas para a problematização, a partir do que se denominou Constitucionalismo Contemporâneo.

4.1 Hans-Georg Gadamer: a Hermenêutica Filosófica e a sua resposta ao(s) problema(s) proposto(s)

Hans-Georg Gadamer, foi fundamental para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir da teoria construída por Heidegger, com quem estudou e foi assistente, Gadamer defendeu uma ruptura na

vinculação da hermenêutica com a metodologia, afinal, para o alemão, compreender exige um horizonte, e este horizonte “está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos” (2014, p. 404).

Nota-se que o historicismo tem papel imprescindível no pensamento gadameriano, pois a linguagem é sempre uma representação do conhecimento histórico e da tradição, ou seja, o horizonte do presente se forma partir de um olhar sobre o horizonte da história. É o que Gadamer chamou de “fusão de horizontes”, e que é fundamental para o trabalho de compreensão. Em outras palavras, “o horizonte é, antes, algo no qual trilhamos o nosso caminho e que conosco faz o caminho” (GADAMER, 2014, p. 402)

Assim, Gadamer propõe a ideia de círculo da compreensão. Para o autor, “ círculo [...] não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete.” E complementa: “a antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas, em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. (2014, p. 388-389).

Há, portanto, uma fusão constante de horizontes, porque em cada momento de interpretação o passado e a tradição se unem ao presente, formando um único horizonte de compreensão. A pré-compreensão é constante na compreensão e a interpretação ocorre a partir d(ess)a fusão de horizontes, afinal compreender é um processo circular e demanda quebrar paradigmas.

Não se está a tratar a Hermenêutica num sentido instrumental e teórico, estabelecendo regras para a compreensão. Pelo contrário, Gadamer pretende mostrar que a constituição de sentido não é fruto de uma subjetividade isolada e separada da história, mas é explicável a partir de nossa pertença à tradição (FACCINI NETO, 2011, p. 49).

Constata-se, portanto, a indissociabilidade entre compreensão e interpretação, já que a interpretação é ato de compreensão prévia, não havendo cisão temporal entre compreender e aplicar. Para Gadamer, tudo ocorre em um único acontecer de sentidos, pois a compreensão já traz em

sí a aplicação; e isso é interpretar.⁹ A interpretação “não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão” (GADAMER, 2014, p. 404).

Nesse contexto, a Hermenêutica Filosófica aparece para superar o paradigma da filosofia da consciência, bem como do solipsismo (subjetivismo) do intérprete; isso porque a antecipação de sentidos, que guia a nossa compreensão, não é um ato de subjetividade, pois se determina a partir da fusão de horizontes que nos une com a tradição (GADAMER, 2014, p. 388)

No mesmo sentido, Streck defende que não é possível, nesta quadra da história, defender teorias positivistas¹⁰, pois estas se recusaram a aceitar (ess)a viragem hermenêutico-ontológica, provocada por Heidegger e Gadamer. Ainda, os positivistas preferiram “apostar na razão teórica, deixando de lado as questões relativas à razão prática”. Daí as suas apostas na discricionariedade (2014, p. 466).

A Hermenêutica Filosófica, contrapondo, portanto, as teorias positivistas (Kelsen e Hart), supera o paradigma da filosofia da consciência e insere o mundo prático na filosofia, o que é proporcionado pelo giro ontológico linguístico. O giro ontológico reconcilia prática e teoria e, “ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação” (STRECK, 2014, p. 463).

Segundo Gadamer, para compreendemos um texto é impossível transportar-se à esfera psíquica do autor, mas não ao seu pensamento. Assim, é preciso se fazer valer da objetividade daquilo que diz o outro se o quisermos compreender. Ocorre que, na compreensão do escrito, “nos movemos em uma dimensão de sentido que é compreensível em sí e não motiva, como tal, um regresso à subjetividade do outro” (GADAMER, 2000, p. 142).

⁹ Cumpre mencionar que a tradição hermenêutica separava os momentos da compreensão. Assim, distinguiu-se uma *subtilitas intelligendi* (compreensão) de uma *subtilitas explicandi* (interpretação) e, posteriormente uma *subtilitas applicandi* (aplicação), como três momentos do modo de realização da compreensão (GADAMER, 2014, p. 406).

¹⁰ Aqui se usa o termo positivista como aquele defendido por Kelsen e Hart, entendendo que a interpretação do direito é eivada de subjetivismo provenientes de uma razão solipsista do intérprete.

Assim, entende-se o fenômeno da compreensão como uma “aplicação de sentido” ao texto, contrapondo-se à ideia de reprodução de sentido, afinal há uma distância temporal entre a produção do texto e a sua interpretação, o que impossibilita a reprodução fiel de sentidos entre legislador e intérprete. O sentido, portanto, é dado pela construção do intérprete a partir de sua vivência (ontológica) no mundo.

Compreender é dar sentido ao texto, possibilitando uma constante interlocução entre o passado (pré-compreensão) e o presente. Dessa forma, a norma (sentido) a ser aplicada pelo intérprete não pode ser produto de sua vontade (ou de sua discricionariedade). Para a vertente gadameriana, esse problema da discricionariedade se resolve pelo seu caráter antirrelativista. “A antecipação de sentido que se dá na *applicatio* – porque não há cisão entre interpretar e aplicar – funciona como uma blindagem contra a discricionariedade na atribuição dos sentidos” (STRECK, 2014, p. 430).

O diálogo entre a Teoria Pura do Direito e a Hermenêutica Filosófica permite a constatação de que as consequências da teoria de Kelsen ainda estão presentes entre os juristas. É o que se verifica nas cisões – Direito e ciência, ciência e aplicação –; busca de métodos para a aplicação; discricionariedade presente no recurso da “moldura”; e esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência.

O déficit de realidade produzido pela Teoria Pura deve ser preenchido pela postura hermenêutico-ontológica, que supera o método e coloca no modo-de-ser-no-mundo e na faticidade o *locus* da compreensão. O compreender, dessa forma, deixa de ser um agir do sujeito, tornando-se um modo-de-ser, ultrapassando o paradigma da subjetividade.

Compreender o giro hermenêutico-ontológico significa refutar a discricionariedade do intérprete, através do caráter antirrelativista da Hermenêutica Filosófica, posto que a ausência de cisão entre o interpretar e o aplicar funciona com blindagem contra a vontade solipsista na atribuição dos sentidos.

4.2 Contribuição da Crítica Hermenêutica do Direito

A doutrina brasileira, a partir da promulgação da Constituição de 1988 e, conseqüentemente, do início do processo de redemocratização

do país que acabara de se desvincular do regime ditatorial, começou a produzir intensos estudos sobre a atividade dos tribunais nacionais, em função de um numeroso apelo à jurisdição para a concretização dos direitos fundamentais trazidos pela própria Constituição.

Streck, nesse contexto, veem, há mais de vinte anos, apresentando seus estudos sobre a atividade jurisdicional brasileira, focando sua crítica na discricionariedade dos juízes e nos mais variados tipos de ativismos judiciais, operando com a filosofia do Direito e com a Hermenêutica Jurídica.

Para Streck, países como o Brasil necessitam de sobremaneira da Jurisdição Constitucional, afinal o “Estado Constitucional representa uma formula de Estado de Direito” sendo que o Poder Legislativo estaria limitado à Constituição e, conseqüentemente, aos Tribunais, que zelam pela garantia da constitucionalidade das leis (2014, p. 48). Entretanto, para o jurista é necessário que a atuação jurisdicional não se limite à preservação de procedimentos democráticos, pois estes enfraquecem o papel compromissário da Constituição.

Cumprе mencionar que as teorias procedimentais (Habermas), já apresentadas neste trabalho, garantem o acesso aos mecanismos de participação democrática na criação do direito, mas isto, não raramente, exclui o acesso das minorias isoladas, que não possuem voz nos processos de participação política (o que é o caso de países como o Brasil, já que não se tem condições de possibilidade de efetivação de direitos previstos no texto constitucional). “Se a Constituição assume uma feição de resgate das promessas (incumpridas) da modernidade (esse é o modelo da revolução copernicana que atravessou o direito no século XX), a construção das condições para a obtenção de respostas corretas nada mais é do que a construção das condições para que se alcance respostas adequadas à Constituição” (STRECK, 2014, p. 123).

Ocorre que, por diversas vezes a atuação da jurisdição constitucional favorece(u) o protagonismo judicial, que, quando transcende a ativismo judicial, aparece como um problema que precisa ser resolvido. Não é surpresa que o Poder Judiciário tenha passado por inúmeras modificações, que o elevaram a um grau de poder político, atribuindo-o responsabilidades que eram características dos poderes Executivo e Legislativo, como a realização de políticas públicas (fenômeno

da judicialização da política). Contudo, o contexto que se mostra é de intensa discricionariedade, delegando ao STF “poderes amplos, gerais e irrestritos”.¹¹

A partir da necessidade de um *contramovimento* que freasse essa problemática, a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck apresenta respostas para a problematização, fundando-se no que se denominou Constitucionalismo Contemporâneo. Trata-se de um movimento (giro hermenêutico-ontológico) que surge como superação ao positivismo jurídico, numa perspectiva de “descontinuidade”, implicando um novo olhar sobre o fenômeno jurídico, através do estabelecimento de novas teorias: das fontes, da norma e da interpretação (TASSINARI, 2013, p. 134).

O Constitucionalismo Contemporâneo é uma tendência que aparece no segundo pós-guerra, caracterizado pela existência de textos constitucionais gerados numa perspectiva de materialidade, passando a incorporar garantias aos cidadãos. Avança-se de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 2007, p.73).

Por conta disso, Streck propôs uma *nova teoria das fontes*, rompendo com a concepção meramente legalista do Direito, porque a lei deixa de ser a única fonte, atrelando sua validade à Constituição, que passa a ser onipresente, subordinando o Legislativo, o Executivo e o próprio Judiciário (TASSINARI, 2013, p. 136). Ganha espaço o caráter *prospectivo* dos textos constitucionais, tornando a Constituição um instrumento norteador da sociedade para o Estado que se pretende construir. Nas palavras de Streck, “há que se ter presente que o direito do Estado Democrático de Direito supera essa noção de “fontes sociais”, em face daquilo que podemos chamar de prospectividade, isto é, o direito não vem a reboque dos “fatos sociais” e, sim, aponta para a reconstrução da sociedade” (2014, p. 516).

Tal fator não permite que o direito fique a reboque de fatos sociais. Assim, para o Constitucionalismo Contemporâneo, a Constituição é um projeto de construção de uma sociedade justa e igualitária, “não

¹¹ Ao confirmar a situação, veja-se que o *Anuário da Justiça* no ano de 2009, tematizando a atuação do STF, publicou a seguinte manchete: “O ano da Virada: País descobre que, ao constitucionalizar todos os direitos, a carta de 1988 delegou ao STF poderes amplos, gerais e irrestritos. E o Tribunal governa.”

tendo somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados” (STRECK, 2011, p. 67).

Da mesma maneira, o Constitucionalismo Contemporâneo, pela via de uma *nova teoria da norma*, aparece para reconciliar Direito e Moral. A resposta da Crítica Hermenêutica do Direito, que pretende romper com o positivismo jurídico, é demonstrar que a reconciliação entre Direito e Moral ocorre no interior do fenômeno jurídico, numa revisão crítica do papel dos princípios (TASSINARI, 2013, p. 138).

Streck, baseado no pensamento de Dworkin, parte da concepção de que Direito e Moral são cooriginários, refutando a ideia de Moral como uma ferramenta à disposição do julgador para a concretização de seus desejos e suas vontades. Para o autor, a Moral está internalizada no direito, e é através dos princípios que essa internalização ocorre.

Assim, a *nova teoria da norma* contribui demasiadamente para o problema do ativismo judicial, isto porque os princípios como limitadores da discricionariedade, haja vista que agora eles passam a ser concebidos como elementos integrantes do Direito, desvinculando-se da noção de princípio como elemento discricionário. Nas palavras de Streck, os “princípios funcionarão como uma blindagem contra arbitrariedades, apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do direito (antítese das posturas axiologistas-decisionistas)” (2014, p. 326).

Resta, por fim, fazer menção à *nova teoria da interpretação*, que aparece igualmente como uma tentativa de superação das posturas discricionárias (ponto central do problema do ativismo judicial), e de rompimento com as teorias positivistas, que ainda permeiam o cenário jurídico pátrio.

Com as transformações constitucionais desinentes do pós-Segunda Guerra, fez-se necessário uma nova maneira de se pensar a interpretação e a compreensão do direito, buscando-se ultrapassar a dicotomia existente no debate interpretativo: por vezes a “vontade da lei” deve ser buscada com todo o vigor; em outras há uma procura ferrenha pela “vontade do legislador”. Finalmente, quando nenhuma das duas é suficiente, põe-se no topo a “vontade do intérprete”. O resultado é a

subjetividade criadora de sentidos e o solipsismo do sujeito (STRECK, 2010, p. 162).

Para isso, Streck, alicerçado no Constitucionalismo Contemporâneo, elaborou uma *teoria da decisão judicial*, com o fito de obter respostas corretas em direito (ou, constitucionalmente adequadas), que se apresenta a partir de quatro elementos centrais¹²:

- a) Uma viragem linguística ontológica, arraigada na Filosofia de matriz heideggeriana e ancorando-se na Hermenêutica Filosófica gadameriana. O momento da interpretação de um texto/lei deixa de ser percebido de modo separado de sua aplicação, mas num único acontecer de sentidos (uma aposta na pré-compreensão como limite ao decisionismo). O ato interpretativo do Direito deixa de ser um procedimento de “extração de sentido”, passando a ser concebido como “atribuição de sentido”¹³;
- b) A responsabilidade política dos juízes é um elemento extraído da teoria do direito de Dworkin, ao passo que, como afirma Streck, se o advento do Estado Democrático de Direito tencionou a relação entre os Poderes em direção à esfera constitucional, também obrigou/responsabilizou os juízes perante a sociedade, especialmente porque o Judiciário passou a decidir questões que envolvem direitos sociais (apud TASSINARI, 2013, p. 144);
- c) Através da responsabilidade política do juiz, advém o dever de fundamentação de suas decisões.¹⁴ Segundo Streck, esse dever de fundamentação explica-se na diferença entre decisão e escolha, isso porque a decisão jurídica “não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias

¹² Para melhor exemplificação dos pontos principais da *teoria da decisão judicial* de Lenio Streck, optou-se pelos quatro pontos apresentados por Clarissa Tassinari (2013) na seção “Uma nova teoria da interpretação: a construção de uma teoria da decisão judicial como condição para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas (corretas)” em que a autora expõe os estudos de Streck (p. 141-146).

¹³ Ver ponto LV do capítulo 12 da obra *Verdade e Consenso* (STRECK, 2014, p. 447).

¹⁴ Fundado no artigo 93, inciso IX, da Constituição.

possibilidades para a resolução de um caso concreto, *escolhe* a que lhe parece mais adequada”. A escolha, portanto, é parcial, é um ato de opção (subjetividade). Entretanto, a “*decisão* se dá a partir do comprometimento com algo que se antecipa”, e esse compromisso deve fundar-se em uma reconstrução histórica (2013, p. 107-108);

- d) Finalmente, a fundamentação que, como visto, é necessária para uma decisão, deve ser constitucionalmente adequada, implicando no dever de cumprir a Constituição e fundamentar a utilização dos princípios constitucionais de maneira uniforme (igualmente para todos os casos em que lhe utilizam-se), a fim de superar as posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito, que acabam por fragilizar o Estado Democrático de Direito.

Apresentados os principais pontos da Crítica Hermenêutica do direito, de Streck, percebe-se que o Constitucionalismo Contemporâneo pode responder à crescente demanda social-judicial apresentada aos tribunais brasileiros, sem que se incorra em ativismos judiciais e seu específico problema: a discricionariedade.

Para tanto, a nova teoria da interpretação, que perpassa os filósofos Gadamer e Dworkin, acredita em uma defesa da jurisdição constitucional, afinal, além de servir como forma de garantia daquilo que é o cerne do pacto constituinte de 1988, serve de corretivo àquelas ações (ou omissões) legislativas que não respondam de maneira correta (adequada ao texto constitucional) aos anseios da sociedade, atendendo, inclusive, ao princípio democrático. (STRECK, 2013, p. 114).

Deve haver, portanto, um controle das decisões jurisdicionais, que não se confunde com a diminuição do papel da jurisdição constitucional, mas que sirva de barreira ao sujeito solipsista, aquele que decide conforme sua consciência e a partir de suas vontades. Nesse contexto histórico, não se necessita de ativismos judiciais para a concretização da Constituição. Deve-se superar o “velho” positivismo, afinal, o Direito não pode ser aquilo que um Tribunal diz que ele é. É preciso ter claro que sentença é decisão (de-cisão), não é escolha e que

sentença não vem de *sentire*, porque, dessa forma, certamente, colocar-se-ia sob risco o Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

O debate acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário perpassa os anos e faz-se necessário, cada vez mais, para qualquer discussão sobre democracia, ativismo judicial e jurisdição constitucional. Assim, a abordagem deste trabalho revela questões e problemas que permeiam o cenário jurídico brasileiro, que vêm sendo traçado pela forte manifestação do Poder Judiciários na vida social.

A partir de uma problemática que envolve o fenômeno do ativismo judicial e o problema que ele representa para o Estado Democrático de Direito, procurou-se uma resposta ao crescente apelo ao Poder Judiciário, frente à inefetividade dos direitos garantidos pela Constituição Federal, que não vem sendo cumpridos pelos órgãos competentes por uma diversidade de fatores.

O déficit legislativo e o não cumprimento das promessas constitucionais são as principais causas que geram o acúmulo dessas demandas judiciais, na atual conjuntura. Aliado a isso, o controle de constitucionalidade brasileiro somente contribuiu para que o Poder Judiciário se tornasse um verdadeiro órgão político, podendo declarar a inconstitucionalidade de leis criadas por um Poder democraticamente eleito. É o que se chamou de judicialização da política, fenômeno inevitável e com causas alheias a jurisdição, visando à implementação de direitos pelo Estado. Entretanto, quando elevado a ativismo judicial, tal fenômeno passa a caracterizar-se como um risco para a legitimidade democrática, pois se encobre de julgamentos morais e subjetivos, ultrapassando as barreiras dos limites constitucionais.

Decisões fundadas em argumentos políticos e morais, e carregadas por convicções pessoais de magistrados, acabam por descaracterizar as funções típicas do Poder Judiciário, contrapondo ao princípio da tripartição dos poderes estatais, tão bem trabalhado por Charles de Montesquieu (2000), e adotado pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

O fenômeno do ativismo judicial apresenta-se como um problema de teoria da interpretação do Direito, sendo decorrente de um ato de vontade do intérprete, problema que é conduzido pela Crítica Hermenêutica do Direito, que visa superar posturas positivistas, através do Constitucionalismo Contemporâneo e de uma “nova teoria da decisão judicial”.

Combater a discricionariedade, o ativismo judicial e o positivismo fático – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – requer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída. Assim, a Hermenêutica Filosófica surge como barreira à problemática, porque defende que a norma a ser aplicada pelo julgador não pode ser produto de sua vontade.

Para a Hermenêutica Filosófica (vertente gadameriana), a compreensão de um texto/norma ocorre em um único acontecer de sentidos, ou seja, não há cisão entre interpretar e aplicar. A antecipação de sentidos, que ocorre por meio de uma constante interlocução com a tradição, serve de blindagem contra o solipsismo do intérprete. Trata-se da impossibilidade de reprodução de sentidos pelo intérprete, pois não há como adentrar na esfera subjetiva do autor do texto/norma, afinal, existe uma distância temporal entre a produção do texto e a sua aplicação. Portanto, deve-se entender o fenômeno da compreensão de uma norma como aplicação de sentido pelo intérprete a partir de sua vivência no mundo.

Essa fusão constante de horizontes, caracterizada pela união do presente com a tradição (pré-compreensão do intérprete) ficou conhecida como viragem linguística ontológica, o que possibilita uma superação de posturas subjetivistas e ativistas, por meio de seu caráter antirrelativista.

Cumprе ressaltar que, no atual contexto jurídico brasileiro, deve-se ter um grande cuidado quando se fala em limites impostos ao poder judiciário, isso porque a jurisdição constitucional é fundamental para a concretização de direitos e para a defesa do papel compromissário da Constituição. Percebe-se que a defesa intolerante de procedimentos democráticos e a crítica à jurisdição constitucional não se sustentam no Brasil, ante a falta de efetividade dos direitos garantidos pela própria Constituição, além de que os tribunais são responsáveis pela garantia da

constitucionalidade das leis e, conseqüentemente, podem servir de contrapeso, limitando o exercício dos demais Poderes (executivo e legislativo).

Portanto, resta aos juizes e tribunais uma responsabilidade/obrigação política perante a sociedade, porque passam a decidir questões relativas a direitos sociais. Tal responsabilidade funda-se em um dever de fundamentação, legal e principiológica, das decisões, a fim de que estabeleça um compromisso do julgador com algo que se antecipa (reconstrução histórica).

Por fim, o compromisso do julgador deve ser dar respostas adequadas – a Constituição – ao caso concreto, deixando de lado os julgamentos morais e políticos, fundados na sua vontade e na sua consciência. Não se trata de uma defesa intransigente da teoria hermenêutica como única possibilidade de resolução da problemática, mas de um estudo acerca de uma hipótese de superação do problema proposto, afinal, os aportes filosóficos apresentados servem de alicerce para uma decisão judicial correta – que, como se viu, é aquela que melhor se adéqua à Constituição – refutando-se, final e diretamente, o problema da discricionariedade e, sobretudo, do ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luíz Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. “Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. *Revista Consultor Jurídico*. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em 29 abr. 22.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Constituição, Crise e Cidadania*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 71-89.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flavio Paulo Meurer. 14. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2014.

_____. “Sobre o círculo da compreensão” In: ALMEIDA, Custódio L. S. de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 141-150.

_____. *Verdade e Método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessa: justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget. 1996.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MONTESQUIEU, Charles de S., Baron de; *O Espírito das Leis*. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 24 ed. Buenos Aires: Heliasta, 1997.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1989.

RAMOS, Elival Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. “Fim da presunção de inocência, flagrantes online... e a Constituição?” *Revista Consultor Jurídico*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-08/senso-incomum-fim-presuncao-inocencia-flagrantes-on-line-constituicao>> Acesso em 29 abr. 2022.

_____. “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?” *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 15 – n. 1, p. 158-173, 2010.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. “Ativismo Judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira”. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*. Curitiba, n. 53, p. 138-164, 2011.

VIANNA, Werneck; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. Cunha. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.