



Recebido 30 out. 2014

Aceito 31 out. 2014

## **O PAPEL DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE FILOSOFIA, TEORIA DO DIREITO E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO**

*Clarissa Tassinari\**

### **RESUMO**

Este artigo objetiva estudar as contribuições da Crítica Hermenêutica do Direito (de Lenio Streck) no modo de compreender o fenômeno jurídico no Brasil, em especial, a atuação do Poder Judiciário. Para tanto, o texto foi elaborado a partir de uma tríplice estrutura, que, por sua vez, coloca sob discussão três diferentes temas: primeiro, o resgate do diálogo entre Direito e Filosofia; segundo, a proposta de um referencial teórico para o Direito construído a partir da assimilação dos pressupostos da filosofia de um modo não instrumental, mas paradigmático; e terceiro, os reflexos disso no modo de visualizar o crescimento das intervenções judiciais em controvérsias políticas e sociais. O método utilizado na redação deste artigo foi o fenomenológico-hermenêutico, que permite revisitar a tradição jurídica, revolvendo o chão linguístico que a compõe.

**Palavras-chave:** Crítica hermenêutica do direito. Filosofia no direito. Ativismo judicial. Judicialização da política.

\* Doutoranda em direito público pelo PPG Direito da UNISINOS. Bolsista CNPq-BR. Mestre e graduada em Direito pela UNISINOS. Membro do “*Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos” e do grupo de pesquisa “Hermenêutica Jurídica” (CNPq), ambos liderados pelo prof. Lenio Luiz Streck. Advogada (OAB/RS). E-mail: clarissa@tassinari.adv.br.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 já completou mais de vinte e cinco anos. Desde que passou a ser a norma fundamental do país, nada mais de tão significativo aconteceu no contexto político-jurídico brasileiro que possa ser comparado a este evento. O texto constitucional de 1988 (e, com ele, suas instituições, institutos e todos os seus avanços em termos de direitos e garantias) é, portanto, o novo sobre o qual ainda temos que produzir reflexão.

A importância deste reconhecimento pode ser justificada por pelo menos dois motivos: primeiro, porque a Constituição de 1988 representou, antes de tudo, uma significativa e positiva ruptura com a tradição; segundo, porque as grandes transformações não se concretizam simplesmente com o surgimento de novos textos, mesmo que sejam *revolucionárias* constituições. Para que aconteça um efetivo rompimento, é necessário, além de uma mudança que se opere no âmbito da institucionalidade (como o surgimento de um processo constituinte, como o que deu origem à atual Constituição), a construção de um imaginário social<sup>1</sup> que incorpore esses avanços, o que depende da existência de uma postura reflexiva que seja capaz de atribuir sentido às modificações ocorridas, materializando, desse modo, o projeto constitucional.

Diante de um processo de mudança, como sugere Lima Lopes, há duas posturas a serem seguidas: ou de rejeição, pela qual se procura um retorno aos modelos tradicionais; ou de aceitação, que exige a busca por compreender os sentidos que podem ser a ele atribuídos.<sup>2</sup> Em continuidade a esse raciocínio, pode-se afirmar que a construção de sentidos sobre *o novo* implica colocar em questão o conceito de Direito, pois essa é a discussão de fundo a partir da qual serão realizadas projeções para os diversos âmbitos jurídicos. Por sua vez, a pergunta pelo conceito de Direito traduz-se pela busca de seus fundamentos.

Ao afirmar a necessidade de se realizar um exercício reflexivo que procure atribuir uma fundamentação para o Direito, está-se fazendo referência a três questões elementares: *primeira*, a compreensão de que o conceito de Direito necessariamente passa pelo reconhecimento da existência de um pressuposto teórico que lhe sustenta (em outras palavras, de uma teoria que orienta a forma de entender o fenômeno jurídico e de atribuir-lhe conteúdo); *segunda*, a constatação de que essa racionalidade segundo a qual o Direito *opera* influencia diretamente na concretização dos direitos; e *terceira*, que o direito brasileiro há

<sup>1</sup> CASTORIADIS, Cornelius (1991). **A Instituição imaginária da sociedade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

<sup>2</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima (2002). **O direito na história**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. p. 17.

muito tempo vem lutando no enfrentamento de uma crise que impede a efetivação do que foi garantido tanto pela legislação quanto pelo texto constitucional.

Por muito tempo, o positivismo jurídico (em especial, o de matriz kelseniana) foi onde a teoria do Direito procurou os elementos para dar legitimidade ao Estado Democrático de Direito e toda sua arquitetura (formal e material). Ocorre que o positivismo kelseniano se propôs a elaborar conceitos de um modo tão rigoroso, que construiu uma teoria descritiva do sistema de normas positivas. Com isso, ficou reforçada a noção de dogmática jurídica, compreendida como “a atividade que tem a pretensão de estudar o direito positivo vigente sem construir sobre o mesmo juízos de valor”<sup>3</sup>, o que repercutiu na produção de uma teoria sistemática, “baseada em sua *aceitação acrítica*”.<sup>4</sup>

Essa ideia de *uma ciência (jurídica) que não pensa* repercute diretamente no afastamento do Direito da intenção filosófica, que consiste no desenvolvimento de uma postura crítico-reflexiva. É nesse contexto que se torna cada vez mais importante recuperar o diálogo entre o Direito e a Filosofia, pois somente através do questionamento, próprio da reflexão filosófica, será possível enfrentar a problemática do fundamento do Direito, proporcionando, assim, mudanças no modo como compreender os seus institutos e instituições. A primeira dessas transformações possibilitadas pela aproximação entre Direito e Filosofia é a atribuição de materialidade às construções jurídicas institucionais, tornando factível a concretização do projeto constitucional (e de sociedade) que foi elaborado por nossa Constituição e que apenas se tornará efetivo pela via de uma postura que abandone o sistema autorreferente de fundamentação (a lei com fundamento em si mesma).

Com base nisso, o presente texto obedecerá a um tríplice movimento: primeiro, resgatará a importância de se constituir e reforçar a interlocução entre o Direito e a Filosofia na busca de uma adequada resposta à pergunta sobre o que é o Direito (e não o que está de acordo com o Direito); segundo, realizará uma abordagem sobre a proposta que Lenio Streck denomina de Crítica Hermenêutica do Direito, com intuito de demonstrar a importância da adoção de uma matriz teórica que assimile os avanços filosóficos de um modo paradigmático, não instrumental; e, por fim, demonstrará os reflexos da adoção desses pressupostos teóricos na análise da atuação judiciária.

<sup>3</sup> WARAT, Luis Alberto; CARDOSO, Rosa (1977). Epistemologia e dogmática jurídica. In: \_\_\_\_\_. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca. p. 25.

<sup>4</sup> Idem, ibidem. (grifos meus)

## 2 CONSTRUINDO O DIÁLOGO ENTRE DIREITO E FILOSOFIA: A BUSCA DO FUNDAMENTO PARA O DIREITO NA REFLEXÃO FILOSÓFICA

Desde a Grécia Antiga, a Filosofia procurou produzir reflexões sobre o conhecimento jurídico. O desenvolvimento deste pensamento reflexivo sobre o Direito ocorria de duas maneiras, ou melhor, a partir de duas intenções: uma filosófica, que era teórica, e outra normativa, que, por sua vez, era prática. Assim, a problematização do Direito, que, no fundo, reflete a ideia de postura filosófica diante de determinado problema jurídico, operava-se neste duplo nível: teórico, mas também prático.<sup>5</sup>

A modernidade modificou completamente esta questão, o que implicou uma transformação na interrelação entre Direito e Filosofia. Embora esse período tenha produzido o nascimento da expressão Filosofia do Direito, sendo que a primeira menção a esse termo aparece como título de uma das obras de Hegel, também fomentou o desenvolvimento da separação entre teoria e prática. Com isso, a reflexão filosófica desenvolvida perante o Direito deixa de possuir esta dimensão prática (normativo-regulativa), atribuindo à Filosofia apenas o papel de fundamentação *teórica* do conhecimento jurídico.<sup>6</sup>

Filosofia do Direito passou, então, a ser sinônimo de conhecimento meramente teórico, abstrato, de certo modo desvinculado das práticas jurídicas, porque não prescritivo. Por sua vez, a intenção normativo-regulativa é deslocada, no Direito continental, para o que se chama de Filosofia Política. Assim, a Filosofia do Direito nasce, no contexto de todas estas transformações, rompendo com o que a tradição filosófica havia construído, embora o tivesse feito sem o objetivo específico de se criar uma Filosofia do Direito.

O Direito, por sua vez, a partir do ideal de ciência jurídica acabou concebendo o papel da Filosofia como diminuído em relação à produção jurídica, como desprovido de aplicabilidade. Ou seja, se, com a noção de Filosofia do Direito surge a concepção de Filosofia como fundamento do conhecimento jurídico, nem ao menos este papel foi reconhecido pelos juristas. A partir de um aumento cada vez mais expressivo do abismo entre teoria e prática, o Direito mostrou-se alheio à Filosofia, numa espécie de busca de autonomização científica, que, como referido, foi impulsionada pelo desenvolvimento e assimilação pelos juristas da doutrina positivista de Hans Kelsen.

<sup>5</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 189.

<sup>6</sup> Idem, *ibidem*.

Na verdade, ao longo dos séculos, a questão do conhecimento humano colocava em choque o desenvolvimento das ciências com a Filosofia. Após o reconhecimento da inicial ligação, isto é, da ideia de ciência como desmembramento da Filosofia, houve todo um movimento das ciências para se tornarem autônomas e independentes. Assim, a compreensão do homem, a partir da proclamação de uma independência (científica), passava a ser derivada de pontos de partida absolutos, evidências definitivas e deduções abstratas, que colocavam de lado a experiência concreta, criando uma racionalidade dogmatizada.<sup>7</sup>

O problema que envolve a relação Direito e Filosofia consiste, fundamentalmente, no fato de que, para o Direito, em geral, a produção do pensamento crítico está simplesmente vinculada à confrontação de posições teóricas. Essa mera contraposição de argumentos jurídicos é produzida como mera discussão, isto é, sem que se busque os fundamentos de cada uma das posturas sob análise. Por esse motivo, a aproximação entre Direito e Filosofia permite “(...) olhar mais no fundo da questão e descobrir qual é o standard de racionalidade que está por trás da argumentação e das premissas”.<sup>8</sup>

Desse modo, a noção de uma resistência do Direito à Filosofia deve ser entendida no contexto da ideia positivista de autonomia jurídica como autossuficiência. Isso significa que, a partir de uma concepção enclausurada conhecimento jurídico, o Direito se constitui fechado nele mesmo. Como consequência, rejeita qualquer influência externa, como a da Filosofia, por exemplo.

Quais as consequências deste isolamento jurídico da perspectiva filosófica? A existência de uma postura jurídica não reflexiva. Ou seja, os assuntos que a Filosofia do Direito traz para a nossa reflexão são temas que se relacionam com a construção de uma sociedade democrática. Dessa forma, pode-se afirmar que é na Filosofia que conseguiremos encontrar os sentidos das palavras que constituem a Constituição, isto é, o sentido para os institutos e instituições do Direito.

É por esse motivo que a expressão Filosofia do Direito, com o passar dos tempos, em oposição à produção desse saber encapsulado produzido por influência do positivismo jurídico, ganhou foros de cidadania. A Filosofia do Direito se diferencia da chamada Ciência do Direito ou das doutrinas do Direito, porque essas nos habilitam a dizer o que está e o que

<sup>7</sup> Como afirma Ernildo Stein: “A meditação sobre o homem, durante muitos séculos, se movimentava na esfera da abstração analítico-dedutivista. Os pontos de partida absolutos, as evidências definitivas eram as matrizes donde emergia a compreensão do homem. (...) Portanto, ou se partia da abstrata natureza humana ou se computavam dados positivos cuja soma jamais correspondia ao que vinha predeterminado na reflexão filosófica”. STEIN, Ernildo. **História e ideologia**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Movimento, 1972. p. 15.

<sup>8</sup> Idem, *ibidem*, p. 134.

não está de acordo com o direito positivo. Através delas, o bacharel de Direito sairá da Universidade sabendo responder à pergunta sobre o que está de acordo com a lei.

Por outro lado, a Filosofia do Direito responde a uma pergunta mais curta e, ao mesmo tempo, mais radical: o que é o Direito? Nesse sentido, é possível afirmar que a pergunta pelo conceito de Direito é a problematização acerca de seus fundamentos. Na contemporaneidade, a sociedade e, com isso, o Direito, vêm passando por transformações. Há uma simbólica tentativa de se romper com a concepção moderna de sociedade e de Direito, o que representa uma abertura ao pensamento crítico-filosófico.

O papel de busca constante por recursos de orientação e fundamentação do conhecimento jurídico no âmbito filosófico tem encontrado, progressivamente, maior aceitação. A ideia de uma exacerbação do positivismo possibilitou um novo modo de perceber a Filosofia em sua articulação com o conhecimento jurídico. É por isso que, como diz Ernildo Stein, “(...) estamos postos diante da alternativa: ou encontramos um modo de pensar a relação entre Filosofia e Direito em uma nova dimensão, ou permanecemos na corrida interminável de um Direito que se especializa para esconder o impasse de seu vazio”.<sup>9</sup>

### 3 O PAPEL DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (DE LENIO STRECK)

Com o objetivo de tornar possível o diálogo entre Direito e Filosofia, Lenio Streck cria um movimento que denomina de *Crítica Hermenêutica do Direito*. Com isso, o jusfilósofo busca reconhecer a importância das transformações filosóficas para uma adequada e crítica concepção do fenômeno jurídico, mas, ao mesmo tempo, revela os equívocos existentes em propostas que meramente buscam se apropriar dos elementos da Filosofia sem uma adequada contextualização às particularidades do sistema jurídico. Ou seja, a *Crítica Hermenêutica do Direito* é uma teoria dos direitos construída sob os aportes paradigmáticos da Filosofia; não uma proposta que busca em critérios filosóficos a solução para problemas jurídicos.

A proposta de Lenio Streck, com a *Crítica Hermenêutica do Direito*, está centrada na realização de uma reflexão de caráter abrangente, considerada inovadora por diversos motivos, que podem ser assim sintetizados<sup>10</sup>:

<sup>9</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Ijuí, 2004. p. 154.

<sup>10</sup> Evidentemente, a proposta de Lenio Streck não se resume a isto. Contudo, esta foi uma tentativa de demonstrar os principais pontos que permeiam sua abordagem.

a) *primeiro*, por, sob influência de Luís Alberto Warat, consistir numa ruptura com o dogmatismo, através da afirmação de uma hermenêutica crítica na interpretação/aplicação do direito (na superação do que ficou conhecido por “senso [ou sentido] comum teórico dos juristas”<sup>11</sup>), o que repercutiu sobremaneira no modo de compreender o ensino jurídico no Brasil;

b) *segundo*, por, em contato com a obra do filósofo Ernildo Stein, assentar sua teoria sob os aportes da filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger) e da hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer) e, a partir disso, evidenciar as inter-relações entre Direito e Filosofia, rompendo com a *negação (resistência) filosófica* que povoava o ambiente jurídico no Brasil, o que resultou na expressão filosofia *no* direito (terminologia por ele criada); e

c) *terceiro*, por agregar a tudo isso a construção de uma *teoria da decisão judicial*, elaborada a partir de uma imbricação com a proposta do jurista norte-americano Ronald Dworkin, fazendo nascer a tese do direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas (a respostas corretas), estruturada a partir do dever de fundamentar as decisões, que, por sua vez, apresenta-se como uma exigência dos pressupostos democráticos do constitucionalismo.

É neste sentido que a proposta de Lenio Streck apresenta-se diferenciada: a partir de pressupostos filosóficos, sua teoria não apenas dá uma nova tônica à interpretação do Direito, mas também possibilita visualizar, com base nisso, a existência de problemas jurídicos, como, por exemplo, a assimilação e os incentivos dados ao elemento discricionário na construção da decisão judicial. Assim, a reflexão filosófica presente na obra de Streck, dentre outros temas, impulsiona o conhecimento jurídico em direção a uma pergunta fundamental: *como decidir?* Com isso, verifica-se que a intenção filosófica – que é crítico-reflexiva – possibilita o despertar para novos dilemas jurídicos, que, por sua vez, exigirão soluções que devem ser elaboradas a partir dos caminhos construídos pela teoria do direito (não por uma “aplicação imediata” dos conceitos fundamentais da Filosofia).

Como referido acima, um dos vieses que marca interpretação do fenômeno jurídico sob os aportes da *Crítica Hermenêutica do Direito* é o enfrentamento do protagonismo de juízes e tribunais. Como solução para este enfrentamento crítico sobre a atuação jurisdicional,

---

<sup>11</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Lenio Streck elabora uma teoria da decisão judicial.<sup>12</sup> Sua abordagem constitui uma proposta hermenêutica de amplo espectro, mas que se estrutura a partir de quatro elementos centrais:

a) Um *novo modo de conceber o ato interpretativo*, possibilitado pelos aportes da Filosofia, compreendida não como uma filosofia ornamental ou de orientação, mas como *standard* de racionalidade. Estas terminologias são utilizadas por Ernildo Stein, indicando que há três modos pelos quais ocorre a aproximação entre a Filosofia e as demais esferas do saber (como o Direito): filosofia ornamental, de orientação ou como *standard* de racionalidade. O modo “ornamental” indica um uso “cosmético” da Filosofia, através de citações de conveniência; a filosofia de orientação aponta para um critério de utilidade, no sentido de busca por uma ética ou filosofia moral; e, por fim, a filosofia *standard* de racionalidade consiste em um projeto filosófico, que constitui um novo paradigma, sendo, portanto, a verdadeira filosofia<sup>13</sup>.

Neste sentido, a utilização do método hermenêutico-fenomenológico, de matriz heideggeriana<sup>14</sup>, possibilitou um novo modo de compreender o fenômeno jurídico, denunciando a dimensão interpretativa do Direito, seja através da desmistificação dos conceitos jurídicos como enunciados com conteúdos determinados *a priori*, seja a partir da diferença entre texto e norma (que, segundo Streck, é ontológica<sup>15</sup>). A ideia de método é compreendida à distinção da noção de certeza e segurança, própria do pensamento moderno. O método hermenêutico-fenomenológico apresenta-se como uma “ferramenta”, precária e provisória, da qual não se consegue ter total apreensão e domínio, estando voltado ao constante questionamento e, por isto, constituindo um modo de filosofar. O método proposto por Heidegger procura superar o velamento da questão do ser (que a metafísica, através de sua filosofia da subjetividade, causou), sendo fundado num modelo binário de velamento e desvelamento.

A isto são agregados os aportes da hermenêutica filosófica gadameriana, no interior da qual o momento de interpretação de um texto deixa de ser percebido de modo separado de sua aplicação, mas como um acontecimento unitário, denominado pelo filósofo alemão de

<sup>12</sup> Sobre o tema, ler: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>13</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004. pp. 135-157.

<sup>14</sup> STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: estudo do modelo heideggeriano**. Porto Alegre: Editora Movimento, 1983. pp. 12-25.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., pp. 276 e ss.

*applicatio*<sup>16</sup>. O ato aplicativo do Direito deixa de ser um procedimento de extração (reprodução) do sentido do texto (*Auslegung*) e passa a ser concebido como atribuição de sentido (*Sinngebung*), que ocorre através de um contexto de intersubjetividade, transformação através da qual Streck faz a primeira ruptura hermenêutica com a tradição: o afastamento das posturas objetivistas (vontade da lei/vontade do legislador).<sup>17</sup>

b) Por sua vez, da teoria do direito de Ronald Dworkin é extraído o segundo elemento estrutural da nova teoria da interpretação que compõe o Constitucionalismo Contemporâneo: *a reponsabilidade política dos juízes*. Segundo Streck, se o advento do Estado Democrático de Direito tensionou a relação entre os Poderes em direção à esfera jurisdicional, também obrigou/responsabilizou os juízes perante à sociedade, especialmente porque o Judiciário passou a decidir questões que envolvem direitos sociais. Assim, incorporando a noção de integridade do Direito<sup>18</sup> presente na obra de Dworkin, que se traduz na ideia de Direito considerado como um todo (que se volta ao tratamento equânime e igualitário na busca da melhor justificativa para as práticas jurídicas)<sup>19</sup>, Streck afirma que os juízes, ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade;

<sup>16</sup> A proposta de Hans-Georg Gadamer veio para superar a divisão do problema hermenêutico em: compreensão (*subtilitas intelligendi*), interpretação (*subtilitas explicandi*) e aplicação (*subtilitas applicandi*). Assim, pretendendo romper com esta cisão, Gadamer afirmou: “La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión. [...] En este sentido nos vemos obligado a dar un pazo más allá de la hermenéutica romántica considerando como un proceso unitario no sólo el de comprensión y interpretación, sino también el de la aplicación. [...] la aplicación es un momento del proceso hermenéutico tan esencial y integral como la comprensión y la interpretación”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 12. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007. pp. 378-379.

<sup>17</sup> Embora este tema perpassasse todas as obras de Lenio Streck, porque, como referido, constitui *elemento estruturante* de sua teoria, pode-se encontrar o aprofundamento desta abordagem nos seguintes textos: **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, op. cit., capítulo dez, pp. 231-298; **Verdade e Consenso**, op. cit., especialmente os itens três e quatro do posfácio, pp. 468-516.

<sup>18</sup> Stephen Guest, autor que elaborou uma obra para tratar especificamente da teoria de Dworkin, faz uma abordagem esclarecedora sobre o sentido de integridade na obra do autor norte-americano: “[...] Dworkin pretende que sua ideia de integridade seja algo além e acima da consistência, da ideia de tratar casos similares de maneira similar ou, como ele diz, da mera ‘elegância’. A integridade, por outro lado, considera fundamentalmente a maneira como as pessoas devem ser tratadas e considera que os direitos dão origem e limitam as decisões a respeito do futuro da comunidade”. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 79.

<sup>19</sup> Sobre a integridade do direito, Ronald Dworkin afirma que uma decisão tomada baseada na integridade do direito considera princípios de justiça, enquadramento e devido processo, sendo a melhor interpretação à luz da prática da comunidade: “According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice. [...] Law as integrity, then, begins in the present and pursues the past only so far as and in the way its contemporary focus dictates”. DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986. pp. 225-227.

c) Esta responsabilidade política dos juízes se desdobra, também, em um *dever de fundamentação*, que advém, de forma secundária<sup>20</sup>, da própria dogmática constitucional brasileira (art. 93, IX, da Constituição), conformando, assim, o terceiro elemento da teoria de Streck. Este dever de fundamentar se desdobra na diferença entre decisão e escolha: “a escolha ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. [...] A escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. [...] Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito* (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)<sup>21</sup>;

d) Por fim, esta exigência de fundamentação não se dá em quaisquer termos, mas a partir do que Lenio Streck passou a chamar de *respostas constitucionalmente adequadas* (quarto e último elemento que dá estrutura à sua teoria da decisão). Com este dever de cumprimento da Constituição, a discricionariedade judicial é radicalmente superada, representando uma ruptura com posturas solipsistas, que fragilizam a força normativa do texto constitucional. Ganha espaço, portanto, o papel dos princípios como fechamento interpretativo e o respeito à história institucional do direito (seu DNA, diria Streck). Com a tese da resposta correta (que não é nem a única, nem a melhor, mas a resposta adequada ao caso), também inspirada no posicionamento de Dworkin<sup>22</sup>, há a segunda ruptura com a tradição: a superação das posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito. Tal posicionamento revela-se como âmago do constitucionalismo democrático, sendo indispensável para a legitimidade da jurisdição.

<sup>20</sup> A expressão *de forma secundária* é utilizada no sentido de que o dever de fundamentação da decisão judicial, antes de tudo, decorre da responsabilidade política dos juízes perante uma sociedade democrática.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 105-106.

<sup>22</sup> Sobre a tese da resposta correta, Marcelo Cattoni faz uma excelente leitura, ao afirmar que: “A tese da única resposta correta [de Dworkin] é, sobretudo, uma questão de postura ou atitude, definidas como *interpretativas e auto-reflexivas, críticas construtivas e fraternas* em face do *direito como integridade*, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é *metafísica*, mas *moral e jurídica*”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21.

Como se pode perceber, a *Crítica Hermenêutica do Direito* constitui uma matriz teórica que orienta o modo de compreender o fenômeno jurídico. Em especial, com base numa postura filosófica, agrega à dogmática jurídica a possibilidade de uma leitura crítica do Direito. Tudo isso, ao mesmo tempo, impede os retrocessos sociais, mas também participa ativamente na consolidação do projeto constitucional democrático insculpido pela Constituição Cidadã.

#### 4 A DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

No atual cenário jurídico, a atuação do Poder Judiciário aparece como um dos temas que cada vez mais ganha destaque. Sob os mais diferentes enfoques, o exercício da jurisdição assumiu, gradativamente, o centro do debate jurídico por todo mundo. Em outras palavras, a abordagem que outrora poderia ser observada (e considerada) como própria das experiências norte-americana e inglesa (ou, ainda, específica do sistema da *common law*), na contemporaneidade, atinge abrangência muito maior, constituindo o cerne da questão envolvendo a concretização de direitos nas tradições de diversos países, inclusive daqueles fundados sob os pilares da *civil law*.

Com isso, tem-se que, agregado às transformações pelas quais passa a teoria constitucional – muitas das quais consolidam significativos avanços, é importante referir –, predominantemente, mesmo no Brasil, aparece o *elemento jurisdicional do Estado* vinculado a expressões como “*global expansion of Judicial Power*” (Neal C. Tate e Torbjörn Vallinder), “*juristocracy*” (Ran Hirschl), “*judge-made law*” (Christopher Wolfe), “*governing with judges*” (Alec Stone Sweet), “*judicial activism*”, dentre outros possíveis termos que, na relação entre os Poderes, dão ênfase ao Judiciário. Ou seja, o (novo) constitucionalismo (que, para muitos, consolidou o que ficou conhecido como “*posturas neoconstitucionalistas*”), majoritariamente, é articulado e, por vezes, identificado por um protagonismo da atividade jurisdicional, mesmo em sistemas que estão assentados, em sua origem, no direito legislado. Sob esta perspectiva, no Brasil, parcela considerável dos juristas (e, inclusive, dos membros que compõem o Judiciário) começa a conceber a jurisdição a partir de dois principais *pressupostos* – pela via do ativismo judicial e/ou da judicialização da política.

Neste ponto, a utilização da palavra *pressuposto* não é aleatória: ela se atribui ao fato de que a teoria do direito assimilou (de modo praticamente instantâneo) o perfil ativista do

Judiciário, tomando-o como *punto de partida* para a composição do cenário jurídico, isto é, considerando esta característica como algo inerente, *pressuposta*, portanto. Assim, pouco se tem percebido que não basta afirmar (defender ou constatar) a existência do ativismo judicial (ou, também, da judicialização da política), mas é imprescindível que se demonstre *como* conjugar os elementos – *constitucionalismo-Judiciário-política-ativismo*, citando, aqui, apenas os principais – que perpassam estas duas concepções, problemática que, aliás, vem sendo debatida há mais de duzentos anos nos Estados Unidos, desde o julgamento do caso *Marbury versus Madison* (em 1803), que deu origem ao controle de constitucionalidade norte-americano (*judicial review*). Em outras palavras, no Brasil, poucos têm sido os esforços voltados para elaborar um quadro com sustentabilidade teórica que dê conta de compor todos os matizes necessários para consolidar uma teoria judicial que esteja adequada ao Estado Democrático de Direito, com todos os seus indispensáveis desdobramentos.

Na obra “Teoría Impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana”, Diego Eduardo López Medina afirma que as transformações ocorridas no constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX, com a garantia dos direitos fundamentais, proporcionaram uma guinada hermenêutica e política no direito latino-americano, do que resultou uma “recepção entusiástica dos materiais justeóricos e constitucionais anglo-saxões”, que até então possuíam certa rejeição em face de uma tendência (europeia) ao formalismo. A partir desta “nova linguagem constitucional”, criou-se um imaginário de que as construções justeóricas (“*iusteóricas*”) possuíam um caráter transnacional, formando uma espécie de conhecimento abstrato (com discursos de caráter global), passível de ser utilizado em diferentes contextos e por culturas com antecedentes distintos.<sup>23</sup> E, em virtude deste ambiente forjado por estes acontecimentos, Medina diz que “éramos [os latino-americanos], no princípio, cópias europeias e, agora, talvez, cópias norte-americanas”.<sup>24</sup>

Com isso, o jurista colombiano denuncia o fato de que o direito na América Latina se apresenta impregnado, cada vez mais, das teorias advindas de solo estadunidense (e, também, do continente europeu). Em consequência, Medina sugere que a atual produção acadêmica no âmbito da teoria do direito pode ser dividida em “locais de produção” (“*sítios de producción*”) e “locais de recepção” (“*sítios de recepción*”). Para o autor, os “locais de produção” consistiriam círculos intelectuais de grande prestígio, com influência transnacional;

<sup>23</sup> LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004. pp. 4-13.

<sup>24</sup> No original: “Éramos, en un principio, copias europeas y ahora, quizás, copias norteamericanas”. Ibidem, p. 13.

em contrapartida, os “locais de recepção” fariam referência aos países periféricos, que, usualmente, transportam ou fazem uso de propostas que tiveram origem nos países considerados “locais de produção”.

Em que pese os contributos teóricos oriundos destes *centros de produção* tenham, no mais das vezes, a pretensão de certa universalidade (ou adquirem este caráter simbólico em contato com os *ambientes de recepção*), Medina afirma que as teorias desenvolvidas nestes locais são “produtos de situações políticas e sociais concretas”, no sentido de que “pressupõem um contexto material (problemas ou preocupações sociais, doutrinários, econômicos específicos)”. Aliás, como mesmo informa o autor, se, ao receber tais teorias oriundas destes *locais de referência*, fosse considerando todo o caldo de cultura intrínseco à sua formação, fazendo a devida contextualização, releitura e/ou adaptação, não se criaria um ambiente hermenêutico empobrecido, como acontece na atual conjuntura, mas, sim, um espaço para aprimoramentos teóricos.<sup>25</sup> O problema é que o Brasil, no mais das vezes, acabou se colocando neste papel de “local de recepção” no que diz respeito à análise da atuação do Judiciário, em especial, ao ativismo judicial, incorporando os contributos da doutrina norte-americana sem a observação das especificidades do caso brasileiro.

Neste sentido, a *Crítica Hermenêutica do Direito* contribui para a discussão sobre o modo de compreender a atuação do Judiciário. Em um contexto em que frequentemente o Judiciário é acionado para resolver conflitos, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão-somente a um produto das decisões judiciais, o que afetaria as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro. Assim, o *primeiro passo* para situar o problema envolvendo o ativismo judicial no Brasil é possibilitar sua dissociação do que se entende como judicialização da política.

Na obra coletiva “Diálogos institucionais e ativismo”, escrita pelo grupo de pesquisa Novas Perspectivas da Jurisdição Constitucional (sucessor do Laboratório de Análise Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal), o ativismo judicial é identificado como um “processo político-institucional” pelo qual se assume “um modelo de jurisdição constitucional

<sup>25</sup> “Cuidadosamente examinadas, es patente que las iusteorías formadas en sitios de producción son también el producto de circunstancias políticas y sociales muy concretas. Sin embargo, su transplantabilidad global y su valor ‘general’ y ‘objetivo’ depende del hecho crucial de oscurecer o minimizar los contextos específicos en que dichas iusteorías se forjaron. [...] Este conocimiento presupuesto entre autor y lectores en sitios de producción permite un doble proceso: los argumentos iusteóricos presuponen un context material (problemas o preocupaciones sociales, doctrinarios, económicos específicos que influyen el autor), pero en la medida en que ese contexto se supone culturalmente alcanzable por el lector en el sitio de producción a partir de algunas pocas trazas escriturales específicas se termina por suponer que el lector terminará haciendo una lectura correcta, o por lo menos normalizada de la teoría que se le ofrece”. Ibidem, pp. 16-17.

com forte apelo de supremacia”.<sup>26</sup> Além disso, através de pesquisas que consistiam em analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal, desenvolvidas anteriormente pelo grupo, é possível afirmar que sua jurisprudência realiza o ativismo judicial, traduzido “em estratégias de reivindicação de competências que, ‘a priori’, não seriam de plano reconhecidas”.<sup>27</sup> Em aproximação a esta forma de conceber o ativismo judicial, Lenio Streck afirma que:

[...] 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 pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]).<sup>28</sup>

Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. Portanto, é seguindo os posicionamentos dos autores acima referidos a respeito do tema que podem ser apresentados *apontamentos finais* sobre a forma de compreender a diferença entre ativismo judicial e a judicialização da política no Brasil, base para a construção dos próximos capítulos:

*Primeiro*, não há como negar o elo existente entre Direito e Política;

*Segundo*, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais;

*Terceiro*, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno;

E *quarto*, a judicialização da política é um “*fenômeno contingencial*”<sup>29</sup>, isto é, que insurge de determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais.

Se, como afirma Marcelo Cattoni, a última tendência da sociedade consiste em transferir o exercício da cidadania para o Supremo Tribunal Federal<sup>30</sup>, o Judiciário não pode

<sup>26</sup> SILVA, Cecília de Almeida. et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 13.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., p. 589, nota de rodapé 123.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, op. cit., pp. 51-56; e TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.31.

<sup>30</sup> “A última moda do momento é transferirmos o nosso destino e o nosso exercício da cidadania para o Supremo Tribunal Federal sob a desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursivo da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007p. 74.

se desonerar da responsabilidade decorrente do papel que assume perante a sociedade. E, neste sentido, posturas ativistas e de evidente protagonismo judicial representam riscos democráticos.

No atual contexto, como afirma Francisco José Borges Motta ao construir uma tese que, juntamente com Dworkin, convoca a comunidade jurídica a levar o direito a sério, o protagonista não pode mais ser o juiz individualmente considerado, mas, sim, o Direito.<sup>31</sup> Isso somente será possível quando se edificarem posturas teóricas que se disponham a discutir o problema do ativismo judicial (ou da discricionariedade) de frente, com a merecida profundidade teórica. É este o propósito do Constitucionalismo Contemporâneo, na abordagem feita por Lenio Streck.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No conto “As ideias do Canário”, Machado de Assis conta a história de um canário que morava dentro de uma loja, trancado em uma gaiola. Quando perguntaram-lhe se ele não sentia falta do céu, da liberdade, enfim, das experiências que a vida de pássaro poderia lhe proporcionar fora da gaiola, ele respondeu dizendo que seu mundo era aquele: a loja, a pessoa que o servia e todos aqueles elementos que compunham a loja. No momento em que um comprador tirou-o daquele lugar, seu mundo passou a ser o cenário que seus olhos lhe permitiam enxergar. Neste momento, foi possível perceber que sua noção de mundo limitava-se a isso: ao que ele podia ver, que abruptamente tomava o lugar daquilo que ele tinha visto, fazendo-o esquecer do passado, como se ele nunca tivesse existido.

Assim como o mundo para o canário era aquilo que ele dispunha, também os juristas (em especial, os brasileiros) parecem se comportar dessa maneira, tendo uma visão, ou melhor, uma compreensão do Direito que, na maioria das vezes, apresenta-se como limitada.<sup>32</sup> Isso pode ser percebido, pelo menos, de duas maneiras: primeiro, pela persistência de parcela considerável da comunidade jurídica em manter-se atrelada a velhos paradigmas, repristinando conceitos jurídicos ultrapassados, que já não são mais adequados para o atual

<sup>31</sup> MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29.

<sup>32</sup> Esta abordagem é feita por Lenio Streck na obra “Compreender Direito”, na parte em que explica que é impossível fazer Direito sem interpretar. Nesta seção, Streck faz interessantes interseções entre Direito e Literatura, revelando o quanto a Literatura é rica em demonstrar (metaforicamente) os problemas jurídicos. STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 15 e ss.

contexto, e desconsiderando as diversas interrelações que perpassam o fenômeno jurídico, bem como sua complexidade; segundo, por, na tentativa de superar e romper com antigos modelos, assumirem um posicionamento teórico alheio ao que foi construído ao longo da história do Direito, numa espécie de esquecimento (ou negação) da tradição jurídica.

Estas duas perspectivas de conceber o modo como os juristas se posicionam perante o Direito, apesar de apontarem para caminhos opostos, revelam a existência de um mesmo problema: a busca por um conhecimento setorial, descontextualizado, não reflexivo (porque fundado na autossuficiência do sistema), que consolida uma visão reducionista do fenômeno jurídico. Nesse contexto, é na recuperação do diálogo entre Direito e Filosofia que se pode encontrar uma abertura para o posicionamento crítico, aquele que indaga pela legitimidade dos institutos e instituições jurídicas. Na contramão de um pensamento dogmatizado, é preciso que se desenvolva uma cultura em que o posicionamento do jurista em relação a uma questão jurídica revele uma reflexão filosófica, o que, no fundo, importa discutir as bases que orientam o Direito (isto é, a pergunta pelo conceito de Direito).

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael.

**Introdução à teoria e à filosofia do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CASTORIADIS, Cornelius (1991). **A Instituição imaginária da sociedade.** 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura: ensaios críticos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 21-37.

\_\_\_\_\_. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursivo da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire.** Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. 12. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima (2002). **O direito na história**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría impura del derecho**: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Bogotá: Legis, 2004.

MOTTA, Franciso José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Cecília de Almeida et alli. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

STEIN, Ernildo. **História e ideologia**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Movimento, 1972.

\_\_\_\_\_. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Ijuí, 2004.

\_\_\_\_\_. **A questão do método na filosofia**: estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Editora Movimento, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. **Compreender Direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WARAT, Luis Alberto; CARDOSO, Rosa. Epistemologia e dogmática jurídica. In: \_\_\_\_\_. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.