

1. Introdução

O presente trabalho permeia a crise dos métodos de interpretação jurídica adotados no Brasil pós-constituição de 1988, e uma investigação acerca da trajetória do pensamento hermenêutico no país, analisando suas eventuais incongruências; bem como de que maneira a adoção da subjetividade solipsista, como forma de manutenção da democracia conforme influência do sistema europeu continental e *stare decisis*, se mostra um obstáculo à pretensão de legitimidade jurídica e/ou sua restauração.

Além disso, pretende-se compreender o debate contemporâneo entre Ativismo Judicial e Judicialização, bem como discutir a ineficiência e não-efetividade da Constituição de 1988, pós-superação do positivismo-exegético, e sua superação à luz do Constitucionalismo Contemporâneo proposto por Lênio Streck.

A relevância do tema se mostra imperiosa em função da atual e patente crise de legitimidade das instituições representativas da sociedade brasileira que, pelos mais diversos motivos, ocasionaram um Judiciário preocupantemente poderoso. Indaga-se atualmente a respeito dos rumos dessa superinstituição, e quais serão os limites da discricionariedade atribuída aos juízes na solução dos casos concretos que lhes são incumbidos de julgar.

Partindo de uma contextualização com conceitos jusfilosóficos e, considerando que a superação do positivismo implica no enfrentamento do problema da discricionariedade judicial, com o advento das teorias hermenêuticas pós-1988 – em especial o neoconstitucionalismo – passa-se a delimitar o problema de pesquisa, que é: de que maneira o fato de o juiz passar a decidir com maior discricionariedade face ao caso concreto e “conforme sua consciência” acaba por ferir a democracia e o Estado Democrático de Direito?

Objetiva-se com o presente trabalho, por meio de um estudo teórico-metodológico e jurídico-filosófico, investigar a patente crise dos métodos de interpretação jurídica adotados no Brasil sob a égide da Constituição de 1988, que se reflete nas decisões dos tribunais e fortalecem, cada vez mais, a livre convicção judicial e os panpricipiologismos. Em seguida, passar-se-á a identificar incongruências entre as teorias adotadas, tecendo contrapontos entre a legitimidade do momento constituinte brasileiro e as teorias hermenêuticas adotadas no Brasil, propondo, ao final, uma solução para o ato de vontade individual dos juízes à luz do referencial teórico Lênio Luiz Streck.

2. O acesso à justiça, a Judicialização e o ativismo judicial: as consequências do superempoderamento do Poder Judiciário

O Brasil recebeu a Constituição Federal de 1988 no auge da crise do Estado de Bem-Estar Social, não seguindo as tendências norte-americana e europeia, criando-se um Estado amplo. No entanto, o país não teve um Estado Social. Trata-se de uma Constituição rica em direitos de primeira, segunda e terceira geração, mas com uma sociedade carente de sua execução. O motivo pode ser explicado em função da falta de implementação, ou promoção inadequada e insuficiente, de políticas públicas para efetivá-los.

Nesse sentido, difundiu-se no imaginário popular – até mesmo por meio de movimentos como o de Acesso à Justiça, promovidos para a inclusão e conscientização da sociedade – que a luta por esses direitos se restringiam, ou até mesmo eram mais passíveis de consumir, ao Judiciário. As consequências foram, entre outras, o “inchaço” judicial, a morosidade processual, a insuficiência de magistrados, e até mesmo o esvaziamento das lutas sindicais e coletivas garantidas pela própria Constituição. Esse “inchaço” proporcionado pelo aumento desmedido da demanda judicial para garantias e efetivações de direitos da população tornou o Poder Judiciário mais forte, e ocasionou até mesmo uma desproporção entre os poderes, somada à inércia e esquiva dos Poderes Executivo e Legislativo, os legítimos representantes da sociedade.

O fortalecimento desmedido do Judiciário criou o que tem se chamado atualmente de “Ativismo Judicial”, que consiste na interferência habitual e significativa nas atribuições dos demais poderes. Esse fenômeno pode ser observado em diversas decisões judiciais, posicionamentos híbridos nos Tribunais de Justiça, alto grau de subjetividade e abstração concedido em sede de jurisdição, e tem trazido as mais diversas e negativas consequências na seara da Segurança Jurídica brasileira. Lênio Streck destaca:

Já como é preliminar é necessário lembrar – antes mesmo de iniciar estas reflexões no sentido mais crítico – que o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é. A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não o fosse, o que faríamos com as mais de mil faculdades de direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? E, afinal, o que fazer com a Constituição, “lei das leis”?

(2013, p. 25)

O autor propõe um questionamento acerca do que é o Direito, e o papel do intérprete do direito nessa conceituação. Nesta linha argumentativa, denuncia uma tentativa flagrante dos Tribunais de Justiça e das Cortes Superiores, contemporaneamente, de esvaziar o espírito conceituador da doutrina em prol da vontade do aplicador do Direito. Mais especificamente, daqueles que Kelsen instituiu como os “intérpretes autênticos” da norma: os juízes e tribunais.

É necessária a cautela, uma vez que, cada vez mais, vem-se observando a alçada da discricionariedade ao patamar de princípio nos Tribunais, o que, por si só, configura um grande risco ao Estado Democrático de Direito. Em face deste quadro, perde-se a clareza acerca de onde e como se aplicam a tradição, a coerência e a integridade do direito (STRECK, 2013, p. 27).

Em virtude da problemática apresentada, destaque-se o papel da interpretação constitucional e da hermenêutica como importantes solucionadores das controvérsias que vêm ocorrendo na seara jurídica. Isto é, como verdadeiros elementos legitimadores das decisões judiciais e da preservação da democracia, quando do combate às arbitrariedades pessoais que eventualmente se imiscuam na fundamentação de cada sentença judicial.

3. A discricionariedade judicial e a compreensão da função social do juiz de Direito

Perceba-se que, com o advento da Constituição de 1988, surgiram as mais diversas teorias de interpretação constitucional. O Conceito Concretista desenvolvido por Konrad Hesse influenciou o constitucionalista Luis Roberto Barroso no Brasil, e defendia que era importante reconhecer a força normativa da Constituição em razão de sua realidade social. Esta foi a força para a fundação do movimento Constitucionalismo Brasileiro da Efetividade, que nada mais era do que a constatação de que a Constituição tem o poder de transformar a realidade.

Houve, no entanto, grandes dilemas trazidos com o advento do Neoconstitucionalismo de Barroso. Dentre muitos deles, o principal é o “Protagonismo Judicial”, crítica esta trazida por Lênio Streck, o qual defende que não pode este movimento ser considerado Pós-positivista, tendo em vista que não superou o Positivismo em função de permanecer atrelado ao elemento da discricionariedade judicial para a solução de conflitos ante o caso concreto, o que, por si, se mostra altamente antidemocrático e na contramão do

Estado Democrático de Direito. Discricionariedade judicial esta que Hans Kelsen e Herbert Hart utilizaram como meio de solução dos intitulados “hard cases”.

Em outras palavras, Streck define que, dentre outras críticas ao neoconstitucionalismo, para que seja considerada uma teoria pós-positivista, é imprescindível a superação do “decido conforme a consciência”, o que não é por ela realizado, pelo contrário. Ou seja, “a superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial” (2013, p. 106).

Importa ressaltar nesse momento que existe uma diferenciação entre Decisão e Escolha. Isto porque, é justamente uma decisão que depende da consciência do juiz que é passível de ferir a democracia e o Estado de Direito. Nesse sentido, decidir não é sinônimo de escolher, uma vez que a escolha pressupõe um ato de opção entre duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior. (STRECK, 2013, 107). Eis a razão pela qual propugna-se por uma resposta adequada à Constituição. Arremata o autor:

Portanto, e isso é definitivo, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de soluções de demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada - de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política. (2013, p. 108)

4. O conceito de Solipsismo judicial e a proposta da Resposta Adequada à Constituição como solução para a crise da hermenêutica jurídica no Brasil

O Solipsismo judicial – terminologia bastante utilizada pelo jurista Lênio Streck, que indica o protagonismo judicial e a prática de discricionariedades – é visto como um nocivo meio de promoção das arbitrariedades por parte do Poder Judiciário, da decisão “conforme a consciência”, os quais contribuem significativamente para a crise da Hermenêutica no Brasil. De acordo com o autor:

Também foi referido linhas acima que, na hermenêutica de corte gadameriano, afirma-se na interpretação um caráter criativo/produtivo. Mas, atenção: essa afirmação de Gadamer não pode ser lida como uma supervalorização do papel da subjetividade do intérprete ou como qualquer espécie de relativismo. Aliás, essa é uma leitura comumente feita – equivocadamente – da obra de Gadamer. A hermenêutica – como já repetido

ad nauseam - é antirrelativista! Do mesmo modo, a forma como o pensamento é organizado nesse novo paradigma se projeta para fora da subjetividade encapsuladora do mundo. Assim, a hermenêutica é um poderoso remédio contra as teorias que pretendam reivindicar um protagonismo solipsista do Judiciário. (2014a, p. 329)

Nesse sentido, a hermenêutica possibilita maneiras de se questionar as motivações das decisões judiciais para que, por fim, sejam dotadas com essa medida de um grau mais elevado de legitimidade. O Judiciário possui um papel estratégico nas democracias constitucionais contemporâneas e, como tal, é importante esse controle de sentido.

Conforme anteriormente apresentado, defende o autor a chamada “Resposta Adequada à Constituição” e, por meio da adoção de uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, concluiu que a Decisão estará adequada quando respeitados a autonomia do direito, quando evitada a discricionariedade, bem como respeitados a coerência e a integridade do direito a partir de uma fundamentação:

Numa palavra: a resposta correta (adequada à Constituição e não à consciência do intérprete) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos: mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da constituição. (2013, p. 111)

No que concerne à discricionariedade judicial, percebe-se que, com o advento – e fortalecimento – das teorias Neoconstitucionalistas, o juiz ganhou maior espaço interpretativo. No próprio Supremo Tribunal Federal, adota-se o posicionamento de Peter Häberle, segundo o qual é livre a interpretação constitucional por qualquer indivíduo em qualquer circunstância. Importa frisar: é comum a invocação de precedentes estrangeiros no Supremo. Deve-se observar esse posicionamento com muita cautela, a fim de se evitar a importação de teorias incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, ou a própria realidade social.

Portanto, entende-se cabível a aposta de Lênio Streck; aplicando uma simbiose das teorias de Gadamer e Dworkin, calcando-se nos conceitos de tradição, coerência e

integridade, como meios de contenção de arbitrariedades, já que não se mostra possível o grau zero de interpretação na aplicação do direito.

5. O Solipsismo judicial como risco ao Estado Democrático de Direito

Caso o juiz opte por decidir “conforme sua consciência” livre e indiscriminadamente, há flagrante burla à democracia, e fere-se a pretensão de legitimidade que se espera da decisão judicial. Não se pode mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para determinação do direito *in concreto* provenha do protagonista da Sentença. Nesse sentido, esclarece Streck:

Despiciendo, nesta altura, lembrar que, quando critico o “Solipsismo judicial” ou, o que é a mesma coisa, as “decisões conforme a consciência do julgador”, tenho em mente a tese de que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista. Insisto, pois, que se trata de uma questão relacionada à superação do paradigma daquilo que se denomina de “filosofia da consciência”. A Justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado. Trata-se, fundamentalmente – e busco socorro em Os dois corpos do rei, de Kantorowicz – de desmi(s)tificar uma certa imagem positivista da história e das mentalidades (como bem lembra Renato Janine Ribeiro) e um certo “elemento teológico” que continua presente nessa espécie de plenipotenciariade do sujeito da modernidade, que se manifesta tanto na política (veja-se a “democracia delegativa-hobbesianista” própria dos regimes presidencialistas latino-americanos) como no direito, por intermédio do Solipsismo judicial. (2013, p. 117)

O que o autor pretende ao proferir tais palavras é esclarecer que o Direito não é – e nem deve ser – aquilo que o Judiciário diz que ele é. E igualmente, não é, e nem será, um “dicionário recheado de conceitos” (2013, p. 117). Além disso, não é admissível decisão judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que

repercutam a história institucional do Direito, de acordo com Lênio. Desse modo, supera-se a discricionariedade, a partir do dever fundamental de resposta correta que recai sobre o juiz.

A grande questão é: como fazer a resposta correta (ou adequada à constituição)? Justamente por meio dessas blindagens contra a discricionariedade, isto é, quando se respeita a autonomia do direito face à legislação produzida democraticamente por representantes eleitos pelo povo, quando se abole qualquer atitude arbitrária, e quando há inclinação à coerência e à integridade do direito por meio de adequada fundamentação. Para o autor, o direito de prestar a jurisdição é diretamente proporcional ao direito do jurisdicionado de receber uma resposta adequada. Caso a Decisão Judicial não esteja adequadamente fundamentada, não caberiam sequer Embargos Declaratórios. A sentença seria nula de pleno direito.

O conceito de “integridade” trazido por Dworkin, e incorporado por Streck, apresenta semelhanças com o conceito de “autocontenção” trazido por Barroso como o oposto do ativismo judicial. Frisando-se que o conceito de ativismo judicial não possui consenso na doutrina, e toma um viés negativo sob a ótica de Streck, cite-se que a autocontenção, para Barroso, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

No entendimento de Streck, muitas vezes o Judiciário deve dizer “não” quando o assunto não envolve direitos fundamentais imediatos por uma questão de usurpação de competência e violação à tripartição dos poderes estabelecida pelo texto constitucional. Já para Barroso, o fenômeno possui uma face positiva, uma vez que o Judiciário atende às demandas sociais que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento.

Há controvérsia acerca dessa demasiada Judicialização. Indagam-se se os benefícios compensam os malefícios. Contudo, importa reconhecer nesse momento o caráter antidemocrático da medida, e o perigo iminente para a manutenção do Estado Democrático de Direito, e buscar alternativas a essa omissão de implementação de políticas públicas por parte do Executivo para garantir a efetivação dos direitos existentes na lei.

6. Conclusão

Portanto, pode-se perceber que a grande problemática não é a ausência de legislação pertinente, mas a efetivação dos direitos em si, sendo certo que a Judicialização excessiva coaduna em um forte Ativismo Judicial antidemocrático e desmedido, e gera uma certa dicotomia: enquanto ele se enfraquece (por exemplo, por meio da morosidade

processual, crescente demanda por magistrados e servidores, “inchaço” institucional), se torna mais forte diante dos demais Poderes.

O Estado Democrático de Direito foi uma conquista e, como tal, deve ser preservado. Nesse sentido, imperioso frisar que o excessivo empoderamento do Poder Judiciário desequilibra a tripartição de poderes, favorece a usurpação de competências e, por fim, acaba por legitimar arbitrariedades em nome de uma democracia idealizada pelo próprio intérprete e aplicador da norma, mas que não necessariamente se mostra em consonância com a própria Constituição Federal.

A subjetividade solipsista se mostra um obstáculo ao compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente constituída (STRECK, 2013, p. 112). A particular concepção de mundo do juiz não pode, nem deve, fazer correções morais de leis que entender “defeituosas” no julgamento de casos concretos, sob pena de se mostrar – ainda mais – defeituosa à própria lei que assim entende.

Mais do que uma crítica à discricionariedade judicial: o presente trabalho se mostra um verdadeiro questionamento ao próprio subjetivismo na seara jurídica, quando se autopromove promotor da democracia por possibilitar eventual transformação da realidade. Com o ímpeto de fazer cessar atos jurídicos antidemocráticos provenientes do Executivo e do Legislativo, o Poder Judiciário passa a ocupar o espaço até então destinado aos que entende estar “do outro lado”: a ilegalidade, a inconstitucionalidade, a injustiça.

A presente discussão perpassa o ponto nodal da não-superação do positivismo-exegético por parte do senso comum teórico do direito. Dentro dele, estão incluídos os movimentos neoconstitucionalistas, como o do professor Luis Roberto Barroso, por exemplo. Mais uma vez, importa frisar que superar o positivismo implica necessariamente em enfrentar o problema da discricionariedade judicial, isto é, do Solipsismo, do “decido conforme a consciência”. O caráter normativo dos princípios não deve ser encarado como um alibi para as discricionariedades pois, dessa maneira, se estaria voltando para o grande problema não resolvido pelo positivismo, que é a aposta no sistema sujeito-objeto (STRECK, 2013, p. 106).

Isto posto, no que se refere aos rumos dessa superinstituição e aos limites da discricionariedade atribuída aos juízes na solução de conflitos, aposta-se na resposta adequada à constituição. Uma simbiose proposta por Lênio Streck entre as teorias de Dworkin e Gadamer, segundo a qual se salvaguarda o sentido de direito projetado por toda uma comunidade política, em proteção ao Estado Democrático de Direito em si, respeitando-o

enquanto uma conquista, um bem mais do que precioso para determinado grupo social. Respeitam-se a autonomia do direito, a integridade e a coerência, de forma a se evitar decisões *ad hoc*, respeitando – e protegendo – a força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica** – a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Direito de Liberdade: Leitura Moral da Constituição Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Iuspositivismo crítico y democracia constitucional. **Isonomia**, n. 16, 2002.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, (Neo)Constitucionalismo e Hermenêutica: diálogos com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. V.1 11ª Ed. Ed. Vozes, 2014

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado Democrático de Direito** – Uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: Era das Transições. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153-173.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz, DE MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8ª Ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme a minha consciência**. 4ª Ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2013

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.