

Introdução

O modelo positivista jurídico, em especial o legalista/normativista idealizado por Kelsen, parecia ser o modelo tão aguardado pelo Direito para responder as críticas de que não seria ciência por não possuir um objeto científico específico. Talvez por isso foi tão bem recebido por parte da comunidade acadêmica.

Com o final da 2ª Guerra Mundial, e com ele a descoberta de atos bárbaros praticados à luz de uma positividade legitimada apenas no respeito a um procedimento legislativo previsto, a comunidade jurídica foi forçada a repensar o até então “perfeito” modelo positivista jurídico, seja qual dos inúmeros modelos forem¹.

Vários foram os jus filósofos que procuraram então repensar a cientificidade do Direito, procurando desenvolver novas teorias que pudessem ao mesmo tempo ter a força da teoria kelseniana mas fugindo de alguns dos seus pressupostos essenciais, se afastando do agora positivismo jurídico legalista/normativista.

Existe uma grande diferença entre os primeiros jus filósofos que procuraram repensar a teoria do Direito, entretanto, existem duas características que os une. A primeira característica será a já mencionada crítica ao modelo positivista kelseniano, um positivismo legalista/normativista, onde há uma confusão entre legalidade e legitimidade de uma norma jurídica. Assim, não se poderia apenas mensurar a legitimidade de uma norma com base na sua obediência aos pressupostos procedimentais na sua elaboração. Deve existir outro critério para aferir tal legitimidade. Assim, tais autores se voltam para Immanuel Kant e ao estudo da axiologia, propondo uma reintrodução da moralidade no Direito.

Não se pode olvidar que Hans Kelsen, quando elabora sua teoria pura do Direito, sofreu influência kantiana, mas o Kant da Crítica Razão Pura, que, conforme dito pelo mesmo na sua obra Prolegômenos, após ler Hume, desperta do seu sono dogmático e percebe que uma visão dogmática do racionalismo não se mostrava correta. Entretanto, continuava a ser um racionalista, e para coadunar sua visão racionalista com suas novas descobertas, se tornou um racionalista crítico.

¹ Em que pese ser o modelo positivista kelseniano o mais aplicado, em especial no Brasil, existem inúmeros outros jus filósofos que também podem ser considerados positivistas mas que tiveram um pensamento independente do pensamento de Kelsen, como por exemplo Hart, Alf Ross, dentre outros. Cumpre mencionar também que mesmo o modelo kelseniano, pelo menos no Brasil, não foi aplicado da forma idealizada por seu autor, mas sim uma aplicação parcial, por uma classe dominante à época com intuito de perpetuação de poder e manutenção do *status quo*.

Nessa transformação, Kant passar a aceitar a possibilidade de conhecimentos empíricos. Contudo, precisava idealizar um método para encontrar um conhecimento “imune” a influência empírica, um conhecimento puro. Com isso, escreve sua grande obra, a Crítica da Razão Pura, onde pretende “blindar” a razão da experiência, e com isso encontrar os limites do conhecimento humano.

É nítida a influência do Kant da Crítica da Razão Pura em Hans Kelsen, quando este elabora sua Teoria Pura do Direito. Se a “blindagem” em Kant era para a razão, a “blindagem” em Kelsen seria para o Direito, não contra a experiência, mas contra qualquer valor ou seara fora do Direito, ou seja, o que fosse meta jurídico não poderia compor o objeto científico do Direito.

A importância das outras áreas do conhecimento humano bem como dos valores não são negados por Kelsen, mas simplesmente não fazem parte do objeto científico do Direito. Sendo assim, a título de exemplo, não importa para a Teoria Pura do Direito quais os fundamentos políticos, morais, religiosos, etc., que embasaram a escolha do legislador por aquele caminho, mas tão somente a correção procedimental legiferante coadunada com a norma fundamental.

O Immanuel Kant que servirá de base filosófica para a crítica ao modelo kelseniano não será o da Crítica da Razão Pura, mas o Kant estudioso da moral, em especial em 3 obras, a Metafísica dos Costumes, a Fundamentação da Metafísica dos Costumes e a Paz Perpétua.

Nessas 3 obras Kant abordará um estudo minucioso sobre a moralidade e na busca da construção de um método seguro para se encontrar as respostas corretas, moralmente e universalmente corretas.

Assim, será essa moralidade kantiana que servirá como embasamento filosófico para muitos jus filósofos do pós 2ª Guerra Mundial que procuraram reconstruir a ciência do Direito afastada da visão de um Direito Puro de Kelsen.

Alguns autores enquadram esses jus filósofos, apesar de grande divergência entre eles, em membros da chamada virada kantiana (no Direito), pois apesar de tais divergências, o grande ponto de contato, e principal crítica ao modelo kelseniano positivista seria justamente a reintrodução da moralidade no estudo do Direito.

A outra crítica, que é comum aos autores inseridos dentro da chamada virada kantiana (do Direito), é o afastamento do modelo de juiz positivista kelseniano, que, na ausência de normatividade, procura encontrar as respostas às demandas propostas, quando há ausência de normatividade, em aspectos completamente inseguros como

analogia, equidade, princípios gerais do Direito, etc., que acabam por se consubstanciar em um alto grau de discricionariedade para o magistrado, onde este acaba por decidir conforme bem entender.

Será nessa crítica ao juiz positivista legalista o objeto da presente pesquisa, procurando analisar como o Direito brasileiro, em especial o praticado nos tribunais superiores vem decidindo e aplicando o Direito na resolução dos casos concretos ou mesmo no controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

1 - O positivismo kelseniano

Se Kant queria um caminho seguro para a metafísica, pode-se dizer que Kelsen almejou o mesmo para o Direito também através da ciência. Em sua principal obra, *Teoria Pura do Direito*, Kelsen procura dar um caráter científico ao Direito, e para isso utilizará duas idéias por ele formuladas, as quais irá defende-las e construir as bases de sua teoria da pureza da ciência do Direito, que seria uma estrita definição do objeto do Direito, ou seja, o seu corte epistemológico e também a sua idéias de neutralidade do Direito, ou seja, seu corte axiológico. Toda a idéia de validade e legitimidade da ordem jurídica que irá culminar com a idéia de *Grundnorm*, Kelsen herdará de Kant, pois

“se é verdade que a Constituição expressa , no mais alto nível, a aptidão normativa exigida pela política moderna, estatal, internacional, nem por isso se deve julgá-la de ponto de vista da história política empírica. Para o filósofo do criticismo, o problema está em captar as condições de possibilidade e de validade dessa normatividade; ora, só se pode examinar essa questão ‘crítica’ do ‘ponto de vista do direito’, isto é, segundo exigências *a priori* que , só elas, são básicas. Portanto, não basta dizer que o ‘pacto da uniao civil’ permite coexistência dos homens sob ‘leis públicas de coerção’; é preciso que a Constituição (*Verfassung*) sob a qual se ordenam essas leis públicas atenda, para que estas sejam validas, ao imperativo da razão pura prática que legisla *a priori*. Em outras palavras, no Estado, a Constituição é, segundo Kant, não a fonte ou a origem das leis estatutárias, mas a regras que indica como elas *devem ser* (*Sollen*). Ela aclara o ideal da legislação e do governo. Não pretendemos com isso que a Constituição seja, como na República platônica (quede resto Kant admirava), a figura arquetípica do Poder, mas muito mais que, por seu estatuto filosófico em que repercute a exigência transcendental da razão pura prática, ela é um princípio normativo e regulador pelo qual devem ser aquilatadas todas as relações de direito público. É assim a pedra de toque da jurisdição e da legitimidade das leis públicas de coerção bem como de obediência que lhes devem os cidadãos e os povos.

Segundo os motivos e os considerandos da filosofia crítica, ‘a Constituição civil perfeita é’, diz Kant, ‘a coisas em sei mesma’. No estatuto de universalidade da exigência racional pura que assim caracteriza a Constituição, Kelsen verá, ‘a hipótese lógico transcendental’ da teoria pura do Direito. dando

continuidade ao pensamento crítico de Kant, ele mostra que todo o direito positivo da pirâmide jurídica, cujo topo é a Constituição civil, se prende a uma *Grundnorm* que não é ‘enunciada’ mas sim ‘suposta’ a título de requisito primordial e puro do *Sollen* jurídico expresso pelo Poder do Estado. Quer dizer que pelo neokantiano que Kelsen é, como para Kant, a Constituição do Estado só é compreendida se a reflexão for dirigida para aquilo que é a sua função originária pura. Na perspectiva transcendental que o criticismo determina, compete somente a juridicidade estrutural da razão conferir à Constituição, e à hierarquia das normas jurídicas que se situam sob ela, sua razão de ser e seu fundamento, ou seja, assegurar sua possibilidade, sua base e sua legitimidade”. (GOYARD-FABRE, 2002, p. 111, 112 e 113)

Em relação a definição do seu objeto, Kelsen procura desde as primeiras linhas da sua *Teoria Pura do Direito* defini-lo. Assim segundo o pensamento de KELSEN (2009, p.1), “*Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo, do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica específica. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas normas jurídicas, nacionais ou internacionais*”. Para Kelsen portanto a teoria do Direito, no seu caso a ideia de pureza do Direito, teria como única finalidade conhecer o seu próprio objeto, não se preocupando em como deveria ser o Direito ou como deveria ser feito, mas simplesmente se preocupando em saber o que é o Direito. Para aquelas outras duas questões de como deveria ser o Direito ou como ele deveria ser feito, essas seriam questões a serem respondidas pela ciência política.

Sobre a metodologia a ser aplicada na *Teoria Pura do Direito*, KELSEN (2009, p.1) irá afirmar:

“Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhes são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico”.

Cumprindo mencionar que quando Kelsen propõe essa “pureza” metodológica para o Direito, ele não está ignorando nem a existência e muito menos a relação existente entre outras áreas científicas como a psicologia, sociologia, filosofia, etc, mas simplesmente delimitando o que seria o campo de investigação e por conseguinte o objeto metodológico do Direito.

Em relação a ideia de neutralidade do Direito, Kelsen irá inovar por completo o pensamento jurídico. Será um crítico do direito natural pois este sempre contrapõe ao direito estatuído as normas oriundas das natureza humana e em razão disso, é inevitável uma análise da justiça ou injustiça daquilo que está expresso na norma jurídica. Isso será impensável para Kelsen, pois para ele a ciência deverá ser neutra – aliás

ainda hoje essa falácia da neutralidade da ciência existe – sem expressar qualquer tipo de valor ou preferência².

A moral não é totalmente desprezada por Kelsen, e é claro que ele reconhece importância neles, mas não para o Direito, não para sua teoria pura, não para o que ele irá chamar de ciência do Direito. Os valores morais seriam aspectos pré-normativos e metanormativos e se foram levados em consideração na interpretação do Direito, irá macular os enunciados científicos do mesmo. Essa será, portanto, a postura de todo e qualquer cientista, inclusive o do Direito, de se manter completamente neutro diante da investigação científica³.

Não se pode entretanto apenas criticar o “positivismo kelseniano” pois ele deu sua contribuição para o desenvolvimento do Direito. Além disso, quando Kelsen idealizada a *Teoria Pura do Direito*, ele está pensando o Direito como *teoria*, como conhecimento, e não na sua prática, em como sua teoria iria funcionar na prática, não era esse o objeto de pesquisa de KELSEN (2009, p. 395):

“A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. A ideia de que é possível, através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento das chamadas jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria Pura do Direito. A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do Direito. o preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo; e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente”.

Assim, Kelsen quer afirmar que a função da Teoria Pura do Direito é apenas a de interpretar a norma enquanto norma, enquanto conhecimento. Quando houver a necessidade de uma interpretação “criadora”, que segundo Kelsen apenas pode ser realizada por uma interpretação autêntica realizada por um Órgão aplicador do Direito. Toda e qualquer outra interpretação do Direito não realizada por um órgão aplicador do Direito, será considerada, portanto, não autêntica⁴.

² Sobre a impossibilidade da ciência ser efetivamente neutra, que pode ser aplicado na ideia da impossibilidade de que nada nem ninguém consegue ser neutro, ver KUHN, Thomas S. *Função do Dogma na Investigação Científica in A Crítica da Ciência – sociologia e ideologia da ciência*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, sem ano, e STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso – constituição hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva Juris, 2004.

³ Essa ideia de neutralidade será por óbvio rechaçada por Nietzsche pois tudo é disputa de poder, nada é desinteressado, e portanto neutro. Assim, quando o cientista faz seus experimentos, seja ele qual for o experimento, já tem uma resposta. Na verdade, o que os experimentos acabam por tentar na verdade é comprovar a correção ou não da teoria do cientista, ou seja, o cientista tentará com seu experimento comprovar que ele está certo em suas ideias a priori.

⁴ Em relação à aplicação do Direito merece ser mencionado que a ideia de Kelsen contida na Teoria Pura do Direito é basicamente teórica, científica nos moldes propostos por ele, pois em relação a aplicabilidade prática do Direito e sua interpretação autêntica, conforme menciona, esta apenas pode ser feita por juízes e

O maior problema então da interpretação do direito pelo positivismo jurídico consiste não em sua Teoria Pura do Direito, mas na aplicação equivocada que seus intérpretes dela fizeram quando aplicaram, de forma muitas vezes não refletida, uma teoria idealizada apenas para se fazer ciência e não efetivamente como função criadora de Direito. E será aí que reside o problema! Quando em sua função criadora o intérprete autêntico consegue por simples subsunção da norma, resolver o caso concreto – ou mesmo que seja analisando uma lei em tese como no controle de constitucionalidade repressivo, em especial em uma ação direta de inconstitucionalidade – a Teoria Pura do Direito funciona bem, em que pese os problemas mencionados pelo fato de Kelsen excluir demais áreas científicas do Direito, pensando o mesmo “livre” dessas influências. Agora, quando a resposta ao caso concreto não estiver na simples subsunção da norma, é que Kelsen idealizou a ideia de aplicar o Direito como sendo uma moldura, ou seja

“O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via congoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existente. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas na moldura da norma geral”. (KELSEN, 2009, p. 391)

Para a Teoria Pura do Direito portanto existem várias interpretações possíveis na resolução de um mesmo caso concreto, cabendo ao seu intérprete, no caso autêntico, optar pela qual melhor a “moldura” para resolução do caso, ou seja, fica a cargo do magistrado tal tarefa, e mais, a cargo do seu subjetivismo decidir a questão. Será então o juiz, de dentro do seu gabinete, que deverá optar pelo “melhor caminho” dentre diversos possíveis, conforme atesta o próprio KELSEN (2009, p. 391):

“A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada. A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada no caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução

tribunais e os resultados da aplicação de seu pensamento por eles não foi seu objeto de investigação científica.

correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei”.

O que ocorre na verdade, tanto nas faculdades de Direito, mas principalmente nos tribunais, são “decisionismos”. Na faculdade, o método ensinado ainda é o jesuíta, conjugado com o positivismo jurídico, o que acaba é o docente repetindo aos alunos o que está escrito nos manuais, esses alunos deverão decorar esses “ensinamentos” e repeti-los em suas avaliações. Aqueles que melhor decorarem recebem a melhor nota. Ou seja, será a interpretação de um pseudo-jurista que escreveu um manual, a qual o professor repetiu e os alunos agora deverão decorar e repetir em suas provas. Não há ciência nenhuma mas simples trabalho de memória. Não há crítica! Esse tema será ainda mais abordado em capítulo subsequente. Já em relação aos tribunais, a aplicação do positivismo jurídico ganha contornos ainda mais graves pois será o juiz que impõe a sua interpretação pessoal, subjetiva, da norma àquele caso concreto. Talvez seja daí, da aplicação insuficiente do positivismo jurídico pelos cursos de ensino superior e também pelos tribunais que reside a tão já falada e discutida crise do Direito.

A ideia de neutralidade que na verdade não existe, é ponto essencial no pensamento kelseniano, tanto em sua teoria pura quanto na aplicação aos casos concretos pelos intérpretes originais, que seriam os magistrados. Essa neutralidade será rechaçada em todos os seus aspectos por Nietzsche que afirmará

em qualquer acto voluntário, há um pensamento que dirige; e que não se julgue poder isolar este pensamento do ‘querer’ para obter um precipitado que seria ainda a vontade. Em terceiro lugar, a vontade não é só um complexo de sentir e de pensar, mais ainda e antes de tudo um estado afectivo, a emoção de dirigir de que falávamos mais acima. (NIETZSCHE *apud* DELEUZE, 2009, p. 71)

Portanto, essa neutralidade que é necessária ao pensamento científico e portanto ao pensamento kelseniano é que será denunciada por Nietzsche. Sempre existirão questões morais envolvidas nas decisões, em especial nas decisões dos magistrados. Sempre haverá por parte do magistrado um “sabor especial” em verificar suas ordens sendo cumpridas, o que para Nietzsche será normal em razão de existir um prazer no sentimento de poder, onde

“o ‘livre arbítrio’ é o nome deste estado de prazer complexo do homem que quer, que dirige e que ao mesmo tempo se confunde com aquele que executa e experimenta assim o seu íntimo que foi a sua vontade que triunfou das resistências. No acto voluntário, acrescenta-se assim ao prazer de dar uma ordem o prazer do instrumento que a executa com sucesso; à vontade acrescentam-se vontades ‘subalternas’, almas subalternas e dóceis, sendo o nosso corpo apenas o edifício coletivo de varias almas. O *efeito sou eu*; passa-se aqui o que se passa em qualquer

coletividade feliz e bem organizada; a classe dirigente identifica-se com os sucessos da coletividade. Em todo o querer, trata-se apenas de dirigir e de obedecer no interior de uma colectiva complexa, feita como disse, de 'várias almas'; é por isso que um filósofo deveria poder permitir-se considerar o querer sob o ângulo da moral, a moral concebida como a ciência de uma hierarquia dominadora, de onde nasce o fenômeno da vida" (NIETZSCHE *apud* DELEUZE, 2009, p. 71)

Portanto, aos olhos nietzschianos, não existe nem essa neutralidade dos intérpretes (sejam eles os legítimos ou não) como também não existirá essa *pureza* científica-metodológica idealizada por Kelsen. Sempre haverá uma mistura de vontade, de querer, uma mistura entre razão e instinto, entre *apolíneo* e o *dionisíaco* que não poderá ser superada nem separada pois não existe a possibilidade de um mundo metafísico puro e livre de influências exteriores para abrigar o Direito pois o ele está *ai no mundo*, e essa sua *mundanidade* não pode ser camuflada, as influências da moralidade não pode ser escamoteada, sob pena de se continuar fingindo pensar e fazer Direito e filosofia do Direito.

2 - Da busca por uma nova teoria do Direito ao chamado Ativismo Judicial

Conforme mencionado, após a II Guerra Mundial o modelo positivista jurídico, em especial o legalista, começou a perder sua força e novas teorias do direito começavam a ser propostas.

Dentre vários pontos criticáveis na teoria positivista legalista (em especial a sua vertente mais influente que foi a de Hans Kelsen), as duas principais críticas dizem respeito a exclusão da moralidade de dentro do objeto de investigação do Direito e a impossibilidade fática do ordenamento jurídico prever, e por conseguinte regular, toda e qualquer hipótese da vida social, o que acabou por criar mecanismos que dotaram o chamado intérprete autêntico (para Kelsen é o juiz) de um poder muito elevado e discricionário⁵, o que acaba por elevar ao grau máximo a insegurança jurídica.

John Rawls foi um dos primeiros jus filósofos a tentar criar uma nova teoria do direito se afastando do modelo positivista kelseniano. Sua obra de maior influencia foi sem dúvida *Uma Teoria da Justiça*. Ele distinguiu sua proposta de uma tentativa de fundamentação moral da justiça. Sua abordagem da justiça segundo Dias (s/d, p. 3), supõe a moralidade, mas não pretende ser uma investigação moral da mesma. O que ele pretende é propõe uma concepção não utilitarista da justiça, utilizando a ideia contrato

⁵ Sobre o tema ler STRECK, Lenio Luiz. O que é isso: decido conforme a minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

social reformulada, voltada para a integração de um amplo sistema de liberdades individuais com garantias de igualdade de oportunidades e de maior benefício aos menos favorecidos, segundo Coelho (s/d, p. 2). Essa ideia, seguindo a tradição iniciada em Platão, e continuada por Descartes e Kant, é baseada em uma racionalidade. Essa sociedade racional para Rawls seria um sistema equitativo de cooperação, onde seus indivíduos são pensados como sendo livres e iguais.

Outro jus filósofo que também procurou pensar uma nova teoria para o direito foi Jürgen Habermas. Para ele, a formação democrática de vontade tira sua força legitimadora de pressupostos comunicativos e procedimentais, que permitem na duração do processo deliberativo, que os melhores argumentos venham a tona. Habermas assim não vê os direitos fundamentais como produto de uma revelação transcendente nem de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos e sim de uma decisão recíproca dos cidadãos livres e iguais de, legitimamente, regular suas vidas por intermédio do direito positivo.

Habermas resgata a ideia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição formulado por Peter Häberle. Por essa ideia, há um alargamento do círculo de intérpretes da constituição, incluindo além das autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, todos os cidadãos e grupos sociais que de uma forma ou de outra vivenciam a realidade constitucional. Essa tese já havia sido defendida também por Otto Bachof que entendia que a legitimação da jurisdição constitucional só seria obtida mediante diálogo com a opinião pública e a comunidade jurídica, de acordo com BINEBOJN (2004, p. 107). HABERMAS (2003, p. 297) propõe uma teoria procedimental, onde a sociedade encontraria a resposta correta mediante o seu uso da razão, chegando assim a um consenso da melhor escolha:

“Reinterpretaremos essa teoria construtiva do direito vigente, seguindo o modelo procedimentalista, ou seja, transpusemos as exigências idealizadoras, que acompanham a formação da teoria para o conteúdo idealizador de pressupostos pragmáticos necessários ao discurso jurídico”.

Entretanto, será com o jus filósofo norte-americano Ronald Dworkin que o presente estudo irá se deter. Dworkin é um defensor engajado da jurisdição constitucional⁶, onde ele a vê como o orgulho e o enigma da doutrina jurídica norte-

⁶ Apesar de defender a jurisdição constitucional de forma veemente, Dworkin traz uma interessante questão histórica sobre ela. O questionamento histórico é saber se a jurisdição constitucional - ele está analisando a jurisdição constitucional norte-americana - exercida lá pela Suprema Corte, está baseada em um erro

americana pois apesar de ser um dos mais difundidos e eficazes mecanismos de contenção do poder com base em princípios e direitos considerados supremos e inalienáveis, constituem também o enigma por conceder um poder a um número ínfimo de nomeados vitalícios um poder de veto sobre a política da nação, interferindo diretamente na vontade popular expressa no voto de seus representantes democraticamente eleitos. A questão proposta por Dworkin é de como conciliar então a jurisdição constitucional com a democracia para evitar assim um *governo de juízes*, conforme ensina BINEBOJN (2004, p.75). Para fazer essa conciliação, Dworkin insere seu pensamento em um movimento de retomada do pensamento kantiano, procurando unir o Direito com a moral, propondo um imperativo categórico jurídico.

Dworkin propõe justificar um papel ativo e engajado da jurisdição constitucional mediante construções teóricas que enfatizam a especificidade de seu objeto e apartam do campo próprio das escolhas políticas. Propõe então a união entre Direito e Moral com base no que ele chama de comunidade de princípios, onde seus membros, atuando como agentes morais, aceitam que são governados por princípios comuns e não por regras forjadas em um compromisso político. Verifica-se com muita facilidade a presença da filosofia kantiana no pensamento de Dworkin.

Assim, a noção de princípio para Dworkin é fundamental para se conseguir dar legitimidade à jurisdição constitucional, no embate contra decisões da maioria legislativa. Em virtude da importância dada por Dworkin aos princípios, ele faz então uma distinção em face do que ele chama *policies*. As *policies* seriam metas ou diretrizes a serem alcançadas pelos governos para a melhoria de algum aspecto econômico ou social da comunidade como um todo. Os princípios seriam padrões a serem observados não em função da melhoria ou avanço para a coletividade nos planos econômico, político e social, mas porque constituem uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da

histórico de interpretação, quando em 1803, o presidente da Suprema Corte, John Marshall, interpretando a quinta, a oitava e a décima quarta emenda à Constituição norte-americana, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, entendeu ser dever dessa Corte Máxima, de fazer cumprir a Constituição com base nessas emendas. Dworkin entretanto mencionada que essas emendas poderiam ser interpretadas como sendo um abalçamento para o Congresso quando este legislasse. As duas interpretações seriam portanto legítimas. Entretanto, Dworkin afirma que, em virtude de já está consagrado no direito norte-americano esse poder da Suprema Corte, mesmo os juristas que acreditam que a interpretação de Marshal estaria eivada de erro, acreditam que depois de quase dois séculos de prática da jurisdição constitucional nos moldes decidindo, a colocou além de qualquer contestação enquanto proposição jurídica, e a questão crucial agora seria não mais saber o poder que a Suprema Corte tem, mas sim como este poder deve ser exercido. Ver sobre o tema DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

moralidade, mesmo que sejam tidos como contrários pela maioria. (BINENBOJM, 2004, p. 89).

Dworkin acredita, assim como Rawls, na Corte Constitucional como legitimadora da jurisdição constitucional, afirmando ser ela não só compatível com a democracia⁷ como tendo papel preponderante para o fortalecimento da mesma. Afirma ser a jurisdição constitucional o fórum de princípio por excelência pelo fato dos juízes constitucionais, por sua formação e independência, serem considerados mais aptos ou qualificados para resolver questões de princípios, enquanto os parlamentares e os governos seriam mais qualificados para escolher políticas públicas que melhor atendam aos interesses da coletividade em virtude de sua legitimação popular.

Os direitos fundamentais para Dworkin seriam direitos morais, reconhecidos no seio de uma comunidade política (comunidade de princípios), cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração. Sobre os princípios, Dworkin propõe ser eles inseridos ao lado das regras como fonte do Direito, principalmente nos chamados *hard cases* buscando assim uma melhor resposta possível dentro de um processo de argumentação racional.

Conforme já mencionado, Dworkin propõe a inclusão dos princípios no mesmo patamar das regras como fonte de direitos. Ele entende regras como sendo preceitos jurídicos de reduzido teor de generalidade e abstração, que indicam claramente suas condições de aplicação, onde eventuais conflitos entre regras são resolvidos pelos critérios de hierarquia, cronológico e de especialidade. Já os princípios não teriam a mesma incidência das regras, admitindo que mais de um princípio conflitam entre si e sejam aplicáveis a uma mesma situação concreta, onde o intérprete terá que fazer uma ponderação de princípios⁸, verificando o “peso” de cada um naquele caso particular,

⁷ Sobre a relação intrínseca entre a democracia e os direitos fundamentais, Mauro Cappelletti afirma que os governos democráticos são os únicos onde os direitos e garantias fundamentais têm a potencialidade de serem respeitados, e que a recíproca é verdadeira, ou seja, a democracia é derrogada em um sistema onde estes direitos e garantias não encontrem real proteção. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabri, 1993.

⁸ No Brasil, a teoria da ponderação de princípios, com base em Robert Alexy atingiu um grau de aceitação bastante elevado, onde encontramos poucos que discordam dessa forma de solucionar conflito de princípios. Havendo colisão de princípios, o intérprete deverá valer-se de um critério hermenêutico de ponderação dos valores *jusfundamentais* que Aléxy denomina de “máxima da proporcionalidade” a qual é composta de três máximas parciais: *adequação*, que ao estabelecer a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; *necessidade*, que estabelece que a medida empregada (vale dizer, a norma) deve considerar, sempre, o meio mais benéfico ao destinatário, e *proporcionalidade em sentido estrito* que é a ponderação com base nos valores

permitindo com isso o máximo de aplicação de cada um deles com o prejuízo mínimo do outros(s). (DWORKIN, 1997, p. 26)

A tese dos princípios é de suma importância no pensamento de Dworkin pois com base neles, ele rechaça as críticas de que os juízes decidiriam de forma discricionária quando a lei não contivesse os elementos para uma tomada de decisão. Entretanto, quando Dworkin optou por solucionar os conflitos de princípios pela ponderação, ele trouxe a subjetividade que ele tanto queria combater para a sua teoria. A história é quem demonstra que princípios não só variam de acordo com o tempo, local, como entre os próprios intérpretes, pois não é em todo caso que a ponderação dará a melhor resposta⁹. Além disso, como deveria interpretar a lei o intérprete, caso seja um juiz julgando um caso. CARDOZO (2004, p. 535) tem interessante apontamento sobre isso:

“Uma jurisprudência que não é constantemente associada a padrões objetivos ou externos, corre o risco de degenerar-se naquilo que os alemães chamam de *die Gefühl Jurisprudenz*, a jurisprudência do mero sentimento ou emoção. Eminentes eruditos argumentam em favor de um padrão mais subjetivo. ‘ Todos concordamos’, diz o professor Gray, ‘que muitos casos deveriam ser decididos pelos tribunais conforme noções de certo e errado e, é claro, todos concordarão que um juiz compartilhe as noções de certo e errado predominantes na comunidade em que vive; mas suponhamos que, num caso em que não há nada para orientá-lo a não ser noções de certo e errado, suas noções de certo e errado difiram das noções da comunidade. Quais ele deveria seguir – suas próprias noções ou as noções da comunidade?... Acredito que ele deveria seguir suas próprias noções’. Não é provável que seja realizada na prática a hipótese que o professor Gray nos oferece. De fato, deve ser raro o caso em que, com noções conflitantes de conduta certa, não aja nada mais para fazer pender a balança. Entretanto, se o caso suposto estivesse presente, creio

jusfundamentais propriamente ditos. ALÉXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.82-87. Na doutrina estrangeira, Habermas é quem mais critica essa teoria. Ele entende que a idéia de ponderação valorativa destrói a estrutura deontológica dos direitos fundamentais. A ponderação pressupõe um mais e um menos como graus de otimização dos princípios e, com isto, afasta a estrutura binária (lícito/ilícito) que é constitutiva da validade das normas. Assim, a teoria dos princípios de Aléxy, retira dos direitos fundamentais a sua estrutura deontológica (dever-ser) e lhes confere um sentido teleológico (finalidade valorativa). HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 280 *et seq.*

⁹ Quando se fala em melhor resposta não se está pensando em resposta verdadeira, mas sim em resposta mais adequada com a constituição, lei máxima e que deve portanto servir de base para qualquer outro instituto, qualquer forma de dirimir conflitos entre princípios. O problema da teoria de Dworkin é o problema já comentado aqui sobre outros autores, pois ele quer afirmar sua teoria mas quer apenas o ônus dela, o ônus que é a existência dessa subjetividade em relação a colisão de princípios a serem solucionada pela ponderação, ele não aceita, acreditando que o intérprete irá ponderar certo e chegar a resposta “correta”. Mas primeiro, quem disse que ele irá ponderar certo. Ele pode muito bem ponderar e optar por uma resposta contrária ao que Dworkin julgaria correta, e segundo, quem disse que a resposta que Dworkin imaginaria como “correta” fosse efetivamente “correta” – se é que se pode falar nisso -, pois essa resposta de Dworkin pode muito bem ser contrária a opinião da maioria da sociedade. E aí? O que fazer nesse caso? A resposta a essa indagação a teoria de Dworkin não responde.

que um juiz erraria se impusesse à comunidade, como regra de vida, suas próprias idiossincrasias de conduta ou crença”

Assim, com base em Dworkin (muitas vezes sendo aplicado de forma equivocada do seu real entendimento), muitos vem defendendo a necessidade de uma postura mais ativa do Judiciário. E será justamente no limite dessa postura mais ativa, ou como muitos chamam, nesse ativismo judicial que se concentra uma relevante discussão contemporânea no Direito pátrio.

Sob o argumento de um ativismo judicial, magistrados vem decidindo, muitas vezes de forma *contra legem*, sob o argumento de que um princípio “X” ou “Y” melhor regula a questão. Sobre o tema ativismo judicial, são preciosas as lições de STRECK (2014, p. 65) diferenciando o ativismo judicial da judicialização da política:

“Assim, é preciso diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política, questão que no Brasil foi examinada com pouca profundidade, como se os fenômenos tratassem da mesma coisa. Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vivemos em um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado dentro da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma ‘corrupção’ na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos”.

Ora, chegou o momento em que os juízes são chamados para serem artífices da concretização das promessas constitucionais, como imagina Dworkin e Streck, não será o mesmo juiz do modelo positivista kelseniano que deverá exercer essa nova função, não se pode olvidar que a crítica feita por vários jus filósofos da chamada virada kantiana é justamente contra o chamado “decisionismo” que o juiz do modelo positivista legalista pratica.

A questão se torna importante na medida que somos um país de modernidade tardia que não conseguiu implementar nem os chamados direitos e garantias de 2ª dimensão, direitos previstos na CRFB/88 mas que até a presente data, não foram implementados ou os que foram, foram de forma não satisfatória e já temos que discutir novos direitos fundamentais de uma 3ª, 4ª, 5ª dimensão, existindo até quem defenda uma 6ª dimensão.

Sendo assim, a ideia de J. J. Gomes Canotilho da constituição dirigente, uma constituição que não só fornece um caminho a ser seguido, mas obriga que tanto os administradores quanto legisladores busquem dar concretude às promessas constitucionais em todas as suas ações ainda encontra espaço na realidade brasileira. Canotilho irá mencionar que

“o risco de a Constituição não estar em condições de continuar a ser compreendida como estatuto jurídico do político torna-se agora indisfarçável. Mesmo que haja uma Legal Transplant da ideia constitucional a nível global, nem por isso a Constituição poderá aspirar a ser mais do que é: um texto útil para direitos e políticas simbólicas”. (CANOTILHO *apud* STRECK, s/d, p. 280)

Canotilho vai afirmar que sua ideia de constituição dirigente não mais se coaduna no século XXI, ideia essa que será posteriormente rechaçada em parte. Merece ser transcrito os comentários de STRECK (s/d, p. 280) sobre essa mudança do pensamento de Canotilho:

“Diz, ainda, que as constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais não padecem apenas de um pecado original – o da utopia do sujeito projetante. Tais constituições ergueram o Estado a “homem de direção” exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converteram o Direito em instrumento funcional dessa direção. Outra das fragilidades epistêmicas das constituições programático-dirigentes consiste no seu autismo nacionalista e patriótico. Ou seja, o constitucionalismo dirigente-programático não se deu conta da complexidade do mundo e das consequências das integrações entre as nações. De outro lado, tece críticas a incompreensão teórica relacionada com a Constituição dirigente, no que diz respeito à noção de direitos diretamente aplicáveis, fazendo alusão, inclusive, à “crítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no capítulo II”.

Sendo assim, resta inequívoca a ainda necessidade de um dirigismo constitucional no Brasil até que um mínimo de direitos sociais tenham sido concretizados pelo Poder Públicos em todos os níveis, em especial, no presente caso, pelo Poder Judiciário.

Entretanto, verifica-se que o Poder Judiciário ainda parece não estar preparado para assumir essa função, muito provavelmente por ainda estar preso as amarras do modelo positivista normativista kelseniano. Para que o Judiciário portanto exerça esse protagonismo, a hermenêutica para a ser essencial para municiar os magistrados de uma nova forma de se pensar o Direito, uma forma que irá fazer com que

as decisões judiciais se afastem dos “decisionismo” e possuem um real grau de cientificidade, na busca pela resposta certa.

3 – Breves apontamentos sobre a hermenêutica filosófica aplicada ao Direito

A hermenêutica contemporânea terá em Schleiermacher e Dilthey o norte que posteriormente Heidegger e Gadamer irão tomar. SCHLEIERMACHER (2000, p.13) afirmará, sobre a importância da hermenêutica que

“A dialética ‘*Kunst zu philosophieren*’, enquanto lida com a possibilidade do pensamento em sua idealidade formal e enquanto ‘ciência da unidade do saber, nunca escapa à temporalidade da linguagem em que se expressa, pois depende das possibilidades abertas por essa linguagem. Daí a necessidade da complementação pela hermenêutica, a qual visa a apreensão do pensamento contido em um discurso particular. Por sua vez, a hermenêutica depende da dialética enquanto esta visa a exposição do pensamento em um discurso. A hermenêutica, pode-se dizer, mostra os limites da dialética; esta porém, mostra a possibilidade daquela. Justamente porque o universal sempre é pensado dentro das possibilidades de uma dada linguagem, a hermenêutica é essencial para a apresentação do pensamento, mesmo daquele que se perfaz no plano ideal-formal. O pensamento puro, não obstante ser caracterizado pela imutabilidade e universalidade, nunca se dá por si, mas sempre através de uma linguagem histórica, o que coloca a hermenêutica e a dialética em uma relação de interdependência também com a gramática, na medida em que na base está a operação de entendimento e comunicação linguística”

No atual panorama sócio-político pátrio, percebemos que a grave crise do Poder Legislativo tem um impacto enorme no equilíbrio entre os Poderes Republicanos. Como não pode existir um hiato de poder, o poder perdido pelo Legislativo, foi ocupado pelos demais, principalmente pelo Poder Judiciário, que antes da CRFB/88 era um Poder tido por mais contido, passou a exercer um protagonismo nunca antes visto em solo brasileiro.

Alguns autores como Ronald Dworkin apontam que, em razão de supostos fracassos do Executivo e Legislativo em dar concretude às promessas constitucionais, teria chegado o momento do Judiciário ser protagonista de tais transformações.

Merece ser mencionado que o Judiciário imaginado por Dworkin não é o mesmo do pensado por Kelsen. Enquanto o juiz kelseniano, pensa “livre” da moralidade e encontra a resposta das querelas a ele submetido dentro da sua “consciência”, utilizando para isso analogia, princípios gerais, costumes, etc., o que na verdade acaba por se consubstanciar em um “cheque em branco” nas mãos do juiz para decidir praticamente como lhe achar melhor, o que é o auge do juiz solipsista, aqui entendido, na lição de

STRECK (2014, p. 236), como aquele juiz que julga apenas se preocupando com o que ele entende sobre a questão ora sob análise, sob a fundamentação falaciosa do livre convencimento.

Essa preocupação com uma teoria das decisões judiciais de Lenio Streck encontra eco em FERNÁNDEZ (*apud* STRECK, 2011, p. 30) que vai afirmar que

“o juiz não tem poder discricionário, nem na hora de selecionar a norma aplicável, nem de fixar seu concreto alcance, nem tampouco tem discricionariedade para escolher entre a versão dos fatos que apresente o demandante ou a acusação e a versão contrária que apresentem o demandado ou o acusado¹⁰”.

Nesse mesmo diapasão, Sartre vai desenvolver sua ideia sobre solipsismo e que se encaixa muito bem na discussão do “juiz solipsista” de Lenio Streck, pois assim como para Streck o juiz deve usar a hermenêutica para encontrar a resposta certa e assim se afastar do modelo positivista normativista kelseniano e por conseguinte da filosofia da consciência, Sartre vai afirmar que “*a única maneira de escapar ao solipsismo seria, ainda aqui, provar que minha consciência transcendental, em seu próprio ser, é afetada pela existência extramundana de outras consciências do mesmo tipo*”. (SARTRE, 2007, 305)

Esse juiz solipsista, que é um sujeito solipsista, na expressão de Streck, *Selbstsüchtiger*, é um sujeito preso em uma solidão ontológica, e seria

“pura hipótese metafísica, perfeitamente injustificada e gratuita, pois equivale a dizer que, fora de mim, *nada* existe; transcende, pois, o campo estrito de minha experiência. Mas, caso se apresente, mais modestamente, como recusa de abandonar o terreno sólido da experiência, como tentativa positiva de não fazer uso do conceito de outro, é perfeitamente lógica e permanece no plano do positivismo crítico; e, ainda que se oponha às tendências mais profundas de nosso ser, tira sua justificativa da noção de *Outros*, considerada na perspectiva idealista. (STRECK, 2011, p. 185)

Por óbvio que esse juiz(sujeito) solipsista não conseguirá prestar de forma correta a prestação jurisdicional, pois não tem o compromisso em buscar a resposta constitucionalmente mais adequada, como ensina Streck, mas simplesmente busca uma resposta que ele, egoisticamente, entende ser a melhor. Sobre esse egoísmo SCHOPENHAUER (*apud* SARTRE, 2007, P. 298) afirmou que o solipsista seria um

¹⁰ FERNÁNDEZ, Tomáz-Ramón *apud* STRECK, Lenio Luiz. *As recepções teóricas inadequadas em terrae brasiliis* in Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011, p. 30.

“louco enclausurado em um fortim inexpugnável. Uma confissão de impotência. Com efeito, pela posição da existência do outro, fazemos de súbito sobressair as molduras do idealismo e recaímos em um realismo metafísico”.

Será portanto contra esse solipsismo do juiz que a hermenêutica filosófica aplicada ao Direito irá se insurgir, tentando de uma por todas alcançar a tão buscada segurança jurídica, ou pelo menos um mínimo de previsibilidade das decisões judiciais.

A hermenêutica filosófica aplicada ao Direito não irá acreditar na possibilidade de se encontrar uma resposta universalmente correta, metafisicamente correta, mas sim a resposta constitucionalmente mais adequada, pois como ensina STRECK (2014, 357)

há condições de fazer afirmações corretas, mormente se considerarmos o antirelativismo e o anticeticismo da hermenêutica filosófica. Da mesma maneira, há condutas corretas e outras incorretas; mais do que isso, diante da especificidade do direito, em que cada texto jurídico deve estar conformado a um outro que lhe é superior (a Constituição), uma interpretação será constitucional (portanto, correta) e outra, inconstitucional (portanto incorreta).

Não é objeto do presente estudo abordar a hermenêutica filosófica aplicada ao Direito em todas as suas minúcias, mas sim mencionar a importância desse novo método para uma teoria do direito que possa substituir a teoria positivista normativista kelseniana e com isso, traçar limites ao protagonismo do Poder Judiciário, pois com a desculpa de um ativismo judicial, não se pode admitir que um juiz (solipsista) possa decidir qualquer coisa sob qualquer fundamento, mas sim que sempre busque a resposta constitucionalmente mais adequada.

Conclusão

O presente estudo não tem a pretensão de esgotar um tema tão complexo e controverso quanto a questão do ativismo judicial, em especial no Direito brasileiro, tendo em vista do crescente protagonismo pelo qual o Poder Judiciário vem auferindo.

A teoria do positivismo jurídico normativista kelseniano teve uma grande importância para o desenvolvimento do Direito como ciência. Entretanto, sua teoria foi aplicada na prática, e o que nasceu para ser teoria, via-se agora tendo que resolver questões não apenas de fundamentação, mas também de aplicação do Direito.

No momento da aplicação da teoria do positivismo normativista kelseniano percebeu-se que além da problema da extirpação da moralidade da teoria do

Direito a questão da liberdade exacerbada que possui o magistrado dentro desse modelo, acabou por influenciar vários jus filósofos a repensar a teoria geral do Direito.

Dentre inúmeras teorias, destaca-se o pensamento de Dworkin e a teoria de Lenio Streck que procura coadunar o pensamento dworkiano com a hermenêutica filosófica.

O Poder Judiciário no Brasil sempre teve uma postura mais conservadora, em especial os tribunais superiores, incluindo o Supremo Tribunal Federal. Após o advento da CRFB/88, principalmente nos 10 anos posteriores, o tribunal foi sendo reformulado e a partir do século XXI, com uma composição quase totalmente diferente daquela a época de 1988, a postura passou a ser bastante diferente da tradicional e conservadora postura. Os tribunais, em especial o STF, passaram a cada vez mais a serem protagonistas e não mais mero expectadores da vida político-social brasileira.

Com o argumento verdadeiro de um dirigismo constitucional, magistrados por todo o Brasil passaram a se arvorar na função de garantidores das promessas democráticas. Some-se a isso grave crise de representatividade por que passam as principais democracias ocidentais, em especial o Brasil, temos uma combinação perigosa entre um Legislativo cada vez mais fraco e um Judiciário cada vez mais forte, onde todas as grandes discussões políticas acabam por sair da seara legiferante do Parlamento desaguando nos tribunais.

Ocorre que os juízes e tribunais não parecem estar aptos a realizar essa tarefa hercúlea que a sociedade espera, muito em razão da própria formação acadêmica, onde a teoria hegemônica do direito ainda é a positivista kelseniana, formando sujeitos solipsistas ou apenas operadores do Direito, na pior acepção do termo operador, como sendo aquele que simplesmente seguem o que os tribunais determinam, sem qualquer análise de tais decisões, aferindo a correção das mesmas.

Portanto, não há mais espaço, em pleno século XXI, para decisões fundamentadas em posições pessoais e também em verdades metafísicas.

O que se deve buscar é a resposta hermeneuticamente correta, e aplicando ao pensamento jurídico, como o Brasil adota a teoria da hierarquia das normas, tendo a constituição a posição de destaque, a resposta hermeneuticamente correta será aquela mais condizente com os ditames da constituição.

A hermenêutica como método permite ao hermeneuta desvelar o que estava velado, conforme dizia Heidegger, permitindo que a resposta correta apareça ao final.

Não foi objeto da presente pesquisa apresentar todas as características da hermenêutica enquanto método, mas simplesmente apresentar algumas reflexões em relação ao ativismo judicial em solo brasileiro e mostrando como melhor opção para a concretização das promessas constitucionais a hermenêutica filosófica aplicada ao Direito.

Assim, mister se faz repensar a forma pela qual se chega a resposta para dirimir uma controvérsia, especialmente a magistratura. Não há mais espaço para decisões arbitrárias, sem grande fundamentação, apenas com base em um entendimento pessoal do magistrado.

Essa não é uma tarefa simples, pois a formação jurídica brasileira ainda não contempla, pelo menos na sua maioria, uma discussão hermenêutica, ficando restrita aos programas de pós-graduação *stricto sensu* discussões nessa área.

Os próprios magistrados saem da graduação em direito apenas repetindo o que, em sua maioria, os professores repetiram em sala de aula, e estes repetiram o que os manuais afirmam ser o direito. O máximo que ainda estudam é como pensa o STF e o STJ, mas sem grandes reflexões hermenêuticas. Sem falar no próprio estudo para aprovação em um concurso da magistratura, onde repete-se a técnica de memorização de livros doutrinários e das decisões dos tribunais superiores e do tribunal a qual o candidato está concorrendo.

O objetivo do presente estudo tem intuito apenas de continuar indicando a necessidade de reflexões sobre a elaboração de pesquisas sobre hermenêutica e sobre uma teoria da decisão no direito brasileiro, procurando analisar teoria desenvolvidas, mas pensando dentro da realidade brasileira.

Referências Bibliográficas

BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabri, 1993.

CARDOZO, Benjamin Nathan. A Natureza do processo judicial *in* O Grandes Filósofos do Direito, Clarence Morris (org.) São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COELHO, André Luiz Souza. Críticas de Jürgen Habermas à justiça como equidade”, de John Rawls. <http://www.conpedi.org>. S/D. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Andre%20Luiz%20Souza%20Coelho%20Teoria%20da%20Justica.pdf>. Acesso em 04 de fevereiro de 2007.

DELEUZE, Gilles. NIETZSCHE. Trad. Alberto Campos. Lisboa: Edições 70, 2009.

DIAS, Maria Clara. Resenha de *Justiça as Fairness*: a restatement de John Rawls. <http://www.ifcs.ufrj.br/cefm/index.html>. S/d. Disponível em <http://www.ifcs.ufrj.br/cefm/index.html>. Acesso em 21/ de janeiro de 2007.

DOWKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1997

GOYARD-FABRE, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 111, 112 e 113.

HABERMAS, Jürgen., Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Puta do Direito. trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas S. Função do Dogma na Investigação Científica *in* A Crítica da Ciência – sociologia e ideologia da ciência. Rio de Janeiro: Zahar Editores, sem ano, e

STRECK, Lenio L. Verdade e Consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

_____. O que é isso: decido conforme a minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. Disponível em <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em 10.07.2014

STRECK, Lenio Luiz. *As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis* *in* Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011

SARTRE, Jean-Paul, O Ser e o Nada – ensaio de ontologia. Petrópolis: Vozes, 2007.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. Hermenêutica – arte e técnica da interpretação. Tradução Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 2000.