



Ano 4 • n. 4
Teresina-PI – jan./dez. 2012
ISSN 2176-6959

REVISTA
ELEIÇÕES
& *Cidadania*

O direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada como condição de possibilidade no combate ao ativismo judicial

Julianna Moreira Reis*

RESUMO: O trabalho em apreço aborda o ativismo judicial como um fenômeno de ameaça à legislação democraticamente constituída, eis que, impregnado de discricionariedade, não permite que os intérpretes do Direito superem a filosofia da consciência. Pretende-se, então, tendo em conta a postura teórica de Lenio Streck, com aporte na obra de Dworkin, demonstrar que tal ativismo pode ser combatido a partir do reconhecimento de um direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada. A pesquisa realizada é de cunho bibliográfico, compilatória e qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Ativismo. Resposta Constitucionalmente Adequada.

INTRODUÇÃO

O segundo pós-guerra trouxe a instituição do Estado Democrático de Direito e a adoção de um novo paradigma, cujo cerne é a democracia.

Nesses novos tempos, diante do ganho de importância dos textos constitucionais, impregnados de carga normativa, e do protagonismo Poder Judiciário, trava-se a discussão acerca do papel do direito na realização da ordem democrática, o que implica avaliar quais argumentos podem, legitimamente, compor uma decisão judicial.

É nesse cenário que se desenvolve o presente trabalho.

* Servidora pública da Justiça Eleitoral do Piauí, Professora do Centro de Ensino Superior do Vale do Parnaíba– CESVALE. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UNISINOS/ Turma Especial Interinstitucional (MINTER) – UNISINOS/FACID.

Num primeiro tópico, será esclarecido como, diante da evolução histórica estatal, a função jurisdicional veio a ocupar tamanho espaço na concretização de direitos, em outros termos, o fenômeno da judicialização da política. Ainda, explicitar-se-á a diferença entre judicialização e ativismo judicial, termos utilizados indiscriminadamente na realidade jurídica brasileira, sendo, o ativismo, uma ameaça à árdua conquista de uma legislação democraticamente construída.

No segundo tópico, analisados brevemente os paradigmas filosóficos da linguagem, será esposado porque os “aplicadores” do direito no Brasil persistem em adotar uma postura discricionária e, logo, positivista, incompatível com a nova hermenêutica característica do constitucionalismo contemporâneo.

Ao final, demonstrar-se-á que, contra o ativismo judicial, em tempos de pós-positivismo, faz-se necessária uma nova forma de interpretar e de decidir, o que culmina com o que Lenio Streck denominou de direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

1 O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO COMO RESULTADO DOS MOVIMENTOS ESTATAIS – JUDICIALIZAÇÃO X ATIVISMO

Com o rompimento do absolutismo, o Estado, agora denominado de Estado Liberal ou Estado Mínimo, passou a ter sua atuação resguardada tanto pelo requisito da especialização de funções, quanto pelo da garantia dos direitos humanos. Constituiu-se como um Estado absenteísta, aparentemente neutro, em que os direitos de liberdade assegurariam “o desenvolvimento das potencialidades de indivíduos livres e iguais (formalmente), no âmbito da sociedade civil (do mercado)”.¹ Esta

¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado n. 6*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 106.

é a fase do Constitucionalismo² Liberal, estando delineados os contornos do Estado Constitucional do século XIX e consolidados os direitos de liberdade, também denominados de direitos de primeira geração.

Em meados do século XIX, e também durante o século XX, no contexto de lutas operárias, verifica-se uma transformação do Estado Liberal em Estado Social (conceito aqui utilizado em sua concepção genérica), que vem conformado pelo denominado Constitucionalismo Social, o qual, “sem afastar-se dos fundamentos do constitucionalismo moderno de tradição liberal em seus postulados fundantes – especialização de funções e direitos humanos”, reconheceu constitucionalmente a *questão social*, a partir da institucionalização dos direitos sociais – direitos de igualdade, ou direitos econômicos, sociais e culturais³.

Passa-se a se exigir uma postura do Estado diversa daquela adotada no Estado Mínimo, em que o “foco das atenções” era a sua esfera legislativa. A *questão social* “deixa de ser um ‘caso de polícia’ para se tornar um ‘caso de políticas públicas sociais’”, responsáveis pela concretização daqueles denominados direitos sociais. Não sendo suficiente o reconhecimento legislativo dos direitos humanos, a esfera executiva passa a ser a responsável por tal concretização.⁴

Como desdobramento do Estado Social, o Estado Democrático de Direito, no contexto do segundo pós-guerra, assume-se como “um projeto finalístico, identificado com o reconhecimento e realização do conjunto dos direitos humanos”.⁵ No âmbito deste modelo de Estado,

² Em linhas gerais, “o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições”. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 28.

³ MORAIS, José Luis Bolzan de. *A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado n.6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 107.

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, 107.

⁵ *Ibid.*, p. 104.

“o constitucionalismo adquire um caráter que, embora não seja inédito ou exclusivo, incorpora, ainda mais, a perspectiva de uma sociedade em constante caminhar rumo à desconstrução das diferenças sociais (...) e marcado pelo ‘pressuposto’ fundante da *dignidade da pessoa humana*” (grifo do autor).⁶

É nesse contexto que se vislumbra o que ficou conhecido como “constitucionalismo dirigente”, proposta teórica do constitucionalista português José Gomes Canotilho, sendo que, “à concepção de Estado de Direito foi agregado um conteúdo extraído do próprio texto constitucional, de forma que a constituição passa a ser ‘um meio de direção social’ e ‘uma forma ‘racionalizada’ de política”.⁷

No ponto, vale registrar:

Este modo de compreender o texto constitucional como catalizador de todos os atos do Estado deu novo fundamento ao direito constitucional, fazendo, também, com que a jurisdição, a partir desta concepção de *irradiação constitucional*, ganhasse novos rumos, estando voltada à concretização das promessas constitucionais, já que, como menciona Gilberto Bercovici, “a concepção de constituição dirigente [...] está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito”⁸ (grifo da autora).

Esse constitucionalismo dirigente traz não só temas novos para a doutrina jurídica, tais como a carga eficaz e a “programaticidade” dos *novos direitos*, como também as (im)possibilidades de sua implementação, seja diante da fragilização do Estado social, no contexto das “crises” por ele experimentadas,⁹ seja diante do confronto entre o projeto político-constitucional (includente) e o projeto

⁶ *Ibid.*, p. 109.

⁷ TASSINARI *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 41.

⁸ TASSINARI *apud* BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a constituição dirigente? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre, vol. 1, n. 6, pp. 149-162, 2008, pp. 41- 42.

⁹ Recomenda-se, no quesito, a leitura do capítulo 8 de STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*, 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2012.

político-econômico do dito neoliberalismo (excludente).¹⁰

Dessa forma, dentre outras consequências, vislumbra-se mais uma transição funcional no Estado, sendo a primeira da função legislativa à Executiva, como visto acima, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, agora em direção à função jurisdicional. Considerada não somente a democratização do acesso à justiça,¹¹ mas, principalmente, as frustrações ocasionadas pelo não cumprimento das promessas constitucionais, o Poder Judiciário é chamado para viabilizar sua realização. É o que se convencionou denominar de *judicialização da política*.¹²

Nesse diapasão:

Dito de outro modo, há que ficar claro que este *fazer política* é aqui assumido como uma nova forma de produção de decisões no âmbito do poder estatal que tem ganho cada vez

¹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. *A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 108-111. Diante de uma nova fase de globalização, reflexo das transformações tecnológicas, políticas, econômicas e sociais ocorridas ao longo dos últimos anos, o capitalismo, base econômica do liberalismo, deixa de se vincular à produção e ao consumo e passa a um novo modelo de produção de lucro, em que “os investimentos não se dão na base produtiva e em suas estruturas, mas na reprodução acética do próprio capital”, ascendendo um novo mercado, o mercado financeiro. Esse novo modelo capitalista, recentemente confrontado com o clima de recessão ocasionado pela crise financeira de 2008, traz consigo propostas inseridas no âmbito do que se convencionou denominar de neoliberalismo. *Ibid.*, p. 110.

¹¹ Pode-se dizer que, além das dificuldades do Estado em cumprir as promessas constitucionais, as quais já se justificam por suas crises, a judicialização também foi impulsionada por uma redefinição do acesso à justiça, como resultado, dentre outros fatores, do processo de democratização do Estado que atingiu inclusive a sua esfera processual. No contexto, pensando-se em instrumentos para tornar possível a interação Judiciário-sociedade, foram realizadas reformas processuais nesse sentido, como por exemplo, “a própria incorporação da antecipação de tutela, como mecanismo de satisfação do direito de modo mais ágil”, sendo, tal cenário, “fruto do que ficou conhecido no âmbito do processo civil como ‘socialismo processual’”, movimento em que, buscando harmonizar o processo civil com o Estado de bem-estar, “a questão do acesso à justiça passou a estar associada a um reforço dos poderes judiciais”. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 47- 48.

¹² MORAIS, José Luis Bolzan de. *A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 108 - 111.

maior amplitude e consistência em razão de dois fenômenos até mesmo contraditórios: de um lado o sucesso do Estado democrático em prover a cidadania de melhores vias e meios de acesso ao *sistema de justiça*, de outro os fracassos ou dificuldades de o Estado Social prover resultados satisfatórios ante suas promessas. Um embate entre *cidadania jurídico-constitucional* e *cidadania social*, mesmo que, claro, ambas se confundam – possam se confundir – nos mesmos sujeitos.¹³ (grifo do autor)

No caso específico brasileiro, esse crescimento da participação do Poder Judiciário

apenas ocorreu a partir da Constituição de 1988, quando, rompido com a ditadura militar, criou-se um ambiente propício – democrático, portanto – ao desenvolvimento da ideia de concretização de direitos aos cidadãos.¹⁴

Nesse diapasão, cumpre fazer a distinção entre judicialização da política e ativismo,¹⁵ já que as duas expressões se referem à ideia da crescente atividade do Poder Judiciário no Brasil, sendo que tal distinção serve para evitar “que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afetaria as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro”.¹⁶

Pode-se dizer, diante do que fora até então exposto, que o

¹³ MORAIS, José Luis Bolzan de. *O estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 147.

¹⁴ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 25.

¹⁵ “O problema é que, diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, aqui, a atuação do Judiciário mediante uma postura ativista não passou por uma (indispensável) problematização (isto é, por um *rigoroso debate acadêmico*), no sentido de que, dos contributos trazidos pelos juristas norte-americanos, apenas se aproveitou a intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para concretizar direitos. Em síntese, acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade”. *Ibid.*, p. 26.

¹⁶ *Ibid.*, p. 27.

fenômeno da judicialização é uma questão social, contingencial, uma vez que

[...] é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos.¹⁷

Por sua vez, em apertada síntese, pode-se dizer que o ativismo depende do desejo e da vontade do órgão judicante, “diz respeito a uma *postura* do judiciário para além dos limites constitucionais”.¹⁸

Nesse contexto,

[...] um juiz ou tribunal pratica **ativismo** quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, **quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado** (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...])¹⁹ (grifo nosso)

Se no ativismo substitui-se todo um ordenamento jurídico que possui em seu ápice uma constituição democraticamente instituída pelo subjetivismo do julgador,²⁰

[...] a judicialização de questões políticas ou sociais não

¹⁷ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 32-33.

¹⁸ *Ibid.*, p. 37.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589, nota de rodapé 123.

²⁰ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 42-43.

depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve atos de jurisdição constitucional.²¹

Impõe-se, desse modo, diante dessa crescente atividade da função jurisdicional, o estabelecimento de controles efetivos das decisões judiciais, a fim de diferenciar judicialização e ativismo,²² uma vez que “o ativismo vem se transformando na vulgata da judicialização”.²³ É que uma atuação ativista “demonstra a falta de limites no processo interpretativo”,²⁴ sendo, assim, o ativismo judicial um problema de teoria da interpretação no Direito.²⁵

2 ATIVISMO JUDICIAL – A VONTADE COMO CRITÉRIO DE DECISÃO

Como visto, o ativismo judicial cuida de um problema de

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Crítica Hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado n. 8*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011, p. 165, nota de rodapé 21.

²² *Id. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589, nota de rodapé 123.

²³ *Id. Crítica Hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº 8*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011, p. 156.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

²⁵ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 56.

interpretação, e, desse modo, de teoria do direito.²⁶ Desse modo, há de se demonstrar que a prestação jurisdicional no Brasil ainda se embasa nos esquemas abarcados pela metafísica clássica e pela metafísica moderna (filosofia da consciência), na dicotomia sujeito-objeto. Para que se entenda melhor a questão, a seguir, algumas linhas acerca dos pressupostos básicos de tais paradigmas filosóficos, destacando-se a função da linguagem²⁷ nas teorias acerca da decisão judicial. Embora se corra o risco de se incorrer na superficialidade, é o que a extensão do presente trabalho permite avançar.²⁸

Ernildo Stein a utiliza e Lenio Streck incorpora a seus textos a expressão “princípio epocal”, a qual se refere ao fato de que os diferentes momentos históricos são marcados pelo predomínio de certas posturas filosóficas.²⁹ Nesse contexto, “o direito é um fenômeno complexo e que não pode ficar blindado/imune às transformações ocorridas no campo da filosofia”.³⁰

A metafísica clássica surge com o pensamento grego, merecendo ser mencionada aquela que se considera a primeira obra de filosofia da linguagem da humanidade, *Crátilo*,³¹ e se estende até o surgimento da modernidade com a produção de Descartes.

Nesse período, “a filosofia da linguagem possui notadamente um perfil objetivista, eis que o significado é concebido como algo que existe independentemente da própria linguagem ou do sujeito”.³² De outro modo, é possível dizer que, “para a metafísica clássica, os sentidos estavam

²⁶ *Ibid.*, p. 56.

²⁷ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 21.

²⁸ Para um avanço no tema, recomenda-se STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

²⁹ TASSINARI *apud* STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008. p. 74.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 78.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 151.

³² LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 22.

nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência)”.³³ Nesse quadrante da história da filosofia, acreditava-se na autonomia do objeto, por existir independentemente da experiência do intérprete.³⁴

As teorias sobre a decisão judicial que se voltam ao objetivismo na interpretação retomam a metafísica clássica, pois consideram que

a interpretação judicial é objetivamente controlada pelas regras, as quais levam a uma correta determinação do significado do texto, como se a verdade estivesse ‘nas coisas’.³⁵

O objetivismo (realismo filosófico) é superado na modernidade, pela metafísica moderna. Nasce, então, a subjetividade, ou filosofia da consciência, em que o “sujeito” passa a “assujeitar” as coisas. É o que vem se denominando de esquema sujeito-objeto, “em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão”.³⁶

Nas teorias da decisão judicial voltadas ao subjetivismo, o direito é aplicado por “um sujeito solipsista, proprietário dos significados, que, julgando conforme sua consciência, acredita – de forma alienada – estar decidindo corretamente (com justiça) as questões que lhe são postas”.³⁷

No século XX, ocorre o giro linguístico, uma “invasão” da filosofia pela linguagem. Esse giro “liberta’ a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência”. Há a inserção do mundo prático na filosofia³⁸.

A partir desse novo paradigma,

[...] a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem é o que

³³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 13.

³⁴ LUIZ, *op. cit.*, p. 22.

³⁵ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 35.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 13.

³⁷ LUIZ, *op. cit.*, p. 35.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 14.

está dado e, portanto, não pode ser produto de um **sujeito solipsista (Selbstsüchtiger), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento**³⁹ (grifo nosso).

Trata-se, assim, de uma “virada hermenêutica” que, no plano do conhecimento jurídico, Lenio Streck vem denominando de Nova Crítica do Direito, concepção segundo a qual a interpretação não é uma atividade a ser desenvolvida de forma discricionária, mas sim a partir de uma interação dialógica entre intérprete e texto, “por meio de sua mútua participação em um meio comum na história e linguagem (tradição)”. Desse modo, faz-se necessário que o esquema sujeito-objeto seja superado por uma relação intersubjetiva⁴⁰ (esquema sujeito-sujeito).⁴¹

Vale mencionar que a compreensão de como a discricionariedade passou a integrar o contexto de interpretação dos direitos no Brasil traz a necessidade de uma remissão ao positivismo.⁴² É que a discricionariedade é a principal característica do positivismo.⁴³

Nesse ponto, registre-se o seguinte esclarecimento:

[...] o positivismo é uma postura *científica* que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo *positivismo* é entendido aqui como sendo os *fatos* [...]. Evidentemente, *fatos*, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa

³⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁴⁰ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial*: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 35-36.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 396.

⁴² TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 116.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 58.

definir por meio de um experimento.⁴⁴

O primeiro momento do positivismo é denominado de positivismo primevo, positivismo legalista ou, de forma mais comum, positivismo exegético. Aqui, observa-se o juiz “refém de um assujeitamento a uma estrutura de caráter objetivista”, bem como o “aprisionamento” da lei a um sistema racional-conceitual”.⁴⁵ O juiz, ao interpretar, é tido como “a boca da lei”. A particularidade vislumbrada aqui, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que pode ser chamada de sintática.⁴⁶

Kelsen promove uma virada no positivismo, fase conhecida como positivismo normativista. A principal característica desse positivismo pós-exegético é a discricionariedade. Passa-se a um “assujeitamento da estrutura a um sujeito solipsista”, ao império da vontade (do poder).⁴⁷

Nesse momento, há “uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do ‘positivo’, do ‘fato’”. Para Kelsen, “o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático”. Há, assim, uma ênfase à semântica.⁴⁸

Essa questão da interpretação do Direito vem descrita por Kelsen no capítulo VIII da sua obra *Teoria Pura do Direito*. Kelsen promove uma cisão entre direito e ciência do direito, o que refletirá em seu conceito de interpretação, eis que acarreta outra cisão: interpretação como *ato de vontade* e interpretação como *ato de conhecimento*.

Em Kelsen, a interpretação como ato de conhecimento,

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?* In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Heremênutica - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº 7*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010, p. 164.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 164, nota de rodapé 2.

⁴⁶ STRECK *apud* CARNAP, Rudolf. *The logical syntax of language*. London: Routledge & Kegan Paul, 1971.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?* In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Heremênutica - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº 7*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010, pp. 163-164, nota de rodapé 2.

⁴⁸ *Ibid.*, 2010, pp. 166.

realizada pelo cientista do direito a partir da ciência do direito, é exata, objetiva, rígida, e produz *proposições*. Já a interpretação como *ato de vontade*, também denominada de interpretação autêntica, por ser realizada pelos órgãos jurídicos no momento da “aplicação” do direito, produz *normas*. Essas *normas* “terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete”, no âmbito de sua “moldura semântica”. Assim, para Kelsen, a interpretação (autêntica) do direito “é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista.”⁴⁹

Nesse contexto, embora Kelsen tivesse superado o positivismo exegético, acabou deixando de lado “o principal problema do direito – a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’”. Assim, não foi bem entendido, pois “ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação ‘pura da lei’”.⁵⁰ Aqui se tem o ponto fulcral do problema acerca da não compreensão do positivismo: a falta de entendimento acerca da diferença entre o velho positivismo exegético (sintático) e o positivismo normativista (semântico), verificando-se, atualmente, no Brasil, uma teoria da decisão judicial calcada num verdadeiro sincretismo filosófico.

Veja-se: “somente é possível superar o positivismo a partir da ruptura com o esquema sujeito-objeto introduzido pela filosofia da consciência, isto porque o positivismo está indissociavelmente dependente do sujeito solipsista”.⁵¹

Como se observa, o exercício da jurisdição no Brasil não parece ter recepcionado o giro linguístico, fazendo-se bastante presente o paradigma da filosofia da consciência. Verifica-se, no contexto, a substituição da ordem democraticamente estabelecida pelas preferências do julgador,

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Heremênutica - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº 7*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010, p. 166 e nota de rodapé 5.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Heremênutica - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº 7*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010, p. 167.

⁵¹ *Ibid.*, p. 170.

no ato de julgar, o que resulta em um déficit democrático⁵². Em outros termos, admitir a discricionariedade é admitir “um grande espaço de relatividade que enfraquece o sentido da construção democrática do direito”.⁵³

Enfim, o que se torna essencial ressaltar é que “o problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no próprio ato judicante – não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), *como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva*”⁵⁴ (grifo do autor).

Se o ativismo judicial pressupõe um ato de vontade de quem julga, “a configuração de um Judiciário não ativista demanda a superação de um imaginário no qual os juízes possuam poderes discricionários e/ou liberdades interpretativas”.⁵⁵

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE NO COMBATE AO ATIVISMO JUDICIAL

Como visto no primeiro tópico, o segundo pós-guerra trouxe consigo o constitucionalismo contemporâneo,

[...] decorrente da existência de textos constitucionais concebidos numa perspectiva de materialidade, isto é, não apenas compreendidos como *elementos organizacionais* de determinado sistema jurídico, mas, na medida em que passam a incorporar garantias aos cidadãos, entendidos como dotados de um *caráter*

⁵² LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 51.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e (pos)positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos?*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº. 7*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2010, p. 172.

⁵⁴ *Id.* *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 17- 19.

⁵⁵ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 118.

fnalístico, como documentos voltados para a concretização de direitos à sociedade⁵⁶ (grifo da autora).

Observa-se a mudança do centro gravitacional do direito: “não mais os códigos do direito privado, mas as Constituições é que exercem, agora, a função capilarizadora da ordem jurídica”.⁵⁷ É que a validade da lei passa a estar vinculada, de forma substancial, à Constituição.⁵⁸

Desse modo, surge uma incompatibilidade entre os métodos utilizados tradicionalmente para manipular o direito privado, em que se faz presente a filosofia da consciência, e os *novos textos constitucionais*, os quais foram “concebidos para fazer valer a ordem democrática que, para além de qualquer solipsismo, deveria conduzir para uma esfera pública e intersubjetiva de legitimação dos atos de poder do Estado”.⁵⁹ Para tanto, os textos constitucionais do segundo pós-guerra são agora principiológicos, dotados de carga normativa.

O grande dilema, em especial no caso brasileiro, é que não houve a necessária superação das posturas voluntaristas típicas da filosofia da consciência e que, “por apostarem na discricionariedade dos juízes, *não deixam de ser positivistas*”,⁶⁰ não se experimentando, por aqui, o giro linguístico (*linguistic turn*), a virada hermenêutica, o abandono do esquema sujeito-objeto. Assim, no século XX, a questão crucial passa a ser, diante de uma abundante principiologia, “a discussão acerca das condições de possibilidade da realização da

⁵⁶ *Ibid.*, p. 136.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Crítica Hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº. 8*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 171.

⁵⁸ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 136.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Crítica Hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº. 8*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, pp. 171-172.

⁶⁰ STRECK *apud* FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Editora Iustel, 2005, p. 32.

democracia”⁶¹, e, assim, o estabelecimento de controles à interpretação do direito, aptos a prevenir que “os juízes se assenhem da legislação democraticamente construída”.⁶²

Como um dos resultados desse cenário, temos o foco da presente discussão que é o ativismo judicial, já que “quando estamos diante de uma postura ativista, temos uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de *rompimento constitucional*”⁶³. É que, reitere-se, no ativismo judicial, o ato de julgar não se condiciona a pressupostos jurídicos, mas sim se orienta pela vontade do julgador. Surge, desse modo, a necessidade do “enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial”.⁶⁴

Um passo fundamental para que se desenvolva essa discussão é entender o Direito como integridade,⁶⁵ dando a devida importância ao papel dos princípios como limitadores da decisão judicial, o que constitui um avanço na defesa do Estado Democrático de Direito,⁶⁶ cujo paradigma, como se percebe, é a democracia.

Essa integridade demanda que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito.⁶⁷ Em outras palavras, ao

⁶¹ STRECK, *op. cit.*, p. 169.

⁶² *Ibid.*, p. 156.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

⁶⁴ *Id. Crítica Hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº. 8*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 154.

⁶⁵ A teoria do Direito como integridade foi especialmente desenvolvida por Dworkin e recepcionada por Lenio Streck e cujos traços gerais serão apresentados aqui para uma melhor compreensão do tema.

⁶⁶ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 141.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Crítica Hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº. 8*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 179.

decidir, o intérprete deve se limitar às circunstâncias qualificadoras do caso concreto e à “recomposição coerente da história institucional do direito (que comporta uma legislação, uma jurisprudência e uma doutrina)”.⁶⁸

Com aporte em Dworkin, pode-se dizer que

[...]a teoria do Direito como integridade tem o objetivo de afastar a discricionariedade judicial do campo jurídico, surgindo a **tradição jurídica** como forma de constringer o subjetivismo. Portanto, julgar por princípios significa dar continuidade a esta história institucional enraizada na nação, retomando a razão prática insita ao direito⁶⁹. (grifo nosso)

Como se observa, “a integridade diz respeito a princípios”,⁷⁰ os quais passam a ocupar lugar privilegiado na ordem jurídica, eis que todas as decisões judiciais terão de ser fundamentadas por eles, pois são eles que “sintetizam as práticas sociais compartilhadas”, compondo, assim, a “comum-unidade, que é o corpo social”.⁷¹

Mencionando essa busca sobre essa coerência e integridade do direito, Lenio Streck sustenta que “os princípios funcionarão como uma blindagem contra arbitrariedades, apontando o *modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete” e, invocando Dworkin, conclui que “o direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”.⁷²

Nessa linha de raciocínio, Lenio Streck aponta que o papel desempenhado pelos princípios no Estado Democrático de Direito será o de preservar a força normativa da Constituição, passando a ser entendidos como padrões de argumento das decisões. Desse modo, os “Princípios têm a função de mostrar/denunciar a ruptura com a

⁶⁸ *Ibid.*, p. 172.

⁶⁹ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 177.

⁷⁰ LUIZ *apud* DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª. ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 266.

⁷¹ LUIZ, *op. cit.*, p. 176.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 317.

plenipotenciabilidade das regras”.⁷³

Assim, “o novo constitucionalismo pode ser visto como um enfrentamento do positivismo jurídico de Hans Kelsen”, em que havia uma compreensão procedimentalista das normas constitucionais. Com o novo constitucionalismo, as leis também devem estar em coerência com o conteúdo previsto na Constituição. Aqui, o juiz há de se sujeitar a essa conformidade material.⁷⁴

Enfim, “sob a ótica positivista, um princípio não é norma, porque ele trata de uma espécie de adereço ao direito”.⁷⁵ Por outro lado, no pós-positivismo, no constitucionalismo contemporâneo, os princípios não existem apenas porque a Constituição os instituiu, mas, “ao contrário, a Constituição é considerada materialmente legítima justamente porque fez constar em seu texto toda uma carga principiológica que já se manifestava *praticamente* no seio de nossa *comum-unidade*”.⁷⁶

Desse modo, como solução ao positivismo e à sua característica mais marcante, qual seja, a discricionariedade, Lenio Streck, aportado em sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, aponta a necessidade de busca de respostas corretas. Nesse sentido, assevera:

[...] a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete como sujeito do “esquema sujeito-objeto”, mas, sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito). Assim, **o ponto fulcral não é quem dá a resposta correta, mas como esta se dá.** [...]⁷⁷ (grifo nosso)

⁷³ *Id. Crítica Hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011. p. 179.*

⁷⁴ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 136-137.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 541.

⁷⁶ STRECK *apud* OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 386.

A proposta de Lenio Streck é a superação da discricionariedade, a partir de uma decisão judicial alicerçada em pressupostos democráticos, em outras palavras, a partir da obtenção de respostas constitucionalmente adequadas no Direito⁷⁸. A tese por ele sustentada é a de que “a resposta não é a única e nem a melhor: simplesmente trata-se ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, *uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma*”⁷⁹ (grifado pelo autor).

Nesse sentido, “na senda de Dworkin, que, ao seu modo, falará da única resposta correta”, Lenio Streck propõe que “todo cidadão – que vive sob o manto do Estado Democrático de Direito – tem um direito fundamental a obter dos tribunais uma *resposta constitucionalmente correta*”⁸⁰ (grifado pelo autor).

Essa resposta adequada à Constituição não exclui, contudo, o dever do juiz de explicitar “as condições pelas quais compreendeu”.⁸¹ Segundo Lenio Streck, considerada a noção de integridade do Direito, “os juízes, ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade”, é a expressão da *responsabilidade política dos juízes* da teoria do direito de Dworkin.⁸²

Essa responsabilidade dos juízes se desdobra no dever de fundamentação albergado no texto da Constituição brasileira, em seu art. 93, IX. Essa fundamentação está ligada ao controle das decisões judiciais, ensejando condições para se aferir se a resposta dada está ou não em conformidade com a constituição.

⁷⁸ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 142.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 400.

⁸⁰ *Id.* *Crítica Hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado n. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 172.

⁸¹ *Ibid.*, p. 179.

⁸² TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 143-144.

No ponto, Lenio Streck ressalta:

Não se pode fazer uma leitura rasa do art. 193, IX, da CF. A exigência de fundamentação não se resolve com “capas argumentativas”. Ou seja, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”... Deve, sim, *explicitar* os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição, ou, em termos dworkianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política.⁸³

Por fim, Lenio Streck assevera que sua proposta “não estabelece nenhum procedimento metodológico que garanta essa resposta adequada”, ao invés disso, “ela rejeita qualquer tipo de procedimentalização do projeto decisório”⁸⁴. É que “a pretensão de se buscar respostas definitivas é, ela mesma, anti-hermenêutica, em face do *congelamento de sentidos* que isso propiciaria”.⁸⁵ No ponto, cumpre esclarecer:

Numa palavra: parece despiciendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição.⁸⁶

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 400.

⁸⁴ *Id.* *Crítica Hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988*. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado nº. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011, p. 172.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 181.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 386.

Conclui-se que “o protagonista não pode mais ser o juiz individualmente considerado, mas sim o Direito”.⁸⁷ Tem-se, diante do exposto, uma postura teórica capaz de enfrentar a questão do ativismo judicial e a discricionariedade que lhe é particular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, no Brasil, não houve a necessária superação das posturas voluntaristas típicas da filosofia da consciência, as quais, por apostarem na discricionariedade dos juízes, acabam sendo positivistas.

Nesse contexto, insere-se o ativismo judicial, eis que nele o ato de julgar não se condiciona a pressupostos jurídicos, mas sim se orienta pela vontade do julgador, pois, diante de uma postura ativista, tem-se uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição.

Como se pode observar, o ativismo perpassa pela questão da interpretação do direito e, assim, da reflexão acerca do tipo de argumento que pode, legitimamente, compor uma decisão judicial.

Cumprido, para tanto, entender o Direito como integridade, dando a devida importância ao papel dos princípios como limitadores do ato de decidir. Os juízes, nesse desiderato, devem construir seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, à sua história institucional (que comporta uma legislação, uma jurisprudência e uma doutrina), à tradição jurídica, de modo a expressar sua *responsabilidade política*.

Assim, a partir de uma postura teórica capaz de enfrentar a questão do ativismo judicial e a discricionariedade que lhe é particular, Lenio Streck propõe que todo cidadão que viva sob o manto do Estado Democrático tenha um direito fundamental a uma decisão judicial alicerçada em pressupostos democráticos, em outras palavras, um direito fundamental a obter dos tribunais uma *resposta constitucionalmente correta*.

⁸⁷ TASSINARI *apud* MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERCOVICI, Gilberto. **Ainda faz sentido a constituição dirigente?** *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre, vol. 1, n. 6.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CARNAP, Rudolf. **The logical syntax of language**. London: Routledge & Kegan Paul, 1971.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial**. Madrid: Editora Iustel, 2005.
- LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. **A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação**. *In*: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- _____. **O estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política**. *In*: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado n.7. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de**

princípio. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado.** 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Crítica Hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988.** *In:* CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado n.º 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Hermenêutica e (pos)positivismo:** por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos? . *In:* CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS – Mestrado e Doutorado n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.