



## O SOLIPSISMO SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA CRÍTICA DO DIREITO, COM ÊNFASE NO PENSAMENTO DE LENIO STRECK

Isabela Fernandes Paim Teles<sup>1</sup>

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Isabela Fernandes Paim Teles (2020): “O solipsismo sob a ótica da hermenêutica crítica do Direito, com ênfase no pensamento de Lenio Streck”, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, ISSN: 1988-7833, (septiembre 2020). En línea: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2020/09/critica-direito.html>

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar se em tempos de constitucionalismo contemporâneo está ocorrendo uma predominância de decisões discricionárias. Portanto a problemática na presente pesquisa versa sobre a seguinte questão: com o advento do constitucionalismo está ocorrendo falta de limites quanto ao poder de discricionariedade nas decisões judiciais? A pesquisa terá como abordagem o método de pesquisas bibliográficas, através de análise de conteúdo, envolvendo obras de doutrinadores, artigos, pesquisas anteriores que tiveram foco no assunto. Através do marco teórico adotado observou-se que há um empoderamento excessivo dos juízes ao proferirem decisões, o que acaba por gerar transtornos no Estado Democrático de Direito, haja vista ferir o sistema democrático. Acredita-se por fim, que a teoria da decisão, ora discorrida, quando aplicada por juízes e tribunais, poderá ser capaz de filtrar, através de parâmetros o caminho para se coibir o solipsismo. Conclui-se, portanto que é através da hermenêutica que se busca a arte da integração, e, que se preserva o grau de autonomia do Direito.

**Palavras-chaves:** Solipsismo; Hermenêutica Crítica do Direito; Discricionariedade; Decisão judicial.

### SOLIPSISM FROM THE PERSPECTIVE OF CRITICAL HERMENEUTICS OF LAW, WITH EMPHASIS ON THE THOUGHT OF LENIO STRECK.

### ABSTRACT

This paper aims to analyze whether in times of contemporary constitutionalism there is a predominance of discretionary decisions. Therefore, the problem in the present research is about the following question: with the advent of constitutionalism is there a lack of limits regarding the power of discretion in judicial decisions? The research will approach the method of bibliographic research, through content analysis, involving works of scholars, articles, previous research that focused on the subject. Through the theoretical framework adopted, it was observed that there is an excessive empowerment of judges when making decisions, which ends up generating disorders in the Democratic State of Law, in view of hurting the democratic

<sup>1</sup>Mestranda pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM; área de concentração: Constitucionalismo e Democracia; linha de pesquisa: efetividade dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito. Graduada pela Faculdade de Direito Unincor/MG. Pós-graduada pela PUC – IEC em Direito Tributário. Professora universitária da Unincor no Campus de Caxambu/MG e advogada atuante nas áreas Trabalhista e Civil. Email: paimteles@gmail.com

system. Finally, it is believed that the theory of decision, now discussed, when applied by judges and courts, may be able to filter, through parameters, the way to curb solipsism. We conclude, therefore, that it is through hermeneutics that the art of integration is sought, and that the degree of law autonomy is preserved.

**Key words:** Solipsism; Critical Hermeneutics of Law; Discretionary; Judicial decision.

## **SOLIPSISMO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA HERMENÉUTICA CRÍTICA DEL DERECHO, CON ÉNFASIS EN EL PENSAMIENTO DE LENIO STRECK.**

### **Resumen**

Este artículo tiene como objetivo analizar si en tiempos del constitucionalismo contemporáneo existe un predominio de decisiones discrecionales. Por tanto, el problema en esta investigación es sobre la siguiente pregunta: con el advenimiento del constitucionalismo, ¿hay una falta de límites en cuanto al poder de discrecionalidad en las decisiones judiciales? La investigación abordará el método de la investigación bibliográfica, a través del análisis de contenido, involucrando trabajos de académicos, artículos, investigaciones previas que se enfocaron en el tema. A través del marco teórico adoptado, se observó que existe un excesivo empoderamiento de los jueces en la toma de decisiones, lo que termina generando desórdenes en el Estado Democrático de Derecho, en vista de lesionar el sistema democrático. Finalmente, se cree que la teoría de la decisión, ahora discutida, aplicada por jueces y tribunales, puede ser capaz de filtrar, a través de parámetros, la forma de frenar el solipsismo. Concluimos, por tanto, que es a través de la hermenéutica que se busca el arte de la integración y que se preserva el grado de autonomía jurídica.

**Palabras clave:** Solipsismo; Hermenéutica crítica del derecho; Discrecional; Decisión judicial.

### **INTRODUÇÃO**

Pode-se afirmar que, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve um predomínio pela busca de direitos fundamentais, ocorrendo então o nascimento de um novo constitucionalismo, centrado na concretização desses direitos, atrelado à ruptura do positivismo. Desta forma, com o surgimento da valorização do judiciário, advém a necessidade de uma maior atuação deste poder, o que nos faz pensar com mais afincamento sobre os limites da discricionariedade no âmbito do judiciário, mormente quando remetido a ideia de que a falta de limites quanto a mencionada discricionariedade judiciária fere o Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, foi inicialmente traçado um contexto histórico no tocante à transposição ocorrida, quando se faz referência à filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. Ao percorrer este caminho, surge então o problema da interpretação das normas jurídicas relacionado à discricionariedade, no momento em que cabe ao judiciário o papel de decidir. Dada a falta de limite ao proferir algumas decisões, onde não há inserção de qualquer argumento jurídico nas decisões judiciárias, surge então o solipsismo judicial.

Como tentativa de contribuição com o debate acerca daquilo que se denominou solipsismo, pretende-se neste estudo responder a essa questão: em tempos de constitucionalismo contemporâneo existe predominância de decisões discricionárias?

Com vistas nessa temática o objetivo do presente estudo foi discorrer sobre a teoria da decisão jurídica, criada por Lênio Streck, relacionando-a à teoria de Ronald Dworkin, tendo em vista que foi a propulsora para criação da teoria da decisão jurídica e traçar uma ligação e diferenciação entre elas.

A importância deste estudo encontra suporte nos estudos filosóficos acerca das decisões jurídicas que cotidianamente permeiam os conflitos sociais levados à presença do Estado-Juiz que tem em domínio e visão os mais intrínsecos casos da vida social em desarmonia. Decisões que podem ser analisadas à luz de teorias que conduzem a questionamentos sobre o sujeito no “pedestal” de juiz e que conforme assevera Lênio Streck é aquele sujeito “viciado em si mesmo”, o sujeito solipsista<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> STRECK, Lênio Luiz. Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista! Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista21> de setembro de 2017, 8h00. Acesso em; 2 de set. 2018.

Portanto, este trabalho teve como marco teórico Lênio Streck, através da crítica hermenêutica do direito, e se concretizou através de pesquisas bibliográficas, pautado por uma metodologia jurídico-filosófica de caráter analítico.

## 1. A VIRADA LINGÜÍSTICA ATRAVÉS DE UMA PERSPECTIVA DA FILOSOFIA NEOPOSITIVISTA.

A transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, ocorrida no século XX<sup>3</sup> foi marcada pelo pensamento de Ludwig Wittgenstein, segundo o qual o ponto de contato da lógica formal com a realidade do mundo só pode ser realizado por meio da linguagem. O filósofo justifica este raciocínio, trazendo uma afirmativa no sentido de que 'os limites da linguagem, denotam os limites daquilo que está no mundo'<sup>4</sup>.

Assim, a partir da premissa construída pelo que Ludwig Wittgenstein denomina de 'jogos da linguagem', ainda estaria esta ideia limitada, pois teria o intuito único de produzir conhecimento, de forma que se ignorava até então a sua função normativa, pois na época, a ciência estava relacionada à objetividade, afastando valores morais, noções do justo e do injusto. Portanto, os positivistas lógicos sustentavam a ideia de que o conhecimento se consolidava por sua natureza estritamente lingüística<sup>5</sup>.

Todavia, durante o desenvolvimento do neopositivismo lógico, houve a necessidade de se buscar uma mediação entre sistemas simbólicos conceituais (linguagem) e referências à realidade. Esta concepção foi trazida por Moritz Schlick, para ele, uma verdade científica só poderia ser pensada a partir de uma referência aos dados observáveis por meio da experiência sensível<sup>6</sup>.

Assim, a partir desta ruptura da filosofia da consciência, denota-se que os problemas filosóficos passaram a ser lingüísticos, pois existe a descoberta de que, para além do elemento etimológico do vocabulário, pressupõe-se uma dimensão de caráter prático. Em Martin Heidegger, isso pode ser visto a partir da estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender, havendo, portanto, um elemento possibilitador da própria interpretação que é a compreensão. Esta compreensão existencial é traduzida pelo autor da seguinte maneira: "das significações brotam as palavras, estas, porém não são coisas dotadas de significados". Neste sentido, o autor mostrou não ser adepto da filosofia da linguagem, pois entende que o significado do mundo, não se encontra nas palavras, sendo necessário antes de interpretar, entender a compreensão da significância do Direito, através das palavras<sup>7</sup>.

Em continuidade aos estudos de Martin Heidegger, o jusfilósofo Hans George Gadamer expõe que a ausência de método não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários ao texto. Isso porque a interpretação sempre se dá a um caso concreto, não sendo possível analisar de forma separada a questão prática, da questão de direito, portanto, não se deve passar despercebido que, para o pensamento do autor, há necessidade de antes compreender, para depois interpretar. Ou seja, em sua visão, a interpretação é correta quando o indivíduo indaga sobre o sentido atribuído à coisa<sup>8</sup>.

Dentro deste contexto, é importante distinguir em termos de interpretação da linguagem, a sintaxe lógica da questão semântica lógica, explicada por Rafael Lazzarotto Simioni:

A questão da sintaxe lógica tem a ver com a análise das relações formais entre signos lingüísticos. E a questão da semântica lógica tem a ver com a análise das relações formais entre os signos lingüísticos e a realidade do mundo. A sintaxe

<sup>3</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 158.

<sup>4</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. Tractatus lógico-philosophicus. Tradução de José Arthur Giamonotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968, p. 111.

<sup>5</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 162.

<sup>6</sup> SCHLICK, Moritz. Sentido e verificação. In: CARNAP, Rudolf; POPPER, Karl R. Os pensadores. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril cultural, 1975.

<sup>7</sup> HEIDEGGER, Martin. Tempo e Ser. Conferências e escritos filosóficos. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultural. 2005. P. 256 – 257.

<sup>8</sup> GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 420.

procura analisar as estruturas formais da linguagem, as conexões lógicas entre os signos lingüísticos e as regras que governam essas conexões. A semântica pretende analisar a relação entre as estruturas sintáticas e a enfrenta o problema da correspondência lógica entre a representação realidade do mundo, quer dizer, a semântica simbólico-lingüística do mundo e a realidade desse mundo<sup>9</sup>.

Nesta linha de raciocínio, importante trazer à lume, a questão da interpretação da linguagem realizada por Hans Kelsen, de forma que, neste momento, é dada ênfase no método semântico, onde através de sua Teoria Pura do Direito, primeiramente é realizada uma diferenciação da interpretação autêntica e não autêntica, sendo que a primeira é aquela realizada por órgãos oficiais aplicadores do direito, estando neste caso, inclusive excluído o operador do Direito (advogado). Já a segunda pode ser taxada como aquela interpretação realizada por uma pessoa privada ou, até mesmo, realizada pela ciência jurídica, devendo esses indivíduos, que realizam referida interpretação, observar o Direito, de forma que pratiquem condutas corretas, para evitar sanções<sup>10</sup>.

Todavia, o que parece ser de fato relevante para a Teoria Pura de Hans Kelsen, é aquela interpretação realizada pelo órgão aplicador do Direito, que é necessária para resolver a questão da interpretação da norma, pois para o filósofo,<sup>11</sup> “o sentido da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma que se encontra perante várias significações possíveis”, razão pela qual passou a se admitir a utilização de outras fontes que não fosse tão somente a expressão verbal da própria norma.

Destarte, verifica-se que o problema da linguagem não pode ser dissociado da interpretação, e é a partir deste momento que Hans Kelsen traça parâmetros dentro do direito, determinando que as formas de interpretação somente se darão a partir daquilo que se aplica dentro da moldura de um quadro visto que há várias possibilidades à aplicação jurídica. Dentre essas várias possibilidades de aplicação jurídica, a serem realizadas por órgão do Direito, na visão de Hans Kelsen, não há somente um único método correto para se realizar a interpretação jurídica do caso concreto, pois estes métodos interpretativos, desde que inseridos dentro da moldura do quadro, levam a um possível resultado, e, não um único resultado absoluto. Isso porque, em sua concepção, o Juiz é um criador do Direito, tornando-se, portanto, livre para decidir de acordo com suas vontades, advindo daí o que se denomina de poder de discricionariedade<sup>12</sup>.

Neste sentido, Lenio Luiz Streck<sup>13</sup> faz uma crítica a Hans Kelsen, pois este desvincula o juiz da lei, dos conceitos, dos precedentes, razão pela qual, para este órgão do Direito, a interpretação se torna um ato de vontade, pois dá ao juiz o direito de escolha, a fim de aplicar qual a interpretação da norma que lhe convier. Lenio Luiz Streck, afirma que este pensamento, advindo deste pensador neopositivista teria sido herdado da filosofia da consciência, pois ela ainda está constantemente às nossas voltas.

Assim, com fincas no passado da filosofia da consciência, parte-se da premissa de que esta postura discricionária do juiz advém da figura denominada por Lenio Luiz Streck de ‘sujeito solipsista’, ou seja, aquela pessoa que interpreta o mundo a partir de sua subjetividade. Já em um primeiro momento, podemos perceber que a herança à filosofia da consciência presente ainda no Constitucionalismo Contemporâneo fere a democracia, pois, retira a autonomia existente e imprescindível do Direito, de maneira que os juízes apresentam suas decisões fundamentadas por questões morais, políticas, religiosas, sob o ponto de vista de reles opiniões sem que esteja presente qualquer embasamento jurídico que possa justificar a integridade e coerência que se deve esperar de uma decisão jurídica correta<sup>14</sup>.

Não obstante os vocábulos integridade e coerência, sob a ótica de um contexto jurídico tenha sido inicialmente aderida por Ronald Dworking, no presente trabalho, optou-se por traçar suas diferenças conceituais delimitadas por Lenio Luiz Streck:

<sup>9</sup> SIMIONI. Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 164-165.

<sup>10</sup> KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 8ª edição. 2012, p.388.

<sup>11</sup> KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo. Editora: WMF Martins Fontes. 8ª edição. 2012, p. 389.

<sup>12</sup> KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo. Editora: WMF Martins Fontes. 8ª edição. 2012, p. 390.

<sup>13</sup> STRECK. Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada. 2017. p. 54-55.

<sup>14</sup> STRECK. Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada. 2017. p.56.

Haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas<sup>15</sup>.

Vale lembrar que mencionados vocábulos, quando devidamente observados são capazes de submeter os juízes e tribunais a elementos normativos impostos em no ordenamento jurídico pátrio, de modo que os julgadores não devem adstrir-se a decisões proferidas a partir de pressupostos internos (decisão embasada na consciência), assegurando limites enraizados no Estado Democrático de Direito. Neste viés, o conceito de Estado Democrático de Direito busca compelir que as autoridades públicas ajam como quiserem, através das leis que determinam suas funções e seus poderes, devendo ser impostos aos julgadores, neste tocante, maiores controles na sua atividade interpretativa, para que, por meio dela, não ocorram distorções do conteúdo da lei.

Neste cenário, não obstante Lenio Luiz Streck afirme que foi a modernidade que inventou o solipsismo ao denotar que este ‘engodo teórico’, já se encontrava presente na era do giro ontológico linguístico, contudo a questão naquela época não era considerada um problema. A junção da filosofia da consciência e discricionariedade judicial, dar-se à a partir da tese de que a sentença ‘é um ato de vontade’, sustentado por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito<sup>16</sup>.

## 1.1 O SOLIPSISMO NA ERA DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.

O giro ontológico linguístico apontou que quando o indivíduo se relaciona com as coisas e com o mundo, ele depara-se com um ambiente de significância, surgindo daí uma necessidade de interpretação da realidade. Com essa ruptura paradigmática, adveio a superação do esquema sujeito – objeto: o positivismo. Neste liame, o jusfilósofo Lenio Luiz Streck diferencia o positivismo exegético, denominado este como aquele que separa direito e moral, e, também confunde texto e norma, lei e direito. Já o positivista normativista identifica arbitrariamente a impossibilidade de fechamento semântico do direito, e, inserido neste âmbito, não se deu muita importância ao problema da interpretação, de modo que através do pensamento de Hans Kelsen, o problema do direito não estaria no modo como os juízes decidem, mas nas condições da validade das normas jurídicas.<sup>17</sup> Portanto, naquela época, fazia-se presente a discricionariedade como a principal característica do paradigma positivista<sup>18</sup>.

Neste sentido, Lenio Luiz Streck compreende a discricionariedade “como elemento que autoriza o aplicador a interpretar sem que haja uma responsabilização política, uma *accountability* hermenêutica, isto é, sem que se realize uma prestação de contas, o que tem como consequência a inobservância do dever de justificar constitucional e legislativamente, tornando a decisão um ato de vontade (uma manifestação solipsista)”<sup>19</sup>.

Nesta toada, o judiciário assume então um papel transformador e efetivador de igualdade, no sentido de garantir direitos previstos constitucionalmente, como também o controle dos atos estatais, remodelando então a essência do constitucionalismo, advindo mais direitos sociais com o nascimento da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, no panorama de Estado de Direito, foi extraído do próprio texto constitucional uma

---

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017. p. 101.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017. p. 45.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – Decido conforme minha consciência? 6ª edição revista e ampliada. 2017, p. 92

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada. 2017, p.623.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada. 2017, p. 623.

substancialidade, de maneira que a Constituição passa a ser um “meio de direção social”, e “uma forma racionalizada” de política<sup>20</sup>.

Ao se falar em Estado Democrático de Direito, André Cordeiro Leal afirma que:

A jurisdição não pode mais ser considerada atividade do Juiz ou da magistratura em dizer o direito, mas o resultado da interpretação compartilhada do texto legal pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia)<sup>21</sup>.

Daí surge a importância do papel da hermenêutica, visto a necessidade de preservar o grau de autonomia do Direito, e, a fim de manter esta mencionada autonomia em no ordenamento jurídico brasileiro, Lenio Luiz Streck<sup>22</sup> limita seis hipóteses nas quais o judiciário estaria autorizado em deixar de aplicar uma lei, quais sejam: quando a lei for inconstitucional, aplicando-se, portanto, o controle difuso de constitucionalidade ou a declaração inconstitucional perante o controle concentrado, quando estiver em face dos critérios de antinomia, quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição de forma que há necessidade de dar-se sentido ao artigo da lei, sem que haja mudança em seu texto, quando se aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, pela qual permanece a literalidade do artigo, quando for o caso de inconstitucionalidade com redução de texto, e, por fim, quando se deixa de aplicar uma regra, a fim de aplicar um princípio. Neste último caso, a regra permanece válida, só deixa de ser aplicada naquele caso concreto.

Portanto, excluídas estas hipóteses citadas alhures, estar-se à mediante nítida afronta ao princípio da autonomia do Direito, e, via de consequência, estar-se ferindo também o sistema democrático pátrio. Isso porque, o intérprete passa a fazer julgamentos atrelados a questões morais, políticas e, até mesmo, religiosas. Assim, inserido dentro desse contexto, passa-se então a consolidar uma ideia do que venha a ser o solipsismo judicial. Agregando ainda uma análise a este conceito, verifica-se que as circunstâncias em que o Direito deixa de ter embasamentos jurídicos, passando a sofrer uma transposição para o ramo da política, da moral, política, ferem o Estado Democrático de Direito, pois a Constituição Federal de 1988 não insere em seu texto previsões legais destes mencionados ramos.

Com fulcro no entendimento erigido por Lenio Luiz Streck, não se pode dispor dos sentidos do Direito, portanto há uma imposição de limites às decisões judiciais, para tentar se resolver a problemática da discricionariedade dos juízes. Este é o cerne da questão, qual seja: os limites da interpretação do Direito, e aplicabilidade como método da teoria da decisão como um possível remédio contra o poder discricionário<sup>23</sup>.

Segundo Clarissa Tassinari, já se falava em limites da interpretação do Direito nos Estados Unidos, desde a instituição do controle de constitucionalidade em 1.803 (judicial review) que tratava então dos limites e competências do Judiciário. Todavia, no Brasil, estas limitações vieram de maneira tardia, ou seja, somente em período decorrente a Segunda Guerra Mundial, razão pela qual entende-se como necessário discorrer sobre esta limitação a partir deste período, mormente por ser considerado novo em no país<sup>24</sup>.

Com efeito, no paradigma do Estado Democrático, os juristas que ainda apostam na discricionariedade judicial, são considerados positivistas, mormente quando a questão remete a ideia do ativismo judicial, tendo o termo surgido nos Estados Unidos, e, veio a ser empregado no Brasil, de maneira equivocada na concepção de Lenio Luiz Streck. A delimitação das diferenças conceituais, quando comparado um país com o outro, retrata dois casos característicos de ativismo, sendo o primeiro ocorrido na Suprema Corte Estadunidense quando foi barrada por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais, estabelecidas pelo Governo Roosevelt, devendo ser considerado, neste caso, que as atitudes intervencionistas a favor dos mencionados direitos, ocorreram em um contexto que dependia muito mais da ação individual da maioria estabelecida do que do resultado ativista<sup>25</sup>.

<sup>20</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.48.

<sup>21</sup> LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 151.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada. 2017, p. 634.

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada, 2017, p.236.

<sup>24</sup> TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.40.

<sup>25</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017. p. 97-98.

Lado outro, no Brasil, a atuação ativista é marcada pela falta de limites no processo interpretativo de modo que o judiciário adentre na seara do legislativo, resolvendo questões que, em tese, não seriam de sua alçada, como retratou o caso da reclamação 4.335/AC (questão já superada com o advento da lei 11.464/2007), que gerou discussão com ênfase no texto normativo descrito no art. 52, X da C.F/88, que condiciona a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, à intervenção do Senado. Em detrimento a esta condicionalidade por parte do legislativo, através do Senado, Ministros resolveram entender que no lugar em que a Constituição faz menção a suspensão da execução da lei por parte do Senado, deveria ser interpretada a função do Senado em dar publicidade à lei declarada inconstitucional pelo STF, no todo ou em parte<sup>26</sup>.

A partir desse caso citado alhures, retrata-se nitidamente a postura ativista do STF, pois em seu julgamento, não traduziu o texto constitucional de maneira coerente e fiel, vez que aquela Corte não observou os limites semânticos do referido texto, cedendo, portanto, espaço ao protagonismo judicial. Ora, perante esse critério adotado pela Suprema Corte, equivale dizer que no ativismo a liberdade para interpretar estaria sendo ilimitada, ideia que deve ser repelida a fim de que seja evitado o solipsismo, cujo parâmetro das decisões é norteado por desejos, sem nenhum critério jurídico que deveria ser buscado através do texto constitucional.

Neste contexto, a diferenciação realizada sobre ativismo e judicialização da política mostra-se necessária, para infirmar que este segundo não está relacionado ao solipsismo. Portanto, neste sentido Clarissa Tassinari pontua que:

Judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo inexorável e contingencial, porque decorre das condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do judiciário na deficiência dos demais poderes. Já o ativismo é gestado no interior 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 exploração dos limites na atuação do judiciário<sup>27</sup>.

Na linha da hermenêutica Crítica do Direito, em uma abordagem realizada por Lenio Luiz Streck, o autor aponta que é necessário superar de vez o assujeitamento que o sujeito faz do objeto, e, parar de insistir na tese de que o produto da interpretação deve ficar a cargo do arbítrio e convicção do Juiz. Essa resposta, não pode ficar ao arbítrio da consciência do Juiz, pois o caso para ser resolvido, não depende de uma escolha do julgador, devendo este estar atrelado a uma decisão eminentemente jurídica, para a solução de um caso concreto, uma vez que o Juiz não pode escolher uma opção que lhe pareça mais adequada, sendo esta uma postura parcial, discricionária e arbitrária<sup>28</sup>.

Assim, para a análise da qualidade e limites das decisões judiciais, será adotada na próxima sessão, a teoria da decisão jurídica, pois totalmente desvinculada do sujeito onde reside a razão prática (decisão conforme a própria consciência), de forma que esta teoria almeja respostas adequadas à Constituição Federal de 1988. Assim, as premissas da interpretação do Direito devem ser desvinculadas da discricionariedade, devendo ocorrer, antes de tudo, à busca por fundamentos íntegros e coerentes.

## 2. TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA

Através de elementos da crítica hermenêutica do direito, intenta-se, neste momento realizar uma contextualização da teoria da decisão jurídica, criada por Lenio Luiz Streck a fim de ser debatido o problema da discricionariedade das decisões judiciais. Esta teoria possui como pré-requisito para a sua constituição, o comprometimento com algo que se antecipa, ou seja, esta antecipação é uma espécie de compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada. 2017. p. 83-87.

<sup>27</sup> TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.68.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017. p.116

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017, p.120.

Para o embasamento construído para se chegar a esta teoria, foram traçados parâmetros pelo seu criador os quais apontam como forma de exceção, as seis hipóteses em que os julgadores podem deixar de aplicar a lei ao caso concreto, como condição para se garantir a autonomia do Direito. Além dessas circunstâncias já estabelecidas em capítulo anterior no presente trabalho, há também que se fazer uma análise de outros princípios que devem ser respeitados ao se proferir uma decisão de cunho jurídico, quais sejam: controle hermenêutico da interpretação constitucional, efetivo respeito à integridade e à coerência do direito, o dever fundamental de justificar as decisões, o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada<sup>30</sup>.

Este trabalho, não pretende explorar cada um dos princípios supracitados, contudo, passará a analisar o princípio do controle hermenêutico da interpretação constitucional, visto que ele versa sobre o cerne da pesquisa deste trabalho, qual seja, a análise da limitação das decisões judiciais, de forma a combater o protagonismo judicial manifestado por julgadores. Ao explicitar esse princípio, deve-se ater ao texto constitucional, e, não é porque dentro dele não esteja descrito um método correto para a interpretação, é que se permitiria então dar a incumbência ao julgador de atribuir sentidos não jurídicos às decisões.

Importante, portanto insistir na tese de que o direito merece uma resposta constitucionalmente adequada, e, para Lenio Luiz Streck esta resposta não é nem única e nem a melhor decisão, tratando-se então de uma resposta que deva ser confirmada na própria Constituição. Nesta linha de raciocínio, após o julgador observar o respeito aos cinco princípios traçados como parâmetros para fundamentação da teoria da decisão, será citado rol exemplificativo de questionamentos formulados pelo autor, a fim de corroborar com a intenção de traçar limitações às interpretações, quais sejam: Esta decisão é discricionária? Foi feito um controle hermenêutico da presente decisão? Os argumentos estão integrados ao conjunto do direito? Esta decisão está devidamente fundamentada? Esta decisão está respeitando uma resposta constitucionalmente adequada?<sup>31</sup>

Para tanto, apontado o caminho, através de parâmetros para a aplicação da teoria discorrida, faz sentido afirmar que a teoria de decisão jurídica possui suas premissas no direito pautado pela comunidade jurídica, razão pela qual se insiste em fundamentos que sejam íntegros e coerentes. Referida teoria teve aporte à teoria de Ronald Dworkin, e, quanto a esta teoria integrativa, não se pretende aprofundar quanto ao tema, mas faz-se necessário, abordá-la, já que ela foi uma das propulsoras para a criação da teoria da decisão.

Ronald Dworkin procura entender o direito como uma prática interpretativa, comprometida com princípios e valores morais que transcendem os textos legais e jurisprudenciais e que, portanto, tem como exigência a noção de integridade. Ele rompe com a tradição do positivismo jurídico de que o direito é mera interpretação semântica dos textos jurídicos para apresentar essa proposta de um direito atrelado à moralidade política e, sobretudo à possibilidade de decisões jurídicas corretas do ponto de vista da equidade, da justiça e do devido processo legal. Em sua concepção, o direito deve ser entendido com integridade, no qual não só os textos jurídicos, mas também os princípios e as convicções de moralidade política passam a ser importantes para a eleição de uma única resposta correta ao caso concreto. A prática do direito é, portanto uma prática interpretativa de justificação adequada e de coerência com convicções morais importantes. Este autor cria não uma teoria pura do direito, mas uma teoria política do direito<sup>32</sup>.

Sem a pretensão de esgotar o estudo da teoria supracitada, conforme já insistido anteriormente, entende-se necessário apontar ainda a importância que aquele jusfilósofo deu aos princípios, qual seja, os princípios não podem ser entendidos como meras convicções pessoais do julgador a respeito do que seria o ideal de justiça para o caso, tampouco podem ser entendidos como opiniões subjetivas ativistas sobre políticas públicas do governo. Nesta atitude interpretativa, o juiz deve então confrontar suas opiniões pessoais de moral com convicções mais superiores, que são os princípios de moralidade política da comunidade<sup>33</sup>.

A identificação dos princípios ocorre pela constatação de que são aquelas convicções de moralidade política mais profunda, mais intuitiva que justificam uma determinada interpretação do direito como a melhor possível. Dentro do gênero princípios, Ronald Dworkin aloca não só

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada. 2017. p. 620.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada. 2017. p. 650.

<sup>32</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p.323-399.

<sup>33</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p.323-399.



aqueles baseados na moral (exigências de justiça e equidade), como aqueles baseados em políticas públicas do governo (as *policies*). A distinção entre princípios morais e políticas públicas então se torna importante, porque pode-se interpretar uma lei e ver nela tanto a expressão de um princípio moral, quanto a expressão de uma política pública<sup>34</sup>.

Neste sentido, em uma linha de raciocínio muito próxima à Lenio Luiz Streck, tem-se que a decisão judicial é uma escolha política no sentido de coerência e integridade com o projeto político de uma comunidade baseada em princípios, em convicções de moralidade que são comuns. O que diferencia esta aproximação de pensamento entre estes dois jusfilósofos, é que a Teoria da Decisão criada por Lenio Luiz Streck, afirma que “a resposta não é única e nem a melhor: simplesmente se trata da resposta adequada à Constituição, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma<sup>35</sup>”.

Lado outro, Sarmento realiza críticas às teorias do neconstitucionalismo, mormente a idéia de que todas as respostas para o Direito estão na Constituição, e, intitula a constitucionalização do Direito como “judiciocracia”, afirmando que o seu excesso fere a autonomia da política, sendo revestido por um viés antidemocrático, e, por fim, defende a autonomia privada dos cidadãos de forma que nas relações particulares entre indivíduos, não há necessidade de se buscar respostas perante a Constituição, pois as leis infraconstitucionais que regem as relações privadas possuem condições de dar estas respostas para o Direito <sup>36</sup>.

Não obstante, o levantamento contrário esposado acima mereça reflexão, pois contribui para o aprimoramento dos debates jurídicos. O presente trabalho valeu-se de elementos presentes na teoria da decisão, infiltrada por Lênio Luiz Streck, e, parece que esta teoria é aquela que aponta para o caminho mais profícuo na tentativa de resolução da problemática da limitação por parte do judiciário no tocante às decisões judiciais. Portanto, em prol de uma maior racionalidade às decisões judiciais é que se busca a defesa de um controle hermenêutico, através da teoria ora apresentada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O método hermenêutico ao qual se recorreu este trabalho consiste na procura em demonstrar que com a transposição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, ocorreu uma transformação no Direito. Tratava-se de uma análise dos limites estabelecidos através da linguagem que a princípio preocupava-se tão somente em trazer significado linguístico (etimológico) às coisas, surgindo posteriormente o problema da interpretação da linguagem.

No intuito de melhor compreender este pensamento foi necessário apresentar alguns autores que marcaram essa nova forma de ver o Direito, tendo início desde o pensamento de jusfilósofos como, Martin Heidegger, George Gadamer, até chegarmos ao neopositivismo, e, neste momento passou a se falar em discricionariedade através de Hans Kelsen, cujo pensamento refletia que não há uma resposta correta para o Direito, e, mediante o poder de discricionariedade incumbido a cada órgão do Direito, deverá este aplicar os fundamentos que estão dentro da moldura de um quadro para se obter um resultado.

A partir deste marco, ainda que a questão não fosse um problema da época, já se poderia pensar em solipsismo, pois, já naquele momento nos foi remetida à idéia da sentença como sendo um ato de vontade, conforme interpretado por Hans Kelsen. E, com o intuito de buscar um debate sobre os limites da discricionariedade dos julgadores nas decisões judiciais, e, analisar se há uma predominância de decisões judiciárias solipsistas com o advento do constitucionalismo contemporâneo, foi utilizado o marco teórico de Lenio Streck, com base em sua teoria da decisão. Através deste referido marco, observou-se que há um empoderamento excessivo dos juízes ao proferirem decisões, o que acaba por gerar transtornos em nosso Estado Democrático de Direito, haja vista ferir o nosso sistema democrático. Acredita-se por fim, que a teoria da decisão, ora discorrida, quando aplicada por

<sup>34</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014. p.323-399.

<sup>35</sup> STRECK. Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada. 2017. p. 648.

<sup>36</sup> SARMENTO. Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO)  
Acesso em: 25/09/2018.

juízes e tribunais, poderá ser capaz de filtrar, através de parâmetros o caminho para se coibir o solipsismo.

Portanto, conclui-se que a hermenêutica crítica do Direito é uma das formas encontradas para combater o solipsismo, consoante pensamento de Lenio Luiz Streck. Isso porque, é através deste método que se busca a arte de integração, e, que se preserva o grau de autonomia do Direito, sua concretude e reconstrução principiológica, visto que o Direito está acima da letra da lei, ele se encontra na realidade, através de sua história, mediante discurso que seja íntegro e coerente.

## REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (2001): Constituição dirigente vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra.

GADAMER. Haans-Gorg. (1999) Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª. Ed. Petrópolis: Vozes.

HEIDEGGER. Martin. (2005) Tempo e Ser. Conferências e escritos filosóficos. Tradução de Ernildo Stein. Nova Cultural. 2005. P. 256 – 257. São Paulo/SP

KELSEN. Hans. (2012) Teoria Pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.

LEAL. André Cordeiro. (2008) Instrumentalidade do processo em crise. Ed. Mandamentos. Belo Horizonte/MG.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO)  
Acesso em: 25/09/2018.

SCHLICK. Moritz. Sentido e verificação. In: CARNAP, Rudolf; POPPER, Karl R. Os pensadores. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril cultural.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. (2014) Curso de hermenêutica jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico. Curitiba: Juruá

STRECK, Lenio Luiz. (2009) O problema da decisão jurídica em tempos pós positivistas. Revista: Novos Estudos jurídicos. Vol. 14.n.2. p. 3-26. 2º quadrimestre.

STRECK, Lenio Luiz. (2017) Verdade e Consenso. Saraiva. 6ª edição revisada e ampliada. São Paulo/SP.

STRECK, Lenio Luiz. (2017) O que é isto – decido conforme minha consciência? 6ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

STRECK, Lenio Luiz. (2017) Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista! Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-21/senso-incomum-noticia-ultima-hora-cnj-autoriza-cura-juiz-solipsista> 21 de setembro de 2017, 8h00. Acesso em; 2 de set. 2018.

TASSINARI, Clarissa. (2013) Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre.

WITTGENSTEIN, Ludwig. (1968) Tractatus lógico-philosophicus. Tradução de José Arthur Giamonotti. Companhia Editora Nacional. São Paulo/SP.