POSITIVISMO JURÍDICO E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

LEGAL POSITIVISM AND CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS: CHALLENGES AND PERSPECTIVES IN THE INTERPRETATION OF LAW

Karita Carneiro Pereira 1

Resumo: *Este estudo aborda a interação entre o positivismo jurídico e a hermenêutica constitucional como abordagens teóricas fundamentais na interpretação do direito contemporâneo. A presente pesquisa utilizou-se da revisão crítica da literatura, por meio de análise de literaturas clássicas e atuais, pelo método comparativo. Os resultados demonstram que, enquanto o positivismo jurídico oferece uma estrutura normativa estável e previsível que não atende inteiramente às mudanças sociais constantes, a hermenêutica constitucional enriquece essa estrutura ao considerar os princípios fundamentais de justiça e direitos humanos. No entanto, a coexistência dessas abordagens também gera desafios, como a possível subjetividade na interpretação judicial e a necessidade de garantir a coerência normativa com a Constituição. Conclui-se que a complementaridade entre o positivismo jurídico e a hermenêutica constitucional pode fortalecer a interpretação do direito, promovendo uma aplicação mais justa e eficaz das normas jurídicas.*

Palavras-chave: *Aplicação jurídica. Justiça. Hermenêutica. Positivismo jurídico.*

Abstract: *This study addresses the interaction between legal positivism and constitutional hermeneutics as fundamental theoretical approaches in the interpretation of contemporary law. This research used a critical review of the literature, through the analysis of classic and current literature, using the comparative method. The results reveal that while legal positivism offers a stable and predictable normative structure that does not fully respond to constant social changes, constitutional hermeneutics enriches this structure by considering the fundamental principles of justice and human rights. However, the coexistence of these approaches also generates challenges, such as possible subjectivity in judicial interpretation and the need to guarantee normative coherence with the Constitution. It is concluded that the complementarity between legal positivism and constitutional hermeneutics can strengthen the interpretation of law, promoting a fairer and more effective application of legal norms.*

Keywords: *Legal application. Justice. Hermeneutics. Legal positivism.*

1 Doutoranda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ) Lattes: http://lattes.cnpq.br/6338729675366861 ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4134-1330. E-mail: karita.cp@unitins.br

Introdução

No contexto do Direito contemporâneo é necessária a compreensão das tradições jurídicas do positivismo e do jusnaturalismo para a *práxis* do operador do Direito. Essas duas correntes filosóficas têm influenciado diretamente a maneira como as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas ao longo da história. O positivismo jurídico, que emergiu com força durante o declínio da Idade Média e com o surgimento da modernidade, concebe o Direito como uma produção humana e um fato social, passível de análise empírica e observação experimental. Em contraste, o jusnaturalismo se fundamenta em premissas idealistas e na existência de princípios éticos e morais universais que devem orientar a criação e a aplicação das leis (Streck, 2020).

Dimoulis (2017) associa o positivismo jurídico ao processo histórico de suplantação do direito natural, substituindo normas de origem religiosa e costumeira por leis estatais nas sociedades europeias da Idade Moderna, como uma postura científica no século XIX, enfatizando os fatos mensuráveis como base da realidade. Essa abordagem foi refletida nos códigos civis, como os da França (1804) e Alemanha (1900), substituindo interpretações baseadas no Direito Romano por uma abordagem codificada (Streck, 2017). Diante dessa visão, a avaliação e compreensão do Direito não incluem considerações morais e o reconhecimento da validade de um sistema jurídico ou de norma independente de critérios sobre a justiça e a correção.

Este enfoque, teve um impacto no desenvolvimento teórico e prático do Direito, proporcionando uma base para as análises jurídicas objetivas e sistemáticas. A ênfase na legalidade e na fonte normativa contribuiu para a construção de sistemas jurídicos mais previsíveis e estáveis, embora tenha sido alvo de críticas por sua aparente indiferença às questões de justiça e moralidade, conforme serão apresentados ao longo desse artigo científico.

Para atingir esses objetivos, foi realizada uma revisão crítica da literatura, de obras clássicas e contemporâneas sobre positivismo jurídico e hermenêutica constitucional. A análise comparativa permitiu identificar pontos de convergência e divergência entre as duas abordagens teóricas, bem como suas implicações para a interpretação judicial e a legitimidade democrática.

Assim, este artigo propôs investigar como diferentes tradições teóricas interpretam e respondem aos mesmos problemas jurídicos, destacando divergências nas abordagens teóricas e apresentando critérios de coerência da teoria dinâmica do Direito. Apresenta-se na seguinte disposição: primeiramente a revisão histórica do positivismo jurídico; os desafios do neoconstitucionalismo, principalmente quanto ao ativismo judicial; e por fim, jurisprudência e a formação dos precedentes.

A evolução do positivismo jurídico: uma jornada que atravessa eras do direito

A evolução do positivismo jurídico é marcada por contribuições teóricas que moldaram a compreensão moderna do Direito. Hans Kelsen emergiu como uma figura central do positivismo jurídico no Século XX, de modo a fortalecer o método analítico contra interpretações subjetivas e ideológicas. O filósofo introduziu uma perspectiva semântica na interpretação do Direito, reconhecendo a inevitabilidade de subjetivismos, mas defendendo uma terapia lógica para mitigar esse problema (Streck, 2018).

Dimioulis (2017) define que o direito integra fatos e conceitos controversos, que dependem da filosofia e da política para demandar valor, sem os quais é impossível alcançar entendimento, mesmo assim divergem quanto ao consenso, mesmo que seja apenas no plano teórico.

Do mesmo modo, Hans Kelsen (1998) é amplamente reconhecido como um dos principais defensores do positivismo jurídico, empenhando-se em "purificar" a ciência do direito de influências externas, como a moral, a política e a sociologia. Segundo o filósofo, o direito deve ser compreendido como um sistema normativo autônomo, cuja validade última é atribuída a uma norma fundamental, uma norma hipotética que confere validade a todas as outras normas dentro do sistema.

Para compreensão mais detalhada, Austin considerado o pai da jurisprudência analítica, advoga pela imperatividade da separação entre o direito e a moral, delineando as características intrínsecas deste último. Ele enfatiza duas proposições fundamentais do positivismo: primeiramente, que a existência do Direito não depende de sua conformidade com padrões morais ou éticos, mas sim de sua promulgação por autoridades competentes; e em segundo ponto, que as fontes sociais, são determinantes, conforme Dworkin identifica como a como *tese de pedigree*. Esta distinção axiomática entre o direito e a moral ergue-se como o fulcro do positivismo jurídico, reiterado por Hart, que elabora a teoria das regras primárias e secundárias como um sistema normativo autônomo regido por convenções sociais, alheio a juízo morais (Austin, 1832, p. 157; Streck, 2018).

Nesse interim, o defensor do positivismo jurídico Hart (1961) divide as regras em primárias e secundárias, as primárias correspondem aos poderes estabelecidos e as secundárias correspondem aos critérios de criação, modificação e extinção das regras primárias. Aponta-se que o sistema jurídico é traduzido em um sistema de regras, e a validade de uma regra jurídica é apresentada no cumprimento dos critérios estabelecidos por uma regra de reconhecimento, isso porque, proporciona-se a estrutura necessárias para atender os sistemas jurídicos diante das evoluções sociais. Hart e Kelsen tem entendimento semelhante quanto a validade das normas jurídicas como um critério fundamental para estabelecer o fundamento do Direito. Sendo assim, para que uma norma seja considerada válida é necessário que esta esteja em conformidade com a norma hierarquicamente superior (Hart, 1961).

Complementando tal raciocínio, Raz (1986) argumenta que o Direito possui autoridade legítima, na medida em que suas normas são capazes de guiar o comportamento dos indivíduos de forma prática e racional. Ele introduz o conceito de "autoridade prática", destacando que a legitimidade do Direito reside em sua capacidade de fornecer razões para a ação, independentemente das convicções morais pessoais dos indivíduos.

Por outro lado, Streck (2018) aponta que esses pressupostos não resolveram completamente o problema da interpretação concreta do Direito na aplicação judicial, o que é frequentemente mal interpretado como uma faculdade da interpretação pura da lei, pois o autor discorda da visão relativista sobre o filósofo e o não cognitivismo ético, pois assim, poder-se-ia relativizar toda e qualquer verdade.

Vale ressaltar, que Dworkin (1986), um dos críticos mais proeminentes do positivismo jurídico, que desenvolveu a teoria da integridade do Direito, propõe um ponto de vista normativa e interpretativa do sistema jurídico. O autor argumenta que o Direito não é apenas um conjunto de regras, mas também princípios que guiam a interpretação e aplicação das normas jurídicas, destacando a ideia de que os juízes devem decidir os casos com base na melhor interpretação possível das práticas jurídicas, respeitando os princípios de justiça, equidade e devido processo.

Para Dworkin (1986), os princípios jurídicos possuem uma dimensão moral que deve ser considerada na interpretação judicial, distinguindo entre regras (normas rígidas que se aplicam de maneira tudo ou nada) e princípios (normas que possuem um peso e podem ser balanceados uns contra os outros). Em sua teoria, os juízes devem buscar uma interpretação que trate o Direito como uma questão de integridade, ou seja, como um corpo de normas que reflete coerência moral e política. Assim, a interpretação judicial deve não apenas seguir as regras estabelecidas, mas também buscar a melhor justificativa moral para essas regras, promovendo uma continuidade com os valores fundamentais da sociedade.

Percebe-se, portanto, que enquanto corrente de pensamento, o positivismo jurídico, define o direito como um sistema de normas positivadas pelo Estado que percorreu uma trajetória complexa e fascinante ao longo da história, marcada por rupturas, adaptações e constantes debates. Para compreendermos essa evolução, é necessário traçar um paralelo com o jusnaturalismo, sua principal antítese.

Bobbio (1995), filósofo do Direito, interpretou e criticou essas teorias, destacando suas implicações para a prática jurídica. Bobbio reconhece a importância da distinção entre direito e moral proposta pelos positivistas, mas critica a aparente indiferença do positivismo jurídico às questões de justiça. Ele argumenta que, embora a separação entre Direito e moralidade seja útil para a análise descritiva do Direito, a prática jurídica não pode ignorar completamente as questões éticas e morais. Bobbio destaca que a interpretação das normas jurídicas deve considerar a justiça

e a equidade para garantir a legitimidade e a aceitação social do sistema jurídico.

Em uma perspectiva contrária ao positivismo, o jusnaturalismo tem origem na filosofia clássica da Grécia e de Roma, buscando fundamentar a validade do Direito positivo em princípios ético-políticos considerados naturais e universais. Esses princípios são vistos como superiores ao Direito positivo criado pelo homem e devem orientar a conformação das leis positivas de acordo com critérios de justiça. No entanto, quando uma teoria jusnaturalista formula uma norma ou ordem normativa que fundamenta o Direito positivo de modo a eliminar qualquer conflito com as normas jurídicas vigentes, ela se contradiz. Isso ocorre porque abdica de sua função essencial de fornecer um critério ético-político independente para julgar a justiça do Direito positivo. Em outras palavras, ao alinhar completamente a norma natural com a norma positiva, essa teoria perde sua capacidade de criticar ou justificar o Direito positivo com base em princípios superiores (Kelsen, 1998).

Desse modo, Streck (2018) destaca a importância do entendimento dos paradigmas filosóficos buscando evitar interpretações simplistas e enganosas do direito, assegurando uma abordagem mais profunda e fundamentada. Ele conclui que a revisão contínua desses paradigmas é necessária não apenas para a teoria jurídica, mas também para compreensão mais ampla do mundo e das bases sobre as quais são construídos os conhecimentos, conforme serão elucidados abaixo.

Os desafios da interpretação e o neoconstitucionalismo

O desenvolvimento do positivismo jurídico, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu em resposta à necessidade de autonomização do direito frente a influências políticas, econômicas e morais. A Constituição tornou-se a expressão máxima dessa autonomia, traduzindo o Estado Democrático de Direito. A diminuição do poder legislativo em favor do aumento do controle constitucional não deve ser interpretada como uma diminuição da democracia, mas sim como um meio de preservar a autonomia do direito contra as pressões externas (Streck, 2010).

Primeiramente, ao debater sobre normas e sociedade, é necessário definir as normas jurídicas. Segundo Wright (1970) a teoria normativa é composta por diversos elementos: o caráter da norma, que pode ser de obrigação, proibição ou permissão; o conteúdo, que define o que é exigido, permitido ou proibido pela norma; a condição de aplicação, que distingue normas categóricas (independentes das circunstâncias) e hipotéticas (dependentes de condições externas); a autoridade normativa, que é quem emite e impõe a norma; o sujeito normativo, que é o destinatário da norma; a ocasião, que se refere ao momento da criação e aplicação da norma; a promulgação, que é a forma como a norma é comunicada; e a sanção, que é a ameaça de penalidade para o não cumprimento da norma.

Desse modo, a autonomia do direito é ameaçada pela discricionariedade nas decisões judiciais, sob o ponto de visto da responsabilidade conforme aponta Kelsen (1998, p.175) essa "função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes" para Steck (2010) resultando em decisionismos que podem enfraquecer a democracia constitucional.

A discussão sobre a crise linguística contemporânea, que impacta a interpretação da Teoria Pura do Direito, é necessária para uma análise crítica das interpretações superficiais e das frequentes deturpações das ideias Kelsenianas. Os desafios atuais contra a autonomia do direito são especialmente evidentes nas abordagens pragmáticas e axiológicas que minam a determinabilidade do ordenamento jurídico. Tal fenômeno potencialmente conduz a uma indeterminação do direito, comprometendo sua função de salvaguardar os princípios democráticos e a estrutura normativa da sociedade (Streck, 2010).

Propõe-se, portanto, uma resistência por meio da hermenêutica, destacando a Constituição como base da autonomia do direito, capaz de evitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um estado de exceção constante. A hermenêutica filosófica apresenta-se como

método de alcance para respostas constitucionalmente adequadas, contra abordagens discricionárias e pragmáticas. O positivismo jurídico, especialmente manifestado na contemporaneidade tendem a promover a discricionariedade judicial. Defende-se a hermenêutica como uma abordagem que busca respostas constitucionalmente sólidas, afirmando de modo a evitar a arbitrariedade do ativismo judicial interpretativo do Direito (Streck, 2010; Oliveira, 2012).

O ativismo judicial refere-se à postura de juízes que assumem um papel ativo na interpretação da Constituição e das leis, muitas vezes indo além da letra da lei para promover mudanças sociais ou garantir direitos fundamentais. Barroso (2012) é um dos principais defensores dessa abordagem no Brasil. Em casos como a legalização do casamento homoafetivo e a criminalização da homofobia, o Supremo Tribunal Federal (STF) adotou uma postura ativista, ampliando a proteção aos direitos humanos.

Nesse sentido, houve reforço dessa prática pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2021, que aprovou o ato normativo nº

423/2021, introduzindo a matéria "noções gerais de direito e formação humanística" para compor os concursos de magistratura. Segundo Assunção (2022, p.264), a intenção é avaliar o letramento filosófico dos futuros integrantes da magistratura, "de forma que detenham recursos intelectivos capazes de compreender que conflitos jurídicos de interesses no mais das vezes não se encerram em disputas patrimoniais ou litígios de interesses individuais". Isso, porque, não basta a capacidade intelectual, é necessária formação humanística para compreensão dos problemas para liberdade de atuar considerando a inafastabilidade da fundamentação racional.

Mesmo assim, as teorias de ativismo judicial, interpretativismo, hermenêutica jurídica e positivismo jurídico oferecem diferentes perspectivas sobre como os juízes devem interpretar e aplicar o direito. Cada abordagem tem suas virtudes e desafios, demonstrando diferentes visões sobre a função do Judiciário e a relação entre direito, moral e política. A compreensão dessas teorias é contribui para um debate jurídico e para a prática judicial que busca equilibrar justiça, segurança jurídica e respeito à legalidade (Streck, 2013).

Nesse mesmo sentido, Cappelletti (1978) argumenta que a função dos tribunais vai além da mera aplicação das leis; eles devem também garantir que todos os cidadãos tenham acesso efetivo aos seus direitos. Destaca-se que, em uma democracia, os tribunais promovem a manutenção do estado de direito e na proteção dos direitos individuais contra abusos do poder estatal. O autor defende reformas que ampliem o acesso à justiça, tais como assistência jurídica para os menos favorecidos e mecanismos alternativos de resolução de disputas. Segundo Cappelletti, a eficácia dos tribunais depende de sua capacidade de adaptar-se às mudanças sociais e de responder de maneira eficiente às demandas por justiça.

Desse modo, diante das teorias apresentadas observa-se que existe uma sugestão para que os tribunais atuem de maneira proativa na proteção dos direitos fundamentais, interpretando as normas jurídicas com base em princípios de justiça e equidade, e garantindo que todos os cidadãos tenham acesso efetivo à justiça. Principalmente, utilizando-se do equilíbrio da integridade do Direito com a necessidade de limites jurídicos claros e o acesso à justiça.

Jurisprudencializaçao do direito

Partindo das considerações apresentadas, torna-se claro que o não cognitivismo moral é uma marca distintiva do positivismo jurídico de Kelsen, seja como uma premissa teórica fundamental ou como uma implicação prática de uma teoria estritamente descritiva.

Kelsen (1998) defendia a impossibilidade de juízos morais objetivos, argumentando que a ciência jurídica só poderia ser genuinamente objetiva se fosse dissociada da moralidade. Esse relativismo moral teve impactos profundos no desenvolvimento de sua Teoria Pura do Direito, em que ele concebe o direito como desprovido de influências morais necessárias e menos preocupado com a racionalidade prática subjacente ao fenômeno jurídico.

Como resultado, sua abordagem descritiva do direito denuncia uma inclinação emotivista/expressionista em termos metaéticos, refletindo uma concepção nietzschiana de valores morais. Kelsen argumentava que os juízos de valor que fundamentam o as normas jurídicas pela sua arbitrariedade, sendo estabelecidos por vontade humana e não por uma autoridade supra-humana.

Esta posição implica que tanto a interpretação quanto a aplicação do direito não podem ser decididas de forma racional-científica, sendo inevitavelmente determinadas por fatores emocionais e subjetivos. No entanto, o não cognitivismo moral não está isento de críticas, especialmente no que diz respeito à possibilidade de introdução no sistema jurídico de conteúdos axiológicos manifestamente perversos ou absurdos, sem que haja meios objetivos para contestá-los (Streck; Ferreira Neto, 2023).

Nesse contexto, o precedentalismo busca solucionar o problema de interpretação. Argumenta-se que os precedentes evitariam as delongas processuais, inibindo práticas contrárias as delongas processuais, inibindo práticas contrárias aos entendimentos em situações que se assemelham (Oliveira, 2012).

Assim, a hermenêutica, por sua vez, não é algo que se opera (apenas) para uma determinada finalidade ou somente para alguns momentos específicos. A interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, em que, compreender é sempre um processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. A hermenêutica, emergindo da invasão da filosofia pela linguagem, coloca em cheque a cisão dual-estrutural que mantém o positivismo, isto é, a separação entre descrições e prescrições (Streck, 2013).

Portanto, ficam afastadas todas as formas de decisionismo, discricionariedade e teses como "a interpretação do Direito é um ato de vontade". O fato de não existir um método que possa dar garantia a correção do processo interpretativo (Streck, 2014) – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convém, o que seria à discricionariedade, característica do positivismo (Kelsen, 1998).

Considera-se como marco para a transformação do Direito brasileiro a edição da atualização normativa do Código de Processo Civil (CPC) (2015) representa um marco transformador no direito brasileiro, destacando-se especialmente pela introdução do sistema de precedentes.

A lei estabelece a necessidade de uma estruturação mais eficiente e rigorosa na uniformização da jurisprudência dos Tribunais Superiores, com o objetivo de construir um sistema normativo fundamentado no respeito aos precedentes. Essa mudança, já mencionada na Exposição de Motivos do CPC, inspirou a evolução do processo judicial no Brasil. Assunção (2022, p.284), destaca que:

> Baseado em especial na noção conceitual de precedente obrigatório ou vinculante, considerando que a autoridade de uma dada decisão judicial não se encontra exata e unicamente em sua parte dispositiva, mas sobretudo em seus fundamentos determinantes, imprescindível identificar a contribuição de um sistema de precedentes obrigatórios para a construção de um sistema jurídico capaz de sinalizar previsibilidade, de expressar segurança jurídica e de orientar (coercitivamente) padrões de comportamento dotados de razões para agir suficientes para substituir as razões individuais de cada sujeito normativo.

O ponto mais importante a destacar é que a discricionariedade funcional do julgador, ou sua independência judicial, é essencial para o desempenho de suas funções e para atingir os objetivos institucionais estabelecidos pela Constituição e legislação. No entanto, isso não significa que o julgador tem total liberdade para decidir de acordo com sua própria interpretação, ignorando as decisões dos tribunais superiores. A independência judicial deve coexistir com o dever de respeitar os precedentes estabelecidos por órgãos judiciais hierarquicamente superiores.

Nesse sentido, os principais precedentes judiciais são razões argumentativas definidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para resolver casos concretos, servindo como orientação/vinculação para juízes e tribunais na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Exemplifica-se, as súmulas vinculantes, introduzidas pela EC nº 45/2004, que são produzidas exclusivamente pelo STF e têm força normativa obrigatória para todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública, abordando questões de interpretação e validade de normas jurídicas. Do mesmo modo, a repercussão geral, também instituída pela EC nº 45, exige que, para que um recurso extraordinário seja admitido pelo STF, o recorrente deve demonstrar a relevância das

questões constitucionais discutidas. Finalmente, o tema dos efeitos vinculantes da decisão judicial e da coisa julgada no contexto dos precedentes destaca a necessidade de flexibilidade para que decisões judiciais possam ser ajustadas conforme mudanças no contexto social e na compreensão dos valores comunitários, sem comprometer a estabilidade e a segurança jurídica.

Considerações finais

Diante das considerações apresentadas ao longo deste estudo, evidencia-se que o positivismo jurídico, ao enfatizar a separação entre o Direito e a moralidade, representa uma abordagem fundamentalmente descritiva e objetiva do fenômeno jurídico. Kelsen, como figura central e influente dessa corrente, advogou pela autonomia do Direito como um sistema normativo autossuficiente e independente, desvinculado de juízos morais objetivos. Esta perspectiva teórico-filosófica não apenas influenciou a teoria jurídica moderna, mas também provou novas críticas e debates teóricos sobre a interpretação e aplicação do Direito, principalmente quanto à possibilidade e viabilidade de introdução de conteúdos axiológicos no sistema jurídico.

A crítica ao não cognitivismo moral de Kelsen ressalta a dificuldade substancial no fornecimento de critérios objetivos e universalmente aceitos para contestar normas que possam ser percebidas como manifestamente controversas. Nesse contexto, a hermenêutica emerge como uma abordagem alternativa, enfatizando a interpretação constitucionalmente adequada como uma forma de resistência ao decisionismo e à discricionariedade judicial. Esta abordagem hermenêutica busca preservar a integridade e a função democrática do Direito, promovendo uma aplicação mais justa e equitativa das normas jurídicas.

Por fim, a compreensão da conhecida Teoria pura do direito, conhecida pelos operadores do direito nas *práxis* jurídicas, foi pensada pelo filósofo Kelsen, e se estabeleceu para a interpretação do mundo jurídico contemporâneo. Portanto, essa teoria desenvolvida não apenas oferece um quadro teórico, mas também promove uma análise sobre as transformações jurídicas em um contexto global em constante mudança.

Sendo assim, o ativismo judicial pode ser visto como uma resposta à rigidez do positivismo, buscando adaptar e atualizar o sistema jurídico às necessidades e valores contemporâneos. No entanto, a teoria de Kelsen critica essa abordagem ao enfatizar a importância de manter a integridade e a coerência do sistema normativo. De acordo com Kelsen, embora a discricionariedade judicial seja uma característica da função jurisdicional, ela não deve se transformar em uma liberdade irrestrita para reinterpretar normas conforme a vontade do juiz. Em vez disso, a interpretação deve se basear em precedentes e na estrutura normativa estabelecida.

A atualização normativa brasileira ao introduzir o sistema de precedentes, representa um esforço para estruturar e uniformizar a aplicação do Direito no Brasil, alinhando-se com a visão de Kelsen de um sistema jurídico coerente e previsível. Esse sistema visa proporcionar segurança jurídica e orientar os juízes e tribunais na interpretação e aplicação das normas, respeitando a jurisprudência estabelecida pelos tribunais superiores.

Para o autor Streck, a hermenêutica pode ser utilizada, como uma abordagem que enfatiza a interpretação adequada das normas, emerge como uma resposta ao decisionismo e à discricionariedade, buscando equilibrar a necessidade de uma aplicação justa e equitativa das normas com a preservação da estabilidade e da segurança jurídica. Pois, a hermenêutica promove uma leitura das normas que considera tanto o contexto jurídico quanto os valores e princípios constitucionais, proporcionando uma integração dos aspectos normativos e axiológicos que Kelsen, em sua teoria pura, tendia a separar.

Portanto, a teoria pura do direito de Kelsen oferece uma perspectiva crítica para o debate sobre o ativismo judicial, ressaltando a importância de um sistema que, embora possa evoluir, mantenha sua coerência e integridade. Isso reforça a necessidade de um equilíbrio entre inovação e respeito aos precedentes, assegurando que as transformações jurídicas ocorram de maneira que preserve a previsibilidade e a justiça no sistema jurídico.

Referências

ASSUNÇÃO, Leandro Gargia Algarte. **Filosofia do direito**. 2 ed. Rio de janeiro: método,2022.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined.** Londres: John Murray, 1832.

BARROSO, L. R**. "O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática**." Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 1995. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. ***Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective***. Alphen aan den Rijn: Sijthoff and Noordhoff, 1978.

CAPPELLETTI, M. **The Judicial Process in Comparative Perspective**. Oxford: Clarendon Press, 1989.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico:** significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito.v. 1, 2017.

DWORKIN, R. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, R. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law. Oxford: Clarendon Press**, trad. Fundação Calouste Gulbenkian.1961.

HART, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.** Coluna Diário de Classe. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 1 dez. 2012. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimoativismo-judicial. Acesso em: 10 jun. 2024.

RAZ, J. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

RAZ, J. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Oxford: Clarendon Press, 1979.

STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013.

STRECK, Leio Luiz. **Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?** Revista NEJ Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173. jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 20 jun. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Diálogos com Lenio Streck:** Hermenêutica, jurisdição e decisão. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz**. O que é isto:** decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6 ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio; FERREIRA NETO, Arthur M. **Os diferentes níveis metaéticos do positivismo.** Revista Direito Mackenzie. 023, v. 17. n. 1, p. 1. Disponível em: http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v17n115886. Acesso em: 20 jun. 2024.

VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma y acción:** una investigación lógica. Tradução: Pedro Garcia Ferreró. Madrid: Ed. Tecnos, 1970.

Recebido em 19 de maio de 2024.
Aceito em 11 de agosto de 2024.